

TESIS DOCTORAL

2015

EL PROCESO DE HOMOLOGACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA EMPRESARIAL PREVIOS AL CONCURSO DE ACREEDORES.

**AUTOR: D. ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ
LICENCIADO EN DERECHO.**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**

**DIRECTOR: PROF. DR. D. MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ
MADRID, NOVIEMBRE DE 2015.**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL.
FACULTAD DE DERECHO.
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA.**

**EL PROCESO DE HOMOLOGACIÓN DE LOS ACUERDOS DE
REFINANCIACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA
EMPRESARIAL PREVIOS AL CONCURSO DE ACREEDORES.**

**AUTOR: D. ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ
LICENCIADO EN DERECHO.**

DIRECTOR: PROF. DR. D. MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

INDICE:

CAPITULO I: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN REFINANCIACIÓN DE DEUDA. UNA LECTURA DESDE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DE LA LEY CONCURSAL. -----	15
--	----

1. Introducción. -----	16
2. Origen y modificaciones.-----	17
2.1. 2009: Medidas urgentes en materia concursal. -----	17
2.2. 2009- 2011: El deterioro de la situación económica -----	22
2.3. 2013: Creación de instrumentos paralelos: El Acuerdo Extrajudicial de Pagos -----	24
2.3.1. Introducción -----	24
2.3.2. La protección de la comunicación y la protección de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos -----	25
2.3.3. Las limitaciones anual y trienal de los instrumentos -----	28
2.3.4. La necesidad de completar el AEP con la protección de los acuerdos de refinanciación -----	31
2.4. 2014: La regulación final y su tramitación ordinaria.-----	33
2.4.1. Introducción -----	33
2.4.2. Tramitación parlamentaria del RDL 4/2014 y Ley 17/2014.-----	37
2.4.3. La reforma producida por el RDL 11/2014 de 5 de septiembre y su tramitación parlamentaria -----	43
2.5. Las reformas de 2015-----	45
2.5.1. Reforma del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. -----	45
2.5.2. Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. -----	47
2.5.3. Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. -----	47
2.5.4. Modificación del régimen de competencias a través de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. -----	48
2.5.5. La tramitación parlamentaria del RDL 1/2015. La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la	

carga financiera y otras medidas de orden social (Boe de 29 de julio de 2015). 48

3. Normas de afectación indirecta -----	50
3.1. Introducción.-----	50
3.2. Normas de afectación indirecta.-----	54
4. Extraconcurzalidad -----	64
5. Las influencias extranjeras en la redacción del precepto -----	67

CAPITULO II: EL PROCESO DE HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: FUNDAMENTO, FINALIDAD Y NATURALEZA. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES.-----

82

1. El proceso de homologación de los acuerdos de refinanciación -----	83
2. La pretendida anticipación de la fase de convenio concursal mediante las instituciones preconcursales de refinanciación.-----	89
3. Finalidad de los acuerdos de refinanciación.-----	91
3.1. El carácter de arrastre como finalidad del proceso de homologación. 91	
3.2. La protección del sistema financiero y créditos públicos como fondo de la disposición adicional cuarta. -----	94
3.3. Los acompañamientos temporales derivados de la crisis económica 95	
3.4. El carácter potestativo de la homologación. -----	96
4. Clases de acuerdos de refinanciación: La protección frente a la reintegración como factor común -----	96
5. La naturaleza “concursal” de las instituciones preconcursales.-----	98
6. Distinción con otras figuras: homologación versus transacción judicial. 105	

CAPITULO III: LA COMUNICACIÓN DEL ARTÍCULO 5 BIS A LOS EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA. -----

112

1. Evolución del precepto. -----	113
2. Ámbito de aplicación -----	119
3. Procedimiento.-----	132
3.1. Legitimación activa -----	132

3.2. Competencia objetiva y territorial.-----	133
4. Capacidad de postulación procesal.-----	137
5. Plazo para la solicitud y efectos de su incumplimiento. -----	141
6. Formalidades de la solicitud. -----	143
7. Admisión, inadmisión, desistimiento y recursos. -----	144
8. Publicidad.-----	147
9. Efectos generales derivados de la comunicación.-----	149
10. Especial referencia a los efectos de la comunicación en materia de refinanciación.-----	159
11. Conclusión del periodo de negociaciones.-----	164
CAPITULO IV: EL PROCESO DE HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: CARÁCTER POTESTATIVO DE SU SOLICITUD, SU PROTECCIÓN INICIAL Y ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN-----	167
1. Carácter potestativo de la solicitud de homologación judicial y su protección inicial. -----	168
2. Protección inicial del citado proceso y su concurrencia con los efectos del artículo 5 bis LC y 568 de la LEC. -----	175
3. Ámbito subjetivo -----	180
3.1. El deudor como sujeto inscribible en el Registro. -----	180
3.2. Acreedores de pasivos financieros.-----	186
3.3. Acreedores excluidos de la solicitud, pero no de la posibilidad de adhesión. -----	188
3.3.1. Acreedores excluidos de la solicitud y de la adhesión -----	194
CAPITULO V: COMPETENCIA, FORMALIDADES, ADMISIÓN, EFECTOS y PUBLICIDAD DE LA SOLICITUD DE HOMOLOGACIÓN. -----	199
1. Consideraciones previas.-----	200
2. Competencia judicial a efectos de la homologación.-----	203
2.1. Introducción.-----	203
2.2. Competencia judicial internacional. -----	206
2.3. Competencia objetiva -----	208
2.4. Competencia territorial-----	211
2.4.1. Criterios generales. -----	211

2.4.2.	Control de oficio de la competencia territorial.-----	213
2.4.3.	Arrastre competencial en el supuesto de concurrencia del artículo 5 bis-----	215
2.4.4.	Planteamiento de declinatoria-----	216
2.5.	Acumulación de solicitudes.-----	222
2.6.	Competencia funcional.-----	223
3.	Tramitación y Formalidades-----	231
3.1.	Introducción.-----	231
3.2.	Solicitud de homologación.-----	232
3.2.1.	Régimen general.-----	232
3.2.2.	Postulación y defensa.-----	232
3.2.3.	Plazo de solicitud.-----	233
3.2.4.	Documentos que se han de acompañar a la solicitud.-----	236
3.3.	Admisión a trámite y efectos.-----	249
3.4.	Publicidad.-----	253

CAPITULO VI: CONTENIDO Y MAYORÍAS EN EL ACUERDO SUJETO A HOMOLOGACIÓN JUDICIAL----- 257

1.	Introducción.-----	258
2.	Contenido.-----	261
2.1.	Contenido del acuerdo de homologación.-----	261
2.2.	El contenido del acuerdo como un todo o como pactos independientes de una unidad.-----	264
2.3.	Afectación de las garantías en virtud de los citados pactos.-----	266
2.4.	Operaciones particularmente previstas.-----	268
2.4.1.	Regla general.-----	268
2.4.2.	Quitas y esperas.-----	270
2.4.3.	Capitalización de deuda (debt equity swap).-----	277
2.4.4.	Préstamos participativos y otros instrumentos financieros.-----	284
2.4.4.1.	Introducción.-----	284
2.4.4.2.	Préstamos participativos-----	285
2.4.4.3.	Otros instrumentos financieros-----	288

2.4.5. La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda. -----	291
2.4.6. Operaciones de descentralización de activos y pasivos al objeto de garantizar la refinanciación. Art. 56 LC. -----	295
2.4.7. Otros posibles pactos protegidos.-----	296
2.5. Amplitud de contenidos del acuerdo. -----	297
3. Gastos derivados de dichas operaciones. -----	298
4. Mayorías. -----	299
4.1. Base del cómputo de esas mayorías: acreedores de pasivos financieros. -----	299
4.2. Base para el cómputo de las garantías -----	308
4.3. Porcentajes. -----	311

CAPITULO VII: EL AUTO DE HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN, EFECTOS E IMPUGNACIÓN----- 314

1. El Auto de homologación: control de legalidad y control de oportunidad	315
1.1. Homologación parcial de acuerdos de refinanciación-----	319
1.2. Plazo de emisión de la resolución de homologación y contenido. -	321
2. Efectos de la homologación del acuerdo. -----	332
2.1. Delimitación temporal. -----	335
2.2. Paralización de ejecuciones singulares. -----	336
2.3. Limitación para la solicitud de concurso necesario. -----	337
2.4. Efecto arrastre. -----	338
2.5. Alcance del acuerdo de homologación en el marco de operaciones sujetas al Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. -----	345
2.6. Terceros garantes o deudores solidarios. -----	347
2.7. Efectos registrales. -----	349
2.8. Especial consideración a los acreedores adheridos voluntariamente al acuerdo de refinanciación-----	355
2.9. Planteamiento de la posibilidad de revisión del acuerdo homologado con ampliación. -----	360

3.	Impugnación.-----	362
3.1.	Plazo.-----	363
3.2.	Legitimación. -----	365
3.3.	Delimitación de la posibilidad de impugnación. -----	367
3.3.1.	Impugnación de la resolución que deniega la homologación. -	367
3.3.2.	Impugnación del auto de homologación del acuerdo de refinanciación. -----	372
3.4.	Tramitación. -----	387
3.5.	Resolución final. -----	389
3.6.	Recursos frente a la resolución final -----	391
CAPITULO VIII: CUMPLIMIENTO, INCUMPLIMIENTO y EJECUCIÓN -----		394
1.	Régimen del cumplimiento del acuerdo y su ejecución -----	395
1.1.	Régimen general. -----	395
1.2.	Ejecución provisional del auto de homologación -----	398
2.	Régimen del incumplimiento del acuerdo -----	410
2.1.	Cuestiones previas -----	410
2.2.	Legitimación -----	410
2.3.	Objeto. Incumplimiento esencial o relativo -----	412
2.4.	Procedimiento. -----	416
2.5.	Resolución -----	419
3.	La declaración de incumplimiento y opciones de los acreedores (y del deudor).-----	421
4.	Especial referencia a la ejecución de garantías reales. -----	425
4.1.	Resultante.-----	425
4.2.	Reglas generales de ejecución de garantías reales. -----	425
4.3.	Remanente y sobrante -----	427
4.4.	Ejecución de garantías reales a partir de la declaración de incumplimiento del acuerdo de créditos afectados por el mismo-----	428
CAPITULO IX: AFECTACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN. -----		437

1. Delimitación de supuestos -----	438
2. Protección de los acuerdos de refinanciación frente al ejercicio de acciones rescisorias. -----	440
2.1. Ámbito de aplicación: acuerdos y acuerdos homologados. -----	440
2.2. Delimitación de Supuestos. -----	444
2.2.1. Solicitud de homologación concurrente con solicitud de concurso.-----	444
2.2.2. Solicitud de homologación concurrente con declaración de concurso de acreedores. -----	444
3. La reintegración de los acuerdos de refinanciación en el concurso de acreedores -----	447
3.1. La protección reintegradora y los créditos objeto de refinanciación. 451	
4. El acuerdo homologado y la normativa contractual concursal -----	455
4.1. Introducción.-----	456
4.2. Breve referencia al régimen de contratos en el proceso concursal. 458	
4.3. Efectos de la declaración de concurso en los acuerdos de refinanciación.-----	464
5. La protección del crédito en los acuerdos homologados tras la declaración del concurso-----	465
5.1. Fresh money en los acuerdos homologados -----	465
5.2. Calificación de los créditos -----	470
5.2.1. Introducción. Régimen general. -----	470
5.2.2. Nuevos ingresos de tesorería. -----	471
5.2.3. Capitalización de deudas y exclusión de personas relacionadas. Aplicación a todo o parte de la deuda.-----	473
5.2.4. Personas relacionadas. ¿Privilegio especial? ¿Suscrito? -----	474
5.3. Régimen transitorio. -----	478
6. Calificación en relación a la participación en los acuerdos homologados. Referencia a las causas de incumplimiento.-----	481
 CAPITULO X: BREVE REFERENCIA A LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA EN EL ÁMBITO TRANSFRONTETIZO EUROPEO.-----	 489

1. Consideraciones previas-----	490
2. Introducción.-----	491
3. Competencia y ámbito competencial. -----	494
4. Los supuestos de refinanciación y reestructuración de deudas como ámbito objetivo del nuevo reglamento. -----	497
5. Ley aplicable: <i>lex fori concursus</i> y limitaciones. -----	500
6. Instrumentos paralelos preconcursales y concursales en diferentes países. 502	
CONCLUSIONES. -----	509
BIBLIOGRAFÍA. -----	514

Abreviaturas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ADC.	Anuario de Derecho Concursal.
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria.
AC	Actualidad Civil.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
AJPI	Auto Juzgado de Primera Instancia.
AJM	Auto Juzgado de lo Mercantil.
AL	Actualidad Laboral.
ALC	Anteproyecto de Ley Concursal.
Apdo.	Apartado.
AAVV.	Autores Varios.
BCR	Boletín Colegio de Registradores.
CC	Código Civil.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CCo.	Código de Comercio.
CCoE	Código de Comercio Español.
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial.
CDyC	Cuadernos de Derecho y Comercio.
CE	Constitución Española.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CP	Código Penal.
DN	Derecho de los negocios.
DLL	Diario La Ley.
D.	Digesto.
EDJ	Estudios de Derecho Judicial.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.
InDret	Revista para el Análisis del Derecho.
JUR	Referencia base de datos de Jurisprudencia Aranzadi.
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LCCh	Ley Cambiaria y del Cheque
LGT	Ley General Tributaria.
LJS	Ley de la Jurisdicción Social.
LEC	Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000
LFE	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica.
LM	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSP	Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
PALC	Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal.
PJ	Poder Judicial.
PT	Práctica de Tribunales.
QF	Quincena Fiscal.
RA	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
RACyl	Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones.
RADP	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial.
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RACI	Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones.
RDByB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RD	Real Decreto.
RDcP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
R.ch.D.	Revista Chilena de Derecho.
RDC	Revista de Derecho Civil.
RdREFOR	Revista del REFOR.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDL.	Real Decreto-Ley.
RDPC	Revista de Derecho Procesal Civil.

RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial.
RDPCM	Revista de Derecho Procesal civil y mercantil.
RDPI	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana.
RDPriv.	Revista de Derecho Privado.
RDS	Revista de Derecho de Sociedades.
REXURGA	Revista Xurídica Gallega.
REJ	Revista de Estudios Jurídicos.
RGD	Revista General del Derecho.
RGDP	Revista General de Derecho Procesal.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RE	Revista Extoikos.
REE	Revista de Estudios Jurídicos.
RJ	Referencia base de datos de Jurisprudencia Aranzadi.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RJN	Revista Jurídica del Notariado.
RLL	Revista La Ley.
RLN	Revista Lex Nova.
RPJ	Revista del Poder Judicial.
RUDP	Revista Universitaria de Derecho Procesal.
RVDPyA	Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJM	Sentencia Juzgado de lo Mercantil.
STCJ	Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia de los Tribunales Superiores de Justicia.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
TC	Tribunal Constitucional.
Vid.	Véase, Vide.
Vol.	Volumen.

CAPITULO I.

CAPITULO I: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN REFINANCIACIÓN DE DEUDA. UNA LECTURA DESDE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DE LA LEY CONCURSAL.

1. Introducción.

Antes de regular el proceso de homologación de los acuerdos de refinanciación (Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal¹) tal y como se recoge en su texto actual², la normativa de insolvencias española se refiere a la misma en una decena de ocasiones; la razón de ser de ello es la afectación que el resultado de dicho proceso (efectos del mismo) va a tener para los supuestos en que dichos acuerdos no logren – también cuando no se logren³– los objetivos perseguidos.

Y ello, en realidad, nos sitúa en la primera de las impresiones que del proceso de homologación, en supuestos de financiación (inicialmente previsto para acreedores profesionales exclusivamente⁴), la redacción del precepto nos puede dar: se trata de una norma que ha sido introducida posteriormente a la ley concursal y completada, matizada y modificada hasta en siete ocasiones hasta ahora.

El proceso de homologación participa de la misma naturaleza procesal y sustantiva que el conjunto de la norma concursal. A lo largo de su texto tanto nos encontramos un verdadero procedimiento como el contenido sustantivo del mismo o los efectos que se derivan de su inicio, de su tramitación y de su finalización. La técnica legislativa sigue siendo mezclar los diferentes apartados adjetivos y sustantivos, combinándolos con una suerte de conceptos heredados (y no aclarados) de su redacción anterior; o su conciliación con otros supuestos de refinanciación como pueden ser la prevista en el artículo 71 bis LC o en los artículos 231 y ss. del mismo texto⁵.

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. «BOE» núm. 164, de 10/07/2003. Entrada en vigor: 01/09/2004.

² Las modificaciones de la citada DA 4ª son las siguientes: Se modifican los apartados 1 y 2 por el art. único.Cuatro.4 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Ref. BOE-A-2015-5744. Se modifica por el art. único.23 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Ref. BOE-A-2014-9896.2. Se modifica por el art. único.13 del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo. Ref. BOE-A-2014-2485. Se modifica el apartado 1 por la disposición final 7.2 de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre. Ref. BOE-A-2013-13723. Se modifica el apartado 1 por el art. 31.2 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre. Ref. BOE-A-2013-10074. Se modifica por el art. único.112 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Ref. BOE-A-2011-15938. Se añade por el art. 8.3 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo. Ref. BOE-A-2009-5311.

³ Las referencias anteriores lo son también en cuanto a lo que la norma considera obstaculizaciones al proceso de refinanciación. Para dichos supuestos se prevén en calificación sanciones a las conductas de quienes puedan ser sujetos del mismo.

⁴ Nos referiremos a los sujetos del acuerdo posteriormente. No obstante conviene aclarar ya desde el principio que inicialmente estaba previsto para acreedores financieros y en concreto para entidades sujetas a control tanto por el Banco de España como por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El régimen específico de afectaciones a los concursos de estas entidades se recoge en otra disposición (adicional segunda). En el supuesto de homologación no son estas entidades las que pueden ser objeto de refinanciación puesto que ya tienen – en dicha adicional- un régimen específico y paraconcursal; intervienen como acreedores.

⁵ Aunque existen un importante número de publicaciones magistrales en el mercado sobre los supuestos de refinanciación y su configuración tras las reformas concursales la presente obra se diferencia de los mismos en dos aspectos esencialmente: 1. Por un lado en su tratamiento eminentemente procesal; pues aunque con esa mezcla de aspectos sustantivos y rituarios es evidente que toda homologación conlleva un régimen eminentemente procesal. 2. En segundo lugar en tanto a la visión que del proceso de homologación podamos tener; así en las obras que se están dedicando a su estudio el modelo seguido es explicativo desde la necesidad de la coherencia, es decir, se pretende configurar el sistema a partir de la necesidad de dar congruencia al resultado pretendido y obtenido pues de otra forma el mismo parece contradictorio. La presente obra parte esencialmente del estudio de la naturaleza de las figuras

No es inocuo, en este caso, referirnos por tanto a la normativa inicial, o que origina esta regulación, puesto que en la evolución de la misma (mediante modificaciones urgentes y posteriormente tramitadas como ley ordinaria) y en sus diferentes preámbulos o exposiciones de motivos encontramos las razones esenciales del resultado final. Quizás no en cuanto al resultado real querido aunque sí, siempre, respecto del resultado pretendido.

Y tampoco lo es en cuanto a que nos podamos referir al ciclo económico-financiero que se inicia con una crisis importante en el año 2008 (fecha en la que los operadores económicos se ponen de acuerdo) y que motiva referencias como la inseguridad de la norma concursal⁶ para atender nuevas realidades o su visión estrictamente positiva en la introducción en España de un nuevo proceso concursal para atender la realidad del momento⁷.

En definitiva que en el análisis de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, intitulada “**Homologación de los Acuerdos de Refinanciación**”, deberemos considerar, necesariamente, varios aspectos diferentes a las instituciones y figuras procesales que estrictamente podríamos tratar desde un punto de vista rituario. Y sus razones se encuentran tanto en la evolución normativa como en el propio tenor literal de la redacción de la norma.

Nuestro análisis, a lo largo del trabajo, se centra en la actividad productiva o empresarial aunque a veces tengamos que dedicarnos a otros aspectos que nos puedan servir para aclarar conceptos o estructurar posibilidades y estrategias.

2. Origen y modificaciones.

2.1. 2009: Medidas urgentes en materia concursal.

y del proceso de homologación no para coordinar sino para resaltar el casuismo abrumador que resulta de la defectuosa regulación. De otra forma dicho pretendemos señalar que la redacción contiene potencialmente más inconvenientes que seguridades y que ello es fruto de una regulación histórica de arrastre que permite flecos y vacíos que son necesarios llenar bien con una reforma integral o bien con una interpretación judicial. Esto último nos lleva a poder obtener respuestas diferentes en según qué juzgados se tramite la misma y por ello dota al sistema de inseguridad; esta, en definitiva, nos llevará a la búsqueda de soluciones alternativas, en el mundo privado, para evitar que lo pretendido no sea finalmente lo obtenido.

⁶ En sentido contrario se pronuncia OLIVENCIA, M, <<Los motivos de la reforma de la ley concursal>> RdCP, nº 17, 2012; pp.23-30 cuando señala que “[n]o es justo atribuir a la LC “disfunciones” reveladas por la crisis, ni estragos patrimoniales que son consecuencia directa de ésta.”

⁷ La necesidad, no discutida, de una nueva normativa concursal era ciertamente reclamada por todos los operadores. Incluso en su discrepancia en el texto original se llegó a decir que “lo más probable es que tengamos un nuevo derecho concursal, un derecho concursal mejor del que tenemos –¡no es difícil!–, un derecho concursal aceptable; pero es dudoso que vayamos a tener el derecho concursal que realmente necesitamos. Claro que, a lo mejor, por todos nuestros pecados, no nos merecíamos otra cosa. ¡Quién sabe!” ROJO FERNANDEZ-RÍO A. Artículo Expansión Directo. 21 de septiembre de 2002.

Hasta el RDL 3/2009⁸ de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, no se había contemplado en nuestro ordenamiento una norma que pretendiera (al margen del favorecimiento fiscal o financiero) regular un proceso de reestructuración o refinanciación de deuda para supuestos de crisis patrimonial⁹.

El legislador toma en cuenta entonces (primero el ejecutivo al tratarse de Real Decreto justificado en la urgencia) conciencia de que no es posible una regulación de ayuda a los supuestos de crisis patrimonial con los instrumentos comunes tributarios o financieros; será necesario además ir un paso más allá en supuestos de crisis por insolvencia del que resultaba que la LC no contenía ni una sola norma. Evidencia de lo que decimos es el propio plan de 2008 de “*Estímulo a la Economía y al Empleo*”¹⁰, aprobado por el Gobierno, en donde ninguno de los ejes comprendía la reestructuración o refinanciación de deudas¹¹.

No seríamos del todo fieles a la realidad si no señalamos igualmente que algún pequeño atisbo se había producido con la aprobación del RDL 10/2008 de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias¹², prorrogado hasta en cuatro ocasiones¹³ y por el que también se modifica el Código de Comercio¹⁴; pero en este caso el legislador había previsto una entrada en situación de disolución masiva de pequeñas y medianas empresas, derivada de la depreciación de sus bienes y mercaderías¹⁵. La disposición adicional única de dicha norma recogía entonces que “[a] a los solos efectos de la determinación de las pérdidas para la reducción obligatoria de capital regulada en el segundo párrafo del artículo 163.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre(hoy Real Decreto

⁸ 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» núm. 78, de 31 de marzo de 2009.

⁹ La exposición de motivos de dicha norma comienza señalando lo siguiente: “*La evolución de la crisis económica global y su impacto en la economía española hacen necesaria una rápida reacción legislativa para adecuar a la nueva situación algunas de las normas que inciden directamente sobre la actividad empresarial, así como para seguir impulsando la superación de la crisis mediante el fortalecimiento la competitividad de nuestro modelo productivo*”.

¹⁰

https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjAB&url=http://ps%3A%2F%2Fwww.psoe.es%2Fdownload.do%3Fid%3D163519&ei=m5FHVOT2AYLqavPygMgl&usq=AFQjCNEsbALoGAD1X3IFJ7ewC87NIglGEQ&sig2=aZu6qZVcPDk0Ur0iRK_wYg&bv m=bv.77880786,d.d2s

¹¹ Los ejes sobre los que se centran son: 1. Medidas de apoyo a las familias y empresas: a) Apoyo a las familias. B) Apoyo a las empresas. 2. Medidas de fomento del empleo. 3. Medidas de apoyo al sistema financiero. 4. Modernización de la economía.

¹² Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias. «BOE» núm. 300, de 13/12/2008.

¹³ Ley 17/2014, de 30 de septiembre (Ref. BOE-A-2014-9896). Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo (Ref. BOE-A-2014-2485). Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero (Ref. BOE-A-2013-2029). Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo (Ref. BOE-A-2010-5294).

¹⁴ Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. «BOE» núm. 289, de 16/10/1885.

¹⁵ Conclusiones alcanzadas en el I Congreso Internacional. Perspectivas del Derecho Inmobiliario y de la Edificación. Dir. CAÑIZARES A. <http://www.uma.es/derecho-de-la-edificacion/info/33157/perspectivas/>

Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital¹⁶), y para la disolución prevista en los artículos 260.1.4.º del citado texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 104.1.e) de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias”.

Pero la citada medida no establecía ningún proceso que no fuera primero contable y posteriormente formal (cuentas anuales) a los efectos de evitar (que no reestructurar) la entrada en insolvencia de muchas empresas¹⁷.

Es con el RDL 3/2009 cuando el legislador introduce una Disposición Adicional Cuarta en la Ley concursal con un régimen transitorio (DT 4ª) en la misma. Nos habla entonces (y nunca más se ha repetido¹⁸) de un concepto¹⁹ de acuerdos de refinanciación con el siguiente tenor: son acuerdos de refinanciación *“los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo²⁰.”* Y a partir de ahí establece un procedimiento extrajudicial -con exigencia de requisitos de contenido y formales- dirigido esencialmente a evitar la reintegración de dichos acuerdos en supuestos de concurso de acreedores en los términos previstos en el artículo 71 LC. La transitoria cuarta extendía

¹⁶ «BOE» núm. 161, de 03/07/2010.

¹⁷ Esta cuestión además está todavía pendiente de la situación final en la que puedan quedar definitiva y realmente las empresas. Conforme a dicha norma se dicta *“... con una vigencia temporal limitada un régimen excepcional para las reducciones obligatorias de capital y las disoluciones de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada como consecuencia de pérdidas. La reciente evolución de la actividad económica internacional nos sitúa en un contexto excepcional. Las pérdidas por deterioro, coyunturalmente significativas en determinadas compañías, al incorporarse a la cuenta de pérdidas y ganancias habrían de computar a los efectos del cálculo de la pérdida del patrimonio neto en los supuestos señalados de reducción de capital y disolución. Por esta razón se suspende, con una vigencia temporal de dos años y únicamente para los casos de pérdidas por deterioro del inmovilizado material, de las inversiones inmobiliarias y de las existencias, el régimen societario aplicable, sin que ello suponga, por lo demás, alteración del correspondiente régimen contable.”*

¹⁸ No como tal concepto aunque su definición sigue manteniéndose en la norma.

¹⁹ Los autores se han pronunciado al respecto del concepto. En tal sentido GARCÍA CRUCES, JA. ,<<Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia.>> en AAVV, *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis.* (García-Cruces JA, Dir) Bosch 2012. Pgs. 29 y ss. Para este autor debemos partir de la distinción de tres caracteres esenciales: 1. Unidad funcional del acuerdo: pluralidad de pactos y contratos con una finalidad única. 2. Pluralidad material: cuestión irrelevante que comprende una tipología de pactos y contratos extensa y compleja. 3. Fundamento negocial: es un puro acto de autonomía de la voluntad. 4. Finalidad típica: una finalidad solutoria al problema de la empresa.

²⁰ Para BAUTISTA SAGUÉS E, << Aspectos prácticos de las reestructuraciones>> RMV, 4, 2009 p 84 , podría definirse como *“ conjunto de pactos contractuales que constituyendo un negocio jurídico unitario son acordados extrajudicialmente por una compañía en dificultades financieras con sus acreedores financieros, con la finalidad de procurar la viabilidad de la compañía y el cumplimiento de sus obligaciones.”*

dicha protección (escudos protectores²¹) a los acuerdos de refinanciación celebrados antes de su entrada en vigor, así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, siempre que, sin haberse solicitado el concurso del deudor, se cumplieren los requisitos establecidos en el apartado segundo de la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En otro caso señalaba – de forma literalmente incomprensible- que a tales acuerdos así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos les resultará de aplicación la regulación anterior al citado Real Decreto-ley, en especial lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario²².

El objetivo declarado por el RD 3/2009 era, literalmente: “*Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras²³ que no hagan ineludible una situación de insolvencia...*” Por lo tanto las características del mismo parten de:

- a) Un procedimiento de refinanciación extrajudicial con protección jurídica para los supuestos de posterior declaración de concurso.
- b) Dirigido solo a empresas que atraviesen dificultades y siempre que no hagan ineludibles las situaciones de insolvencia²⁴.
- c) El cumplimiento de requisitos formales:
 - a. Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos (y en aquel momento) tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
 - b. Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

²¹PULGAR EZQUERRA, J << Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL/2009>>. En *Implicaciones financieras de la ley concursal: adaptado al real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo* / coord. por Alberto Alonso Ureba y Juana Pulgar Ezquerro, 2009, pgs. 49-134.

²² PULGAR EZQUERRA J, <<Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de escudos protectores y el fraude del art. 10 de la Ley del mercado hipotecario.>> *Diario La Ley*. Nº 6963-6965, 2008

²³ Situación de Distress. A tal efecto y para una completa comprensión de la necesidad de solventar dichos problemas o identificar el concepto vid: LEACH, J.; MELICHER, Ronald. *Entrepreneurial finance*. Cengage Learning, 2011. Pgs. 584 y ss.

²⁴ Hablaríamos entonces de situaciones de distress en donde se parte de un incumplimiento o previsión de incumplimiento de las obligaciones exigibles. En tal sentido vid: ALTMAN E.I. (2005) *Corporate Financial Distress and Bankruptcy: A Complete Guide to Predicting and Avoiding Distress and Profiting from Bankruptcy*. 3rd Edition. John Wiley & Sons.

- c. Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.
- d) Reducción de honorarios y aranceles que faciliten dichos procesos²⁵.

En ese momento la citada adicional convive con el también introducido, por la misma norma, apartado 3 del artículo 5 LC: “*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 alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.*”

No se recoge ninguna referencia, en dicho precepto, a la posibilidad de mantener esas negociaciones al objeto de lograr una refinanciación. Y por tanto el deudor se verá forzado, necesariamente, a realizar la comunicación prevista en el mismo para protegerse de una posible solicitud de concurso necesario, o evitar la responsabilidad derivada de una agravación del proceso de insolvencia por no acudir a la vía concursal si se encuentra en dicha situación. En sentido opuesto, mediante dicha comunicación se dejaba ver una situación de insolvencia y la posibilidad- más que cierta- de que los acreedores impagados declararan, en su caso, vencidos sus créditos²⁶ (cuando no lo estuvieren) y reclamaran judicialmente al objeto de lograr una medida preventiva que los protegiera y preferenciara frente a los demás.

La respuesta de los tribunales fue ciertamente divergente²⁷. La mayoría de las resoluciones consideraron el proceso de comunicación como una mera notificación sin mayor trámite²⁸ y cuya protección (evitar el concurso necesario

²⁵ En relación a ello la Disposición adicional primera de dicha norma se refiere a 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 refiere la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, 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.

²⁶ Como doctrina general en relación con las cláusulas financieras de vencimiento anticipado, cumple recordar que la jurisprudencia más reciente solo admite la validez de dichas cláusulas cuando “*concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes*” (cfr. SSTs. 9 de marzo de 2.001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008, y 16 de diciembre de 2009). Línea jurisprudencial que ha sido confirmada por la STJUE de 14 de marzo de 2013 (apartado 73).

²⁷ Vid a tal efecto CUTILLAS TORNS JM <<El artículo 5.3 y la posterior solicitud de concurso voluntario>>. *Revista Refor*. Nº 33. Pgs. 24 y ss. <http://refor.economistas.es/wp-content/uploads/sites/6/2011/01/REVISTA%20REFOR%2033.pdf>

²⁸ El Auto del Juzgado Nº 1 de Alicante de 21 de diciembre de 2009, dice que los únicos efectos de dicha comunicación, al margen de los procesales propios de la incoación de unas denominadas “Diligencias preliminares de concurso” a efectos informáticos y de registro, son: a) la prórroga del deber de presentación de la solicitud de concurso para el deudor que está en situación de insolvencia actual, de modo que “Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del

durante un plazo de cuatro meses²⁹) era cubierta por la misma. Otros- sin embargo- se posicionaron a favor de un proceso de control judicial estricto³⁰ en donde habría que acreditar:

1º. El estado de insolvencia actual del comunicante;

2º. El inicio de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a "una propuesta anticipada de convenio";

3º. Que no conste que el solicitante se encuentra incurso en alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 105 de la LC, pues de lo contrario le estará vedada la presentación de la propuesta anticipada³¹.

Aunque minoritaria, dicha posición jurisdiccional creaba en sí misma (y como decimos se aprovechaba para proteger el proceso de refinanciación de un concurso necesario) un control judicial, sin contradicción, de admisibilidad del inicio (que se quería extraconcursal) de dichas negociaciones.

2.2. 2009- 2011: El deterioro de la situación económica.

Con la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal³² se puso de manifiesto la insuficiencia de la anterior reforma de 2009³³ para atender los supuestos de refinanciación³⁴. Por primera vez,

mes siguiente" y b) la suspensión temporal o "blindaje" frente a las solicitudes de concurso necesario que durante ese tiempo se presenten (art. 15.3).

²⁹ El plazo de negociación es tres meses a computar desde la solicitud obligando la norma a presentar concurso de acreedores dentro del mes hábil siguiente en caso de no lograr salir de la situación de insolvencia.

³⁰ Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada de 11 de mayo de 2009.

³¹ El legislador de 2003 era muy sensible a los supuestos de fraude y limitó en dicho precepto- posteriormente modificado- de forma amplia la posibilidad de presentar un convenio anticipado.

³² Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. «BOE» núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

³³ SANJUÁN Y MUÑOZ E, <<Refinanciación de deuda tras la reforma concursal >> *Diario La Ley*, Nº 7189, 2009. En la misma ya avanzábamos lo siguiente: "Porque igual que el propio Real Decreto señala, al respecto de la legislación concursal vigente desde septiembre de 2004, que existe una inadecuación de algunas de sus previsiones que se han puesto de manifiesto a partir de la crisis financiera internacional (2) , la humildad hubiera debido llamar a no realizar afirmaciones tajantes al respecto de la certeza de que los instrumentos de refinanciación servirán, sin duda, para solucionar dichos problemas. La inconveniencia de algunos apartados de la legislación concursal L 22/2003 —a la que hace referencia la reforma— no se muestran como tales tras su modificación puesto que no se han conjugado ni la casuística ni la realidad de los juzgados de lo mercantil. Véase como ejemplo la eliminación, como criterio general, de las vistas de los incidentes concursales con dos errores graves a mi parecer: (1) Por un lado la modificación del art. 194.4 LC en la que se señala que «el juez únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda y contestación, y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba enunciados. En otro caso, procederá a dictar sentencia sin más trámite». Olvida la reforma que ello motivará un colapso inmediato de los diferentes juzgados derivado de numerosos procesos que quedarán pendientes de sentencia acumulándose a los múltiples escritos y otros procesos mercantiles, sin distinción de la complejidad de los asuntos o de una valoración judicial de la necesidad de vista que hubiera sido deseable, dada la inmediatez del juez de lo mercantil (2). Por otro lado que dicha reforma no se anuda a otra también necesaria —quizás por olvido del legislador derivado de esa rapidez querida— como es la del incidente concursal laboral del art. 195 LC, que normalmente no está necesitado, en el ámbito concursal de vista. Y aunque pudiera parecer que la redacción del precepto («Si la demanda fuera admitida, el juez señalará dentro de los 10 días siguientes el día y hora en que habrá de tener lugar el acto del juicio, citando a los demandados con entrega de copia de la demanda y demás documentos, debiendo mediar en todo caso un mínimo de cuatro días entre la citación y la efectiva celebración del juicio, que comenzará con el intento de conciliación o avenencia sobre el objeto del incidente») pudiera hacer pensar que

entre los diferentes intereses protegidos en el concurso, se pone de manifiesto que *“...el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado”*. Con anterioridad a ésta la Ley 13/2009 para la implantación de la oficina judicial³⁵ había intentado, mediante una reforma procesal, acelerar la situación de los procesos concursales y se habían previsto ciertas medidas en protección de los ejecutados con modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero las medidas resultaron manifiestamente deficitarias ante situaciones de empresas y deudas que necesitaban ser refinanciadas o relativamente protegidas con el objetivo de proteger igualmente otros intereses directa o indirectamente vinculados a ellos³⁶.

La reforma de 2011 dice no ser una reforma radical o giro copernicano pero se introduce un 5 bis derogando el 5.3 LC anteriormente citado- por un lado- en donde ya se hace referencia a los acuerdos de refinanciación (no solo a los convenios anticipados) que se regularán igualmente en dos apartados:

1º. Por un lado llevando lo previsto en la disposición adicional cuarta al artículo 71.6 de la Ley concursal, en sede de reintegración y por tanto reforzando dicho efecto, e introduciendo la posibilidad de que estos acuerdos entren dentro del grupo de empresas si bien limitándolo: *“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.”*

Se sigue en este apartado sin establecer un procedimiento específico sino privado y extrajudicial, aunque con la posibilidad de la aplicación del artículo 5 bis a los efectos, exclusivamente, de evitar la declaración de concurso necesario.

2º. Por otro lado la DA 4ª LC recoge por primera vez un procedimiento de homologación judicial de determinados acuerdos que vienen limitados en tanto exige mayorías (en aquel momento) del 75% del pasivo afectado y que solo podrá ser de entidades financieras, a solicitud solo del deudor y con la necesaria intervención de un experto designado por el Registro Mercantil para evacuar el informe.

Es importante destacar que la citada adicional ya contempla un proceso judicial de homologación con posibilidad de paralización de ejecuciones; y se

la vista irá rápido, nuevamente olvida el legislador que existe crisis, colapso e insuficientes medios personales y materiales para atender tan perentorios plazos.”

³⁴Vid SANCHEZ-CALERO GUILARTE J, <<Refinanciación y reintegración concursal>>. AdC,, Nº. 20, 2010 , pgs. 9-38

³⁵ Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

³⁶ Vid a tal efecto CAMPUZANO AB,<< La crisis de la empresa. El concurso de acreedores.>> *La empresa: información jurídica, económica y financiera, organización y gestión de personal*, Tirant 2010, , pgs. 1123-1163

acompaña de otra serie de medidas, postconcursoales, para beneficiar a aquellos que dan *fresh money*³⁷ (dinero nuevo) en dichas operaciones³⁸. Posterior a la Ley de 2011 el apartado primero de dicho precepto será modificado en tres ocasiones³⁹: la primera para reducir las mayorías del 75 al 55% y luego al 51%; la segunda para incorporar una mejor y mayor protección a los créditos y activos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos (el denominado Banco Malo).

2.3. 2013: Creación de instrumentos paralelos: El Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

2.3.1. Introducción.

La reforma que se produce con la Ley 14/2013⁴⁰ de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización se fundamenta esencialmente en la introducción de mecanismos de negociación a los efectos de evitar la problemática surgida en torno a la falta de elementos de refinanciación de deuda. La propia exposición de motivos se refiere a los mecanismos concursales de refinanciación y a este nuevo instrumento como "*procedimiento extrajudicial*" limitándose- conforme señala- la institución competente (en este caso notarios y registradores de lo mercantil⁴¹) a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo.

Sin embargo el régimen de la designación del profesional es ciertamente modificado con posterioridad (año 2014) y la norma (que se dice secuencial) se instrumenta posteriormente a través de un registro central mediante el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y

³⁷ Vid a tal efecto: PULGAR EZQUERRA J, <<Acuerdos de refinanciación y "fresh money">>. *RdCP*, Nº. 15, 2011, pgs. 47-57; <<Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011>>. *RdCP*, Nº. 16, 2012, pgs. 67-83; FERNANDEZ TORRES I, <<Prevención de la insolvencia y "fresh money": modelos comparados y propuestas de reforma>>. *RdCP*, Nº. 15, 2011, pgs. 209-222; FERNÁNDEZ-VELASCO A <<La utopía del fresh money>>. *Andalucía Económica*, Nº. 245, 2012, pgs. 66-67. VIÑUELAS SANZ M. <<Privilegio del "fresh money" en la Ley 38/2011>> en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* / José Antonio García-Cruces González (Dir.), 2013, pgs. 375-390; CASTIELLO D'ANTONIO A. <<Acuerdos de reestructuración: nueva financiación preconcursal y "fresh money" en derecho italiano>>. *RdCP* Nº. 15, 2011, pgs. 503-510.

³⁸ LÓPEZ SANCHEZ J, <<El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación.>> En *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* García-Cruces González (Dir.), 2013, pgs. 293-317

³⁹ Disposición final 7.2 de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre. Ref. BOE-A-2013-13723. Art. 31.2 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre. Ref. BOE-A-2013-10074. Ley 9/2015, de 25 de mayo. Ref. BOE-A-2015-5744.

⁴⁰ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. «BOE» núm. 233,

⁴¹ Posteriormente se introducirá esta posibilidad ante las Cámaras de Comercio mediante la reforma del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. Ref. BOE-A-2015-2109. En desarrollo de ello la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (Boe de 29 de julio de 2015) es fruto de la tramitación parlamentaria de la primera y recoge en la disposición adicional primera el desarrollo de estas funciones para las Cámaras de Comercio.

mercantiles ⁴² , en donde es obligatorio inscribirse cumpliendo los requisitos previstos en la norma.

La alternativa a los procesos de refinanciación se introduce igualmente en el ámbito del artículo 5 bis LC a los efectos de dotarlo de la misma protección de comunicación. Si bien la literalidad del mismo se contradice con el desarrollo posterior (Titulo X de la LC) que pasamos a analizar brevemente por la incidencia que pueda tener con la concurrencia de estos instrumentos y la Disposición Adicional 4ª de la LC.

2.3.2. La protección de la comunicación y la protección de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos.

La actual regulación del artículo 5 bis⁴³ de la Ley Concursal recoge que desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias: a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1; b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; c) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; e) o tenga lugar la declaración de concurso.

Se afirma entonces que en el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario (y no se ha modificado al respecto de la posibilidad prevista para la Cámara de Comercio pero que sí está prevista en los artículos 233 y 235 LC) al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.

En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán

⁴² Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. «BOE» núm. 310. La citada norma, sin embargo, tardó en ponerse en marcha y ello ha dado lugar a situaciones comprometidas e incluso posibles derechos afectados que, afortunadamente, los tribunales han venido a suplir. Es el caso, por ejemplo, del Auto de la AP de Palma de Mallorca de 25 de noviembre de 2014 (núm. 250/2014). En este se señala lo siguiente: 1. En aquel caso solicitaba la designación de un mediador concursal para intentar el acuerdo extrajudicial de pagos. En fecha 23 de diciembre el Notario que recibió el requerimiento levantó acta haciendo constar “a los efectos legales oportunos que se tiene por intentado sin efecto el acuerdo extrajudicial de pagos”. El acta también deja constancia del imposible cumplimiento en lo que al nombramiento de mediador concursal se refiere porque pese a la entrada en vigor de la ley no es posible designarlo. 2. Si bien se trata de una cuestión discutible lo cierto es que en la pugna entre los intereses en conflicto, a saber el de los acreedores que no han podido reunirse con el deudor a fin de aprobar el acuerdo extrajudicial de pagos (que tiene que fracasar para acceder al concurso consecutivo) y el del solicitante, que reclama una medida cuyo beneficio depende de que su concurso sea declarado fortuito, atendida la valoración del Notario en la iniciación del expediente y la causa no imputable al solicitante que reclama la aplicación de una norma en vigor procedemos a revocar la decisión del auto de complemento. En tal caso estima que ha de ser considerado concurso consecutivo.

⁴³ Tras la última modificación producida por el art. único.Cuatro.1 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Ref. BOE-A-2015-5744.

constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente. No obstante lo anterior ello no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas en el primer párrafo de este apartado o haya transcurrido el plazo previsto en el siguiente apartado. Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

Si tomamos en consideración este apartado tendríamos que desde la comunicación de la solicitud de AEP al juzgado competente (que en este caso no realiza el deudor sino el notario, el Registrador o la Cámara de Comercio por ante el que se haya solicitado) las ejecuciones bien quedan suspendidas o bien no se pueden iniciar; esto último con la matización hecha (la norma dice para los cuatro párrafos anteriores) de las ejecuciones reales.

Al margen de la discusión jurisdiccional generada sobre el órgano competente (hoy presumiblemente resuelto por la modificación de la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal⁴⁴) para determinar esta necesidad del bien para la actividad, lo cierto es que la redacción del precepto debe conciliarse con lo dispuesto en el artículo 235 LC que recoge, entre otros, efectos desde la solicitud y efectos “desde la comunicación de la apertura de negociaciones al juzgado competente⁴⁵”.

De igual forma debemos conciliar la referencia exclusiva a “deudor” que realiza el 5 bis en cuando a su solicitud y la que se prevé desde el artículo 235 LC que hemos señalado. Si bien los efectos se determinan desde la presentación de la comunicación, posteriormente nos dice que el deudor en su comunicación manifestará qué bienes son o no necesarios lo que solo nos puede llevar a la solicitud ante notario, registrador o Cámara de comercio dado que son estos los que realizan la citada comunicación⁴⁶.

De esta forma:

- a) Por un lado el inicio de los efectos del artículo 5 bis se producirían desde la comunicación al juzgado de la solicitud del expediente. Esta comunicación la realiza el notario, el registrador o la Cámara de

⁴⁴ «BOE» núm. 125, de 26/05/2015

⁴⁵ La redacción del precepto ha sido modificada por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. (Ref. BOE-A-2015-2109). Con anterioridad recogía que lo sería desde la publicación de la apertura del expediente, lo que nos llevaba nuevamente al artículo 233 de la LC y al registro público concursal.

⁴⁶ Nada impedirá, por otro lado, que esta se realice también posteriormente en el juzgado o que se modifique o se amplíe según los casos.

Comercio. Y según el artículo 233.3 LC se realizará una vez que se hubiere admitido el mismo, se haya nombrado al mediador y este hubiere aceptado. Entonces el notario, registrador o Cámara de Comercio comunicarán de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el Registro Público Concursal. Para el supuesto de personas naturales no empresarios el artículo 242 bis 2 LC prevé que sea el notario competente el que lo comunique al juzgado dado que la función de mediación podrá existir o no.

- b) Por otro lado el 235 LC distingue dos momentos concretos para la producción de efectos. Uno de ellos (apartados primero y tercero) desde la solicitud⁴⁷ ; otros (apartado segundo) se producirán desde la comunicación al juzgado competente.

Esos efectos a los que nos referimos y que se recogen en el art. 235 LC son:

1. Una vez solicitada la apertura del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad.
2. Desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso, los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos:
 - a) No podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, que no recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual. Cuando la garantía recaiga sobre los bienes citados en el inciso anterior, los acreedores podrán ejercitar la acción real que les corresponda frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento,

⁴⁷ No es objeto de este trabajo el análisis de lo previsto en dicho apartado pero su simple lectura literal nos puede dar una idea de la situación kafkiana que proponía y que ha sido reformada: *“Una vez solicitada la apertura del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de solicitar la concesión de préstamos o créditos, devolverá a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medio electrónico de pago alguno”*. Con la nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero.(Ref. BOE-A-2015-2109) la misma se acomoda más a la realidad: *“Una vez solicitada la apertura del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad”*. El texto ha sido mantenido en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (Boe de 29 de julio de 2015) que es el resultado de la tramitación parlamentaria de aquella.

quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en este apartado. Practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instante embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público,

- b) deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común y
 - c) podrán facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que éste les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan a la dirección facilitada.
1. Durante el plazo de negociación del acuerdo extrajudicial de pagos y respecto a los créditos que pudieran verse afectados por el mismo, se suspenderá el devengo de intereses de conformidad con lo dispuesto por el artículo 59.
 2. El acreedor que disponga de garantía personal para la satisfacción del crédito podrá ejercitarla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido. En la ejecución de la garantía, los garantes no podrán invocar la solicitud del deudor en perjuicio del ejecutante.
 3. El deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5 bis.5.

Era inconcebible, conforme a lo dicho y desde la normativa anterior, partir de un intento de acuerdo sin paralización de ejecuciones respecto de bienes necesarios o afectos a la actividad empresarial o profesional. De otra forma se estaría bloqueando desde el primer momento las posibilidades, por muy escasas que sean, de culminar el mismo con éxito. El legislador, no obstante, fue consciente de ello e introdujo con la reforma 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social⁴⁸ la nueva redacción que hemos señalado.

2.3.3. Las limitaciones anual y trienal de los instrumentos.

Otro de los problemas surgidos es la limitación general anual que establece el artículo 5 bis, apartado 6, y que tiene incidencia en la concurrencia con posibles procedimientos de refinanciación y particularmente con la prevista en la DA 4ª de la LC. El precepto señala que *“formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de*

⁴⁸ «BOE» núm. 51, de 28/02/2015.

un año.” Junto a ello la prohibición del artículo 231.4 LC que recoge que no podrán acceder a un AEP “... quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.” Y junto a esta prohibición otra (hoy recogida en el apartado tres, ordinal segundo por el RDL 1/2015) del inicial art. 231.3. LC que señalaba (ampliando el plazo la actual redacción) que no podrán formular solicitud de AEP “[/] las personas que, dentro de los tres últimos años (hoy cinco últimos años⁴⁹) , hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.” Como régimen particular el RDL 1/2015 ha ampliado este último supuesto e introducido una variante en las transitorias en referencia al requisito previsto en el art. 231.3.2º LC que es su nueva ubicación: “Durante el año siguiente a la entrada en vigor de este real decreto-ley, no será exigible, para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, el requisito previsto en el artículo 231.3.2º⁵⁰. Este último recoge que “[/] las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores”, no podrán solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos si bien la matización es que sí podrán hacerlo dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la citada norma publicada en 28 de febrero de 2015. Como hemos señalado el plazo se computara nuevamente desde la norma publicada en BOE de 29 de julio de 2015.

Para complicar un poco más el supuesto nos debemos referir a lo previsto en la disposición transitoria segunda del RDL 11/2014⁵¹ (con entrada en vigor el 6 de septiembre de 2014), cuando señala que “[a] a los deudores que hubieran celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente durante el año anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley, no les será de aplicación la limitación de un año prevista en el apartado 12 de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para solicitar una nueva homologación judicial⁵².” Como veremos cuestión esta interesante, sin perjuicio de su análisis en relación directa a la DA 4ª, en cuanto a la compatibilidad de instituciones.

Todo lo anterior nos lleva nuevamente a considerar si el artículo 5 bis LC es en sí mismo aplicable a los supuestos de AEP más allá de la propia comunicación que titula y pretende. Pero también si es posible conciliar la negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos y un proceso de refinanciación que, como

⁴⁹ El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso.

⁵⁰ La extensión de ese periodo parte posteriormente de lo recogido igualmente en el texto mantenido en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (Boe de 29 de julio de 2015) que es el resultado de la tramitación parlamentaria de aquella.

⁵¹ Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. «BOE» núm. 217.

⁵² Tengamos en cuenta que su tramitación parlamentaria culmina en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. «BOE» núm. 125, de 26 de mayo de 2015. Y que esta reproduce dicho texto si bien con entrada en vigor desde 27 de mayo de 2015 y por lo tanto ampliando el citado plazo un año más.

veremos, se dirige esencialmente (aunque tras la última reforma no limitado) a los acreedores financieros.

Los problemas que se nos plantean son los siguientes:

1. ¿Cuándo el 5 bis.6 LC se refiere al deudor, incluye también los supuestos AEP? De otra forma dicho, si quien realiza esa comunicación al juzgado es el registro mercantil, el notario (o actualmente y tras el RDL1/2015 la Cámara de Comercio que hubiere asumido dichas funciones conforme al 235.3 LC⁵³) por ante el que se ha presentado la solicitud es evidente que la comunicación prevista en el primero de los preceptos no es del deudor y por lo tanto sería compatible plantear una refinanciación tras esa solicitud inicial dentro del citado plazo. Quizás resultará afectado el propio Acuerdo Extrajudicial de Pagos en tanto a solicitud para el mismo pero no en el ámbito del 5 bis.
2. Lo anterior chocaría con la prohibición de “entrar” en AEP para los supuestos del art. 231.4 LC. Pero como vemos la redacción del precepto es diferente. En este se dice “acceder” mientras que en el 5 bis LC y 231.3.2º LC se parte de la imposibilidad de solicitud (formular) de AEP. La idea entonces es entender que cuando la norma se refiere a “acceder” lo es para ser sujeto acreedor y no para ser sujeto deudor y por lo tanto sujeto del AEP. De esta forma entenderíamos que la prohibición lo es para acreedores del deudor sujeto a un AEP que a su vez se encuentren en un proceso de refinanciación⁵⁴ y que lo sea por sus propias deudas en la expresión “con sus acreedores”.
3. De igual forma resulta contradictoria la prohibición- de entenderlo como prohibición del propio deudor- prevista en el 231.3.4º (hoy 2º) LC que

⁵³ Ciertamente es que recogiendo en este precepto sin embargo no ha sido modificado el artículo 5 bis a tales efectos: *“El registrador o el notario procederá al nombramiento de mediador concursal. Cuando la solicitud se haya dirigido a una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, la propia cámara asumirá las funciones de mediación conforme a lo dispuesto la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, y designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal. Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador mercantil, el notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda, comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el "Registro Público Concursal".»* La adicional primera de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (Boe de 29 de julio de 2015) desarrolla este apartado.

⁵⁴ La norma se refiere sin más a Acuerdo de Refinanciación sin distinción de hablar de un supuesto del 71 bis LC, un supuesto de la DA 4ª Lc o cualquier proceso de refinanciación privado. Deberíamos entender que lo es siempre que se hubiera hecho la comunicación del 5 bis LC a todos los efectos. Podríamos entender que el legislador ha querido distinguir este del supuesto previsto en el art. 231.3.4º LC y que por lo tanto los acuerdos de refinanciación son todos, independientemente de la comunicación o de la pretensión posterior de homologación; y precisamente para proteger a los acreedores de ese, también, acreedor, de los posibles cambios de escenario que se produzcan como consecuencia de un segundo proceso en el que su deudor está implicado y del que ellos no son parte activa. Sin embargo la operatividad en el mundo empresarial es nula por la misma dinámica del mismo y en cualquier caso se generará, o no, una responsabilidad obligacional derivada de dicho cambio de circunstancias.

hemos señalado y que establecía que no podrán – ahora sí- “formular solicitud” quienes dentro de los tres (cinco con la nueva redacción) últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

4. Lo anterior vuelve a ser matizado con lo previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 11/2014, que excluiría de dicha prohibición a quienes hubieran realizado una homologación en el año inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la norma. Se prorroga más por la Ley 9/2015.
5. La misma norma que hemos señalado y que prohibía presentar esta solicitud si en los tres años anteriores (hoy cinco) ya había presentado otra y llegado a un acuerdo, con la excepción señalada, parece igualmente contradictoria con la prohibición anual del 5 bis 6 LC. Tan es así que si partimos de que las comunicaciones son de diferentes orígenes y previsto para AEP una norma específica prohibitiva, nada impediría – con las matizaciones hechas- realizar una nueva homologación de acuerdos de refinanciación o una comunicación del 5 bis a los efectos de negociar un convenio incluso cuando se hubiere firmado un AEP en el año anterior.
6. Y lo señalado nos llevaría (junto a otros argumentos que no son objeto de este estudio⁵⁵) a pensar que la prohibición de AEP lo es unidireccional en el sentido expuesto pero no en sentido inverso hacia el AEP cuando ha habido una homologación.

2.3.4. La necesidad de completar el AEP con la protección de los acuerdos de refinanciación.

Aunque el arrastre que produce el acuerdo extrajudicial de pagos conlleva unas mayorías diferentes⁵⁶ y un contenido vinculante también distinto⁵⁷ a los

⁵⁵ SANJUÁN Y MUÑOZ, E <<Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP) >> *Diario La Ley*, Nº 8196, 2013

⁵⁶ Conforme al art. 238.1 LC: “*Para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado, serán necesarias las siguientes mayorías, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo: a) Si hubiera votado a favor del mismo el 60 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. b) Si hubiera votado a favor del mismo el 75 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, a quitas superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en el artículo 236.*”

⁵⁷ Conforme al artículo 236.1 LC la propuesta podrá contener cualquiera de las siguientes medidas: a) Esperas por un plazo no superior a diez años. b) Quitas. c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos. d) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.ii) 3.º de la disposición adicional cuarta. e) La conversión

acuerdos de refinanciación objeto de homologación de la DA 4ª o de la protección dada por el artículo 71 bis LC, lo cierto es que nada impide a los acreedores (sin vinculación al resto) poder acordar otros supuestos más allá de esas quitas y esperas. Los jueces de lo mercantil de Madrid⁵⁸ han concluido que, en relación a la posibilidad de ejercitar- posteriormente y ya en concurso- las acciones de reintegración de lo acordado en AEP, la respuesta ha de ser negativa por las siguientes razones:

a) de orden práctico, pues ningún sentido tiene impugnar la eficacia del acuerdo de mediación, que por otro lado no despliega los efectos que le son propios como consecuencia de la apertura del concurso consecutivo;

b) la validez del acuerdo de mediación se puede examinar a través de la impugnación y en su caso mediante la declaración de incumplimiento;

c) no es compatible la posibilidad de ineficacia con el tratamiento que el ordenamiento atribuye a los acuerdos de mediación.

En definitiva consideran que el citado acuerdo no es eficaz en supuesto de declaración de concurso y por ello la consecuencia es la no necesidad de reintegración. Así que las operaciones o pagos no realizados dejan de estar operativos y los realizados con anterioridad quedarían sujetos a dos interpretaciones:

1. De nuevo, y pese a la fuerza especial del acuerdo, se está frente a actos de disposición no intervenidos por órgano alguno (sólo supervisados por el mediador concursal), ni autorizados judicialmente, realizados en periodo hábil. Por tanto, pueden ser sometidos a juicio de reintegración, pero ello sin perjuicio de que, en principio, la ejecución del acuerdo alcanzado con la mayoría de los acreedores pueda llegar a suponer la justificación en el sacrificio patrimonial que implica el pago, para tratar de evitar, con tal alegación, la acción reintegradora, de acuerdo con el criterio de la jurisprudencia. (TESIS MAYORITARIA).
2. Debería ser tratados bajo el régimen de validez de los actos ejecutados durante la pendencia de un convenio concursal, en el art. 162.1 LC, mediante su anulación por fraude, contravención al texto del convenio (del acuerdo) o alteración de la igualdad de trato entre los acreedores. De hecho, esos serán los supuestos que, en caso de juzgarse a la luz de las acciones de reintegración, terminen por integrar el presupuesto del perjuicio patrimonial (TESIS MINORITARIA).

Aun no compartiendo lo anterior y entendiendo la validez del citado acuerdo en cuanto a lo que el mismo pueda determinar (y entre otros la posibilidad de recuperar lo condonado o de tener por vencidos los créditos si así se ha recogido) lo cierto es que la misma posibilidad de dicha interpretación obliga a tomar en consideración la posibilidad (valga la expresión) de cubrir el citado acuerdo – finalmente- conforme a lo previsto en el 71 bis LC e incluso de

de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

⁵⁸ Conclusiones de 11 de octubre de 2013.
<http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendoresJuecesMadoc2013.pdf>

sujeto a homologación judicial en tanto en cuanto cumpla con los requisitos previstos en dicha norma.

Evidentemente será más viable aplicar el primero que el segundo (especialmente referido a la deuda financiera) pero nada impediría – de cumplirse dichos requisitos- que pudiera ser alcanzable en tal sentido un acuerdo de refinanciación a través de un Acuerdo Extrajudicial de Pagos, de conformidad a los citados preceptos.

Ello nos llevaría a aplicar igualmente el procedimiento de homologación, en su caso, para dichos acuerdos. Compatibilidad que se contradice, nuevamente, con prohibiciones o limitaciones como las que hemos visto en el apartado anterior. De hecho y tomando literalmente la prohibición de presentar una solicitud del 231.3.2º LC (*Las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores*) nada impediría que ello se produjera de forma paralela y coordinada en el tiempo o en orden inverso. Y salvo que el verbo “acceder” del 231.4 LC lo entendamos en la forma que hemos señalado, si ello conllevara una nueva limitación o prohibición para solicitar un AEP (No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación) la solución pasaría por negociar el citado acuerdo e insertar en el mismo la refinanciación acordada con las formalidades exigidas por los preceptos concursales que allí lo regulan.

2.4. 2014: La regulación final y su tramitación ordinaria.

2.4.1. Introducción.

La aprobación inicial del RDL 4/2014 de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial⁵⁹, su tramitación parlamentaria posterior⁶⁰ como ley ordinaria y la aprobación finalmente de la Ley 17/2014 de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial⁶¹, nos ha llevado (con pequeñas modificaciones en el RDL 11/2014, RDL 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad y su resultado final tras el desarrollo parlamentario por la Ley 20/2015 de 28 de julio, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social⁶² y la Ley

⁵⁹ Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. «BOE» núm. 58, de 8 de marzo de 2014.

⁶⁰ Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (procedente del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo). (121/000089). Presentado el 20/03/2014, calificado el 25/03/2014.

⁶¹ Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. «BOE» núm. 238, de 1 de octubre de 2014

⁶² «BOE» núm. 51, de 28/02/2015. BOE 180 de 29 de julio de 2015.

9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal⁶³) a la actual de los siguientes artículos (por lo que aquí interesa):

- 5 bis: comunicación de inicio de negociaciones por ante el juzgado competente.
- 84.2.11º LC: Calificación de créditos contra la masa del cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta.
- 92.5º, apartado segundo, hoy también modificado por el Rdl 1/2015: «5.º *Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican. Se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario*»
- 93.2.2º LC: Personas especialmente relacionadas o vinculadas: Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Con la redacción anterior a 2015 se recogía que <<[s]alvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la Disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad.⁶⁴>>. En la actual redacción se recoge que “[l]os acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o

⁶³ «BOE» núm. 125, de 26/05/2015

⁶⁴ La enmienda número 1 introducida a través del trámite parlamentario del Rdl 11/2014 también afecta al artículo 93.2.1 LC :” «1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.»”

acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.”

- Actual 164.1 en relación al 165.2 que sustituye, tras la reforma de la Ley 9/2015, a la redacción anterior del art. 165.2.4º LC a efectos de introducir un supuesto de calificación culpable del concurso en todo caso. La redacción anterior recogía: «4.º *Se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la Disposición adicional cuarta. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos. En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades*⁶⁵. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior.⁶⁶». Con la actual, que veremos posteriormente en el último capítulo se incluyen de la siguiente forma: En el art. 164.1: “*El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2.*”. En este último: “*El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos,*

⁶⁵ La enmienda número 23 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 matizará al efecto que debe tratarse, en correspondencia con lo previsto en el artículo 56 LC, de empresas de su grupo o que esté participada por el acreedor.

⁶⁶ La enmienda propuesta número 22 en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 introduce igualmente en el ámbito del artículo 164.1 LC la consideración de culpable respecto de actuaciones de los socios en referencia a este precepto.

se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos. En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior”.

- 172.bis 1 LC: “Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165⁶⁷, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.”
- Nueva redacción de la Disposición adicional cuarta.
- Disposición adicional primera. Tratamiento de las operaciones refinanciadas o reestructuradas como consecuencia de un acuerdo de refinanciación⁶⁸: “El Banco de España, en el plazo de un mes, establecerá y hará públicos criterios homogéneos para la clasificación como riesgo normal de las operaciones reestructuradas como consecuencia de un acuerdo de refinanciación de los regulados por el artículo 71 bis o por la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁶⁹”.
- Disposición adicional segunda. Vigencia del régimen de los nuevos ingresos de tesorería: 1. Durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, no será de aplicación el régimen contenido en el número 11 del apartado 2 del artículo 84 ni el número 6.º del artículo 91

⁶⁷ Aún a pesar de la reforma de la Ley 9/2015 que suprime el apartado cuarto del artículo lo cierto es que sigue manteniéndose la referencia al mismo.

⁶⁸ Vid al efecto: MELÉNDEZ HUELIN, << La reforma contable del Banco de España en materia de provisiones y activos adjudicados>> ADC 2011-2 pgs. 191-233.

⁶⁹ Comunicación del Banco de España de 18 de marzo de 2014. http://www.bde.es/ff/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/Noticias%20Ultima%20Hora/Fich/presbe2014_14b.pdf

de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En su defecto se establece otro que será objeto de estudio.

- Disposición final octava. Modificación del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores a los efectos de no hacer necesario el acuerdo de dispensa de la Comisión Nacional de Valores en estos supuestos, cuando las operaciones se hubieran realizado como consecuencia directa de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente conforme a lo previsto en la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, siempre que hubiese sido informado favorablemente por un experto independiente en los términos previstos por el artículo 71 bis 4 del citado texto legal.»

Con ello se consigue una modificación completa de la citada adicional que afecta a sus ámbitos subjetivo y objetivo, a los efectos que pudieran derivarse y al arrastre que la norma pretende de las mayorías respecto de las minorías. Tras su tramitación parlamentaria el resultado es – en la técnica legislativa que desde 2012 se viene realizando- la nueva aprobación (dado que la convalidación parlamentaria del RDL 4/2014 ya se había producido⁷⁰) de la norma en donde distinguimos apartados nuevos, apartados modificados y otros, la mayoría, idénticos.

Las reformas posteriores producidas en la Ley 17/2014, RDL 1/2015 de segunda oportunidad y Ley 9/2015 perfilan matizaciones que afectarán de forma importante a la interpretación de la norma.

2.4.2. Tramitación parlamentaria del RDL 4/2014 y Ley 17/2014.

Tal y como ya hemos señalado la reforma de 2009 se acompañaba de otros importantes- pero acelerados, ineficaces e insuficientes- instrumentos de refinanciación en la Disposición Adicional 4ª y Disposición Transitoria 4ª de la citada norma. En el mismo sistema de ensayo-error⁷¹ que hemos venido observando y con su reconocimiento expreso concursal en la exposición de motivos de la reforma de 2011, el legislador vuelve a reconstruir el sistema en esta fecha. Amplía el 5.3 LC introduciendo el 5 bis, distingue entre acuerdos de refinanciación generales (71.6 LC) y especiales (DA 4ª⁷²), protege en cierto modo la aportación de nuevo capital, etc. En definitiva y tal y como expone la misma *“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”*.

No será suficiente. Debemos ir nuevamente a 2013 para comprobar cómo se vuelve a modificar el sistema, se afecta a la regulación existente y se

⁷⁰ Resolución de 20 de marzo de 2014, de la Presidencia del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. «BOE» núm. 74, de 26 de marzo de 2014.

⁷¹ BELTRÁN E, <<Hacia un derecho preconcursal. El proyecto de ley belga sobre empresas en dificultades>> *La Ley*. Nº 4, 1985 , pgs. 1139-1142

⁷² PULGAR EZQUERRA J «Acuerdos de refinanciación y escudos protectores» en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003 *.Diario La Ley*, Nº 7731, 2011. Acuerdos de refinanciación y "fresh money". *RdCP*, Nº. 15, 2011, pgs. 47-57. *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*. *RdCP*, Nº. 14, 2011, pgs. 25-40

introducen los Acuerdos Extrajudiciales de Pago como medio alternativo de solución de conflictos en supuestos de insolvencia.

Dado que el sistema no funciona se relativizan las mayorías con la reforma de la Ley 26/2013 de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias⁷³, recogiendo un 55% de acreedores (que finalmente llegará al 51%) en lugar del alto 75% que se había fijado. El planteamiento inicial tampoco tiene solución y debemos esperar a la reforma del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. La exposición de motivos señala que *“este es el momento para acometer medidas principalmente destinadas a la reestructuración viable de la deuda empresarial. En efecto, una vez realizada la necesaria reestructuración del sector financiero, y saneados los balances bancarios, pueden y deben las entidades de crédito y los demás acreedores financieros contribuir al saneamiento de las empresas que, no obstante su elevado endeudamiento, siguen siendo productivas”*; como si de una situación secundaria se tratara y a partir del objetivo ya conseguido de *extraconcursum* la normativa que afectaba al sector financiero.

En su tramitación parlamentaria, y en lo que aquí interesa, la discusión⁷⁴ se centró sobre la base de las enmiendas presentadas al texto original que pretendían una propuesta de plan de reactivación del crédito, generalización del régimen de paralización de ejecuciones, auditor independiente al de la empresa en supuestos del 71 bis, remisión de deudas (que posteriormente se recogerán en el RDL 1/2015⁷⁵), la ampliación (posteriormente tratada con las

⁷³ «BOE» núm. 311, de 28/12/2013

⁷⁴ Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (procedente del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo). 121/000089.

⁷⁵ En tal sentido la enmienda 5 del Grupo UPYD; en ella se proponía la modificación del artículo 178 LC en tanto a que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación o por insuficiencia de masa activa, previa solicitud del deudor, declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la remisión del pasivo hasta que exista sentencia penal firme. No podrá acordarse la remisión del pasivo pendiente si se dan alguna de las siguientes circunstancias: 1.º Si el deudor se hubiera beneficiado de una exoneración del pasivo pendiente en el periodo de ocho años anteriores a la resolución judicial. 2.º Si el sobreendeudamiento del deudor se ha producido como consecuencia de un recurso desproporcionado al crédito respecto de su capacidad patrimonial o por una gestión patrimonial negligente o maliciosa, para lo cual el juez deberá valorar, entre otras, las siguientes circunstancias: A. La información patrimonial suministrada al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial. B. El carácter suntuario o necesario de los bienes adquiridos en los ocho años anteriores a la declaración de concurso. C. El nivel social-profesional del deudor. D. Las circunstancias personales del sobreendeudamiento. Si el deudor no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, cuando reúna los requisitos para acceder al mismo. No podrán ser remitidas las deudas por alimentos, las derivadas de sanciones penales ni de responsabilidad civil extracontractual. Tampoco podrán ser exoneradas las deudas con garantía real. Decretada la remisión del pasivo pendiente, los acreedores no podrán reiniciar ejecuciones singulares por deudas que hayan sido afectadas por la exoneración, aunque el deudor llegue a mejor fortuna. Únicamente cabrá la solicitud de un nuevo concurso de acreedores frente al mismo deudor si se cumplen los presupuestos establecidos en esta Ley en relación con deudas nacidas tras la conclusión del primer procedimiento concursal. No obstante, los acreedores que hayan visto afectados sus créditos por la exoneración,

reformas de 2015) del AEP a consumidores, eliminación de restricciones de quitas y esperas en AEP (que sería acogido parcialmente adecuándolo al sistema de refinanciaciones y convenios en el RDL 1/2015), afectación de ejecuciones sobre garantías reales (que vendría limitado igualmente con dichas reformas) , la atribución de competencia para decidir sobre bienes necesarios al juez ejecutor y no al juez del concurso (que sería adoptado finalmente en sentido contrario en la Ley 9/2015) , determinadas protecciones en relación a los créditos laborales que quedarían al margen del mismo , la ampliación (que finalmente se acogió) de los denominados créditos financieros, la necesidad de atender a las situaciones de personas físicas y muchos otros que resultaron en su gran mayoría rechazados.

Tomando en consideración lo antes afirmado sobre la técnica legislativa utilizada en la modificación legal tendríamos que partir del Rdl 4/2014 que entra en vigor en fecha de 9 de marzo de ese mismo año. La disposición transitoria única recoge : *“En los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de este real decreto-ley se estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la Ley Concursal, resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor, si el deudor ya hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, en la redacción dada por el presente real decreto-ley.”*

De esta forma el régimen distingue los supuestos pendientes acogidos al artículo 71.6 LC, que en realidad deben partir de lo previsto en el artículo 5 bis LC y por lo tanto una comunicación habiendo informado de ello. En estos se exige el nombramiento de un experto independiente con las funciones allí atribuidas. La norma mantiene lo allí previsto salvo que expresamente se acojan a los acuerdos colectivos a que se refiere el nuevo 71 bis 1 LC. En este caso será trascendental para la aplicación de los criterios que también recoge la DA 4ª que se aprueba en la misma norma. Pero ello será solo a los supuestos en que ya se hubiera solicitado (no nombrado) el nombramiento al registrador mercantil. De esta forma distinguimos tres supuestos:

- a) Que a la entrada en vigor se encontraran en dicho proceso de negociación sin haber solicitado el nombramiento del experto independiente al registrador mercantil. En este caso deben acogerse necesariamente a la nueva redacción. Aquí también estarían aquellos en los que se hubiere presentado la comunicación del 5 bis y no hubiera sido tramitada aún por los juzgados competentes. En este caso estaríamos a la regla del apartado a) anterior, que la cubre.
- b) Que se encuentren en dicho proceso pero habiendo solicitado el nombramiento al registrador mercantil del experto independiente. En este caso podrán optar por la aplicación del 71.6 o del nuevo 71 bis 1.
- c) Que no se encuentren en dicho proceso, en cuyo caso y desde la fecha de entrada en vigor le es aplicable la nueva regulación.

Debemos tener en cuenta que conforme a la disposición adicional segunda de la norma durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de dicho real

conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor.»

decreto-ley, no será de aplicación el régimen contenido en el número 11 del apartado 2 del artículo 84 ni el número 6.º del artículo 91 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Y que en este plazo resultará aplicable el régimen jurídico que la misma establece; y entre otros que tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación suscrito a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, hasta el importe del nuevo ingreso de tesorería. De conformidad a ello el régimen no será aplicable cuando no sea posible sujetarse a lo previsto en el 71 bis LC pero en nada afecta en cuanto a la disposición adicional cuarta por cuanto nada se ha dicho de ella en la transitoria.

No obstante lo anterior, la nueva adicional cuarta recoge que podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis. En esta modificación la mayoría prevista del 55% pasa al 51%. Y que en la redacción anterior se recoge que podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 55 por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras, reúna en el momento de adopción del acuerdo, las condiciones del artículo 71.6 de la presente Ley relativas a designación de experto independiente y elevación a instrumento público. Que en dicha redacción no existen ni los criterios de valor razonable o valoración de la garantía que la nueva norma exige y que el arrastre no estaba previsto.

La cuestión entonces es ver si la citada transitoria es aplicable a los mismos supuestos que hemos analizado anteriormente partiendo de dos concretos supuestos:

1º. Aquellos en que se hubiera realizado la comunicación y todavía no haya sido proveída por el juzgado.

2º. Aquellos que se encuentren en tramitación, por haber sido ya proveída, y dentro del periodo previsto en el art. 5 bis LC.

Esta cuestión fue planteada y resuelta por el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada de fecha 17 de marzo de 2014⁷⁶. En el mismo se recoge como fundamentación lo siguiente: *“La aprobación del RD 4/2014 de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda parte de su entrada en vigor al día siguiente a la publicación en el BOE con fecha de 8 de marzo de 2014. El régimen transitorio que recoge señala que “ en los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de este real decreto-ley se estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la Ley Concursal , resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor, si el deudor ya hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis 1 en la redacción dada por el presente real decreto -ley. Por lo tanto entendemos que fuera de dicho supuesto es disponible por las partes la*

⁷⁶ AJM Granada, a 17 de marzo de 2014 .ROJ: AJM GR 16/2014 Nº Sentencia: Nº Recurso: 386/2014 Sección: 1. Finalmente homologando el acuerdo por AJM Granada, a 28 de julio de 2014 .ROJ: AJM GR 53/2014 Nº Sentencia: Nº Recurso: 1168/2014 Sección: 1.

posibilidad mejorada de acogimiento a los efectos de la actual norma en vigor, máxime cuando la resolución de tener por hecha la presentación se realiza una vez (tempus regit actum) que la misma se encuentra operativa. Es por lo tanto posible dicha ampliación y por lo tanto el acogimiento a lo previsto en el citado RDL en cuanto a situación intertemporal partiendo, no obstante, de que el plazo debe ser computado- al no señalar otra cosa la transitoria- desde la fecha de presentación y por tanto desde 7 de marzo de 2014 en cualquier caso.” Por lo tanto el límite debería entenderse igualmente en función de esa remisión al 71.6 LC y a la solicitud (ahora no necesaria) del experto independiente⁷⁷ y a los mismos supuestos.

Por otro lado, y si con ello no fuera suficiente, tenemos la Ley 17/2014 que es el resultado, como se ha dicho, de la tramitación parlamentaria por el régimen de ley ordinaria del Rdl 4/2014. El nuevo texto incorpora mejoras técnicas y de remisión en adaptación al resto de las normas que también son modificadas. Pero incluye igualmente algunos aspectos como puede ser el régimen de los préstamos (acuerdos)⁷⁸ sindicados (a los que prestaremos atención más adelante). En tal sentido el nuevo texto de la Ley 17/2014 recoge: *“En caso de préstamos (acuerdos por tanto) sindicados, se entenderá que los acreedores prestamistas suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el préstamo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.”*

Partiendo por tanto de esa incidencia y otras que analizaremos en momento oportuno se reproduce nuevamente la adicional segunda sobre los nuevos ingresos de tesorería y la transitoria primera referida al derogado artículo 71.6 y la opción que hemos señalado. Pero esta vez con entrada en vigor de la nueva norma con fecha de 1 de octubre de 2014. Entre una y otra se aprueba el RDL 11/2014, con entrada en vigor en fecha de 7 de septiembre de 2014, en donde se recogen apartados tan importantes, a dichos efectos como los siguientes:

- Disposición adicional primera. Medidas de saneamiento en situaciones preconcursales. A los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos

⁷⁷ En cualquier caso y habiéndose convertido la misma en solicitud voluntaria bien por parte del deudor o por los acreedores de conformidad al artículo 71 bis 4 que introduce la citada reforma es evidente que nada impediría desistir del mismo. En tal sentido el nuevo texto señala: *“Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.”* Además nos quedaría todavía la cuestión de a qué solicitud se refiere la norma cuando en el anterior y derogado artículo 71.6 LC esta partía necesariamente del deudor (71.6.2º LC) y en la nueva redacción puede partir tanto del deudor como de los acreedores.

⁷⁸ La propuesta de enmienda planteada por el GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 sustituyó la referencia “préstamos” por “acuerdos”, más genérica. Finalmente así se refleja en la Ley 9/2015.

efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.

- Disposición transitoria segunda. Limitación a la homologación judicial: A los deudores que hubieran celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente durante el año anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley, no les será de aplicación la limitación de un año prevista en el apartado 12 de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para solicitar una nueva homologación judicial.
- Disposición final segunda. Modificación de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Se añade una nueva letra k) al artículo 36.4 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, con la siguiente redacción: «k) Los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, aun cuando la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria tuviera la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor conforme al apartado 2 del artículo 93 de la Ley Concursal. » El régimen será modificado con la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

Ciertamente la aplicación desde 9 de marzo de 2014 del régimen procedimental transitorio con opción al 71 bis es difícil (aunque no imposible en caso de existir recurso de apelación y resolución más tardía que tenga por hecha la comunicación) en la nueva vigencia de la Ley 17/2014, pero en cualquier caso se alargan nuevamente los plazos a efectos de la aplicación de la adicional segunda para ingresos de tesorería , se incorporan nuevos supuestos de posibles homologaciones realizadas entre la entrada en vigor de una y otra y las novedades deberán ser aplicadas desde su vigencia y no con carácter retroactivo a los supuestos anteriores. En este último supuesto el efecto de haber iniciado un procedimiento con anterioridad a la nueva norma y culminar un acuerdo con posterioridad a su entrada en vigor nos lleva a plantearnos la posibilidad de considerar su aplicación (supuestos de medidas de saneamiento, transmisión a la Sociedad de Gestión de Activos o efectos respecto de los sindicatos) al momento del acuerdo y no al momento de inicio del procedimiento de homologación. Pues, como veremos, el procedimiento de homologación parte de un proceso inicial extrajudicial al que el artículo 5 bis le dota de protección concreta y limitada. Es el acuerdo que se somete, en los términos en que se plantea el que inicia el procedimiento y por tanto el que se sujeta a las normas vigentes rituarías cuya aprobación nada tiene que ver con el contenido del mismo salvo en cuanto a los efectos de arrastre que posteriormente se delimitan.

Con posterioridad a la norma anterior se suceden el RDL 11/2014 que culmina, tras su tramitación parlamentaria en la Ley 9/2015, la Ley 17/2014 que es fruto de la tramitación parlamentaria, como hemos dicho, del RDL 4/2014 y el RDL 1/2015 denominado de segunda oportunidad.

En todos ellos el legislador ha tenido la ocasión de ir modelando y perfilando la gran reforma que en materia de refinanciaciones se inició en 2013 y

fundamentalmente , en lo que aquí respecta, en el RDL 4/2014. Son matizaciones pero son importantes y a ellas nos iremos refiriendo a lo largo del presente trabajo en relación a los acuerdos, las mayorías, los efectos y la responsabilidad derivada de los mismos.

Afectan esencialmente a la adicional cuarta la Ley 17/2014 y la Ley 9/2015. Con el RD 1/2015 el legislador ha pretendido paliar un defecto normativo introduciendo mecanismos (y fundamentalmente estos) de segunda oportunidad pero sin establecer un régimen específico de insolvencia que atienda a las particularidades de estos supuestos.

2.4.3. La reforma producida por el RDL 11/201479 de 5 de septiembre y su tramitación parlamentaria.

Su razón de ser se justifica esencialmente en un régimen preconcursal ya aprobado en marzo del mismo año al que no le acompañaba el previsto para los supuestos de convenio. Con la presente reforma se actualizan las posibilidades de convenio adaptándolo a la nueva normativa preconcursal y al régimen previsto por la Recomendación europea de 2014. La reforma se dirige esencialmente al núcleo del convenio en el seno del proceso concursal y por lo tanto una vez iniciado este lo que no impide que determinados aspectos deban ser tomados en consideración, bien analógicamente o como supuestos de interpretación de normas no tan claras, que iremos viendo a lo largo de la exposición.

Conforme a la exposición de motivos el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial flexibilizó el régimen de los convenios pre-concursales de acuerdo con algunas premisas básicas. La primera de ellas es considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo. La segunda de las premisas era acomodar el privilegio jurídico a la realidad económica subyacente, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento venía a ser el obstáculo principal de los acuerdos pre-concursales. La tercera de las premisas era respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales (pero siempre, y tomando en cuenta la segunda premisa, de acuerdo con su verdadero valor económico). Este real decreto-ley aborda la extensión de las premisas anteriores al propio convenio concursal.

En relación a ello es importante resaltar algunos aspectos:

- a) «En caso de acuerdos que, tras la declaración del concurso, sigan sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que los acreedores votan a favor del convenio cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta previsión se aplicará para el cómputo de las

⁷⁹ Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. Publicado en: «BOE» núm. 217, de 6 de septiembre de 2014.

- mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes.»
- b) Ampliación del régimen de personas especialmente relacionadas y que por tanto en supuestos de concurso pueden ver afectados seriamente sus créditos⁸⁰.
 - c) La adaptación del régimen de mayorías a minorías en supuestos de convenios incluso en privilegios especiales y la valoración de las garantías de forma similar a lo previsto para los acuerdos preconcursales.
 - d) El establecimiento de un régimen específico de transmisión de unidades productivas en supuestos concursales.

En lo que a este apartado interesa se recoge, en particular y por un lado, la Disposición adicional primera denominada “*Medidas de saneamiento en situaciones preconcursales*”. En tal sentido se señala que a los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública⁸¹, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo. En este sentido la propuesta de enmienda 28 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 recoge igualmente que “[A] los efectos de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, las actuaciones que se

⁸⁰ «1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural: 1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. 2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior. 3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado. 4.º Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio. 5.º Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior. 6.º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho. 2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 1.º Los socios y, cuando éstos sean personas naturales, las personas especialmente relacionadas con ellos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. 2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad. 3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado.»

⁸¹ «BOE» núm. 62, de 14/03/2005.

deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de procedimientos de insolvencia. Serán de aplicación a estas actuaciones los efectos previstos en el capítulo IV de dicha Ley 41/1999, de 12 de noviembre.»

Por otro la transitoria segunda recoge- quizás pensando en supuestos de acuerdos próximos a perder eficacia- que a los deudores que hubieran celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente durante el año anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley, no les será de aplicación la limitación de un año prevista en el apartado 12 de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para solicitar una nueva homologación judicial.

Todo ello culmina con su tramitación parlamentaria que finalmente se hará Ley en BOE de 26 de mayo de 2015⁸², utilizando la misma técnica legislativa de utilizar esta vía para un análisis más sereno y pausado de la misma a partir de su consideración inicial como urgente; razón que justifica su aprobación primero por RDL y posteriormente por Ley si bien las modificaciones, en lo que aquí nos ocupa, han sido menores.

2.5. Las reformas de 2015.

2.5.1. Reforma del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social⁸³.

Una de las reformas más importantes que se han producido en materia concursal se publica en BOE de 28 de febrero⁸⁴, afectando particularmente a la denominada “segunda oportunidad” tanto para personas físicas comerciantes como no comerciantes. Se trata del principal instrumento (ya requerido desde hace varios años) que hasta ahora se ha aprobado con el objetivo de permitir un *fresh start* a quienes hasta ahora han venido soportando una situación dramática derivada de la crisis económica que se inicia en 2008. En nuestro derecho comparado, como veremos, la normativa no es desconocida. Aun así debemos señalar que los países más desarrollados ya habían recogido, desde antiguo, opciones legislativas al respecto. En el derecho norteamericano de quiebras la normativa se ha desarrollado esencialmente sobre la base de la existencia de situaciones de crisis financiera⁸⁵. Su normativa se fundamenta

⁸² Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

⁸³ El texto ha sido sustancialmente mantenido en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (Boe de 29 de julio de 2015) que es el resultado de la tramitación parlamentaria de aquella.

⁸⁴ Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

⁸⁵ En USA y en 1825 un proyecto de ley de quiebras fue discutido pero no aceptado. Tendremos que esperar primero hasta 1841 y posteriormente a 1867 para que el derecho sobre insolvencia se desarrollara. La primera fue efímera y obedecía a diversos problemas derivados de la insolvencia por deudas de grandes terratenientes en la guerra de la independencia. La segunda obedece a la importante depresión (Pánico) de 1837 que surge de lo ocurrido el 10 de mayo de 1837 en Nueva York, cuando todos los bancos dejaron de efectuar sus pagos en especie (monedas de oro y plata). El pánico fue seguido por una crisis

esencialmente en la posibilidad de permitir que los ciudadanos y las empresas tuvieran una segunda oportunidad al objeto de evitar lo que se ha denominado “*la muerte civil*” de las personas que resultaban afectadas en sus actividades o negocios y por ello sin posibilidad de reiniciar nuevos proyectos de vida o de empresa.

La normativa aprobada afecta a varios aspectos:

1º. Por un lado la modificación del sistema de mediación en insolvencia en los denominados Acuerdos Extrajudiciales de Pago. Con ello se posibilita una distinción entre personas físicas no comerciantes y comerciantes y se estructura un régimen extraconcursal a la solución de dichos problemas económicos.

2º. Se modifica el régimen de remisión de deudas para permitir la “*discharge*” incluso total en función de que se cumplan determinados requisitos que pueden catalogarse de “fuertes”.

3º. Se establece un sistema de favorecimiento al acreedor persona física por la deuda hipotecaria afectando a aspectos esenciales y tangenciales como la posibilidad de (en supuestos de exclusión) reestructurar su deuda e incluso de salvar la vivienda.

4º. Se favorece la contratación y la fiscalidad en todos los supuestos.

La reforma afectará igualmente al régimen de valoración de bienes en el concurso de acreedores al respecto de acuerdos de refinanciación, convenios o incluso el informe de la administración concursal.

El régimen establecido parte de su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en BOE , si bien transitoriamente recoge un mayor beneficio para los supuestos que se presenten durante el siguiente año a dicha vigencia matizando requisitos que pudieran resultar imposibles o de difícil justificación al no estar previamente recogidos. También la posibilidad de acogerse al nuevo régimen de remisión de deudas en los concursos concluidos por liquidación o por insuficiencia de masa activa antes de la entrada en vigor del presente real decreto-ley; en tal caso el deudor podrá beneficiarse de lo establecido en los artículos 176 bis y 178 bis de la Ley Concursal, si se instase de nuevo el

económica que duró cinco años, durante la cual muchos bancos quebraron y se llegó a niveles muy elevados de desempleo. Después de 1857 y tras la guerra civil la situación financiera vuelve a ser de cataclismo. En los anteriores años la prosperidad había hecho no necesario retocar la normativa de quiebras. Pero tras la citada guerra la situación de imposibilidad en los Estados de aplicar una reducción de deuda preexistente o de la aplicabilidad entre unos y otros estados generó la necesidad de una nueva regulación federal que supliera el sistema. Se aprueba entonces el Act de 1867 que incluiría la posibilidad de solicitud voluntaria e involuntaria de insolvencia pero que finalmente resultó fallida siendo derogada en 1878.. Entre 1878 y 1898 la situación fue nuevamente la de inexistencia de una normativa federal aplicable a estos procesos. El Act de 1898 marca el principio de la existencia permanente de una regulación en tal sentido uniformada si bien con las excepciones en los ámbitos estatales y, por otro lado, con la aparición de institución de la “*la equity receiverships*” como figura ad hoc fruto de la necesidad de encontrar soluciones de reestructuración en tema de ferrocarriles que luego sería ampliada. El Act de 1898 fue reformado en multitud de ocasiones aunque fundamentalmente en 1938 (The Chandler act). Se eliminan las restricciones anteriores en tanto a la posibilidad de remisión de deuda y se facilita el acuerdo. Se puede afirmar que inicia el cambio en el modo de concebir la situación del deudor y a cambio se le otorgan al síndico importantes poderes para la protección y recuperación de la masa activa. En 1929 la visión normativa cambiará a favor del deudor. La razón se sitúa esencialmente en el crack de 1929. En 1970 se aprobó una reforma al objeto de proteger aún más al deudor y permitirle un sistema de descarga mejorado.

concurso, voluntario o necesario, lo que supone cierta contradicción si consideramos que partimos de un concurso ya terminado.

En lo que respecta a los acuerdos de refinanciación especialmente llama la atención la posibilidad de solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos, durante el año siguiente a la entrada en vigor de la norma, aunque dentro de los cinco últimos años (mínimo establecido como prohibición general), hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores. Ello permitirá, como veremos, una nueva contradicción entre el sistema anterior y el actual que analizaremos en su momento oportuno.

2.5.2. Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.⁸⁶

Mediante esta ley se pretende, en palabras de su exposición de motivos, poner en marcha un giro estratégico de la normativa, partiendo de un análisis estricto de sus efectos sobre las diversas fuentes de financiación de la economía española. Para ello se articulan un conjunto de medidas con una doble finalidad. La primera pretende hacer más accesible y flexible la financiación bancaria a las pymes, y parte de la convicción de la necesidad de potenciar la recuperación del crédito bancario, dada su vital importancia en nuestro sistema financiero. La segunda pretende avanzar en el desarrollo de medios alternativos de financiación, sentando las bases regulatorias necesarias para fortalecer las fuentes de financiación corporativa directa o financiación no bancaria en España. Se modifica la adicional segunda introduciendo el artículo 16.4 y la disposición adicional cuarta, punto 7 de la misma como normativa especial y , en lo que aquí interesa, se excluye de las obligaciones de notificación de la cancelación de financiación en supuestos, entre otros, en el que una pyme sea declarada judicialmente en concurso de acreedores, cuando se hayan iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis y en la disposición adicional cuarta o un acuerdo extrajudicial de pagos de los previstos en el título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; lo cual evidentemente determina la posibilidad de paralizar el crédito en cualquier momento pero que, sin embargo, deberán estar a lo dispuesto en la normativa especial que se recoge en la citada norma.

2.5.3. Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

Como se ha avanzado la citada reforma es fruto de la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 y por tanto afectará esencialmente al convenio, a la liquidación y a la transmisión de la unidad productiva. Conforme a su exposición de motivos y en lo que respecta a los acuerdos de refinanciación, se

⁸⁶ Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. «BOE» núm. 101, de 28/04/2015.

incluyen una serie de modificaciones cuyo objeto es aclarar determinadas dudas que se han planteado en su aplicación práctica. En primer lugar, se modifica el artículo 5 bis para establecer que, en caso de controversia, será el juez del concurso quien ostente la competencia para determinar si un bien es o no necesario para la continuidad de la actividad económica del concursado. En el artículo 71 bis se regula el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados y en la disposición adicional cuarta se introducen una serie de modificaciones para aclarar el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados y se precisa, a efectos de determinar el valor razonable de los bienes dados en garantía, que éste no podrá exceder del valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado.

2.5.4. Modificación del régimen de competencias a través de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁸⁷.

La reforma que se produce en la Ley Orgánica del Poder Judicial con la LO 7/2015 afectará también al régimen de competencias concursales. Desde la justificación no expresamente indicada de eliminar el colapso en los juzgados de lo mercantil se atribuye a los juzgados de primera instancia la competencia para conocer de los concursos (de acreedores) de personas naturales no empresarios. Esto conllevará que las instituciones preconcursales que sean aplicables a ellos también conlleven un cambio de fuero y por lo tanto serán en aquellos en donde deberán tramitarse.

Aunque ello supone un cambio de juego a mitad de partida en el que se altera la razón de ser de la especialización que se desarrollaba en la exposición de motivos de la LO 8/2003 que acompañó la reforma concursal, lo cierto es que se centra en la segunda instancia para mantener su competencia, en cuanto a secciones especializadas, en estos supuestos. Es decir se cambia el régimen en primera instancia pero serán las secciones especializadas las que mantendrán la competencia en apelación.

2.5.5. La tramitación parlamentaria del RDL 1/2015. La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (Boe de 29 de julio de 2015).

Como ya se ha avanzado la citada norma es fruto del desarrollo parlamentario del RDL 1/2015 que introdujo en nuestro derecho el mecanismo de segunda oportunidad.

Con la nueva norma se mantiene sustancialmente el contenido de la anterior aunque se introducen nuevos elementos y apartados concretos que afectarán al régimen allí previsto.

Es interesante tomar en consideración que el nuevo sistema de regulación urgente por Real Decreto y posterior tramitación parlamentaria conlleva la publicación de la norma en dos ocasiones (tres si contamos la convalidación de la primera) y que por lo tanto las viejas disposiciones transitorias se convierten

⁸⁷ «BOE» núm. 174, de 22/07/2015.

en nuevas por lo que los plazos excepcionales se amplían desde la publicación final tras su tramitación parlamentaria.

Como novedades esenciales al objeto de este trabajo y al margen del mejor desarrollo del concepto de emprendedor que con la misma se desarrolla tenemos los siguientes:

- a) Por un lado⁸⁸ se recoge la posibilidad que durante el plazo de cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, excepcionalmente, los partícipes de los planes de pensiones⁸⁹ podrán hacer efectivos sus derechos consolidados en el supuesto de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual del partícipe. Reglamentariamente podrán regularse las condiciones y términos en que podrán hacerse efectivos los derechos consolidados en dicho supuesto, debiendo concurrir al menos los siguientes requisitos:
 - a. Que el partícipe se halle incurso en un procedimiento de ejecución forzosa judicial, administrativa o venta extrajudicial para el cumplimiento de obligaciones, en el que se haya acordado proceder a la enajenación de su vivienda habitual.
 - b. Que el partícipe no disponga de otros bienes, derechos o rentas en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda objeto de la ejecución y evitar la enajenación de la vivienda.
 - c. Que el importe neto de sus derechos consolidados en el plan o planes de pensiones sea suficiente para evitar la enajenación de la vivienda.

El reembolso de derechos consolidados se hará efectivo a solicitud del partícipe, en un pago único en la cuantía necesaria para evitar la enajenación de la vivienda, sujetándose al régimen fiscal establecido para las prestaciones de los planes de pensiones. El reembolso deberá efectuarse dentro del plazo máximo de siete días hábiles desde que el partícipe presente la documentación acreditativa correspondiente.

El Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, podrá ampliar el plazo previsto en esta disposición para solicitar el cobro de los planes de pensiones en caso de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual o establecer nuevos periodos a tal efecto, teniendo en cuenta las necesidades de renta disponible ante la situación de endeudamiento derivada de las circunstancias de la economía.

La cuestión será esencial a los efectos posteriores concursales que puedan derivarse respecto de dichos fondos y planes.

⁸⁸ Se modifica la disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

⁸⁹ Lo dispuesto en esta disposición será igualmente aplicable a los asegurados de los planes de previsión asegurados, planes de previsión social empresarial y mutualidades de previsión social a que se refiere el artículo 51 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y en general a los seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones en los que se haya transmitido a los asegurados la titularidad de los derechos derivados de las primas pagadas por la empresa así como respecto a los derechos correspondientes a primas pagadas por aquellos.

- b) Se introduce un nuevo requisito a los efectos de remisión de deudas de persona natural de forma definitiva en tanto atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, se podrá declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. Este último no se recogía en el RDL 1/2015.

3. Normas de afectación indirecta.

3.1. Introducción.

Siempre es interesante realizar un análisis previo y global de los diferentes supuestos que sobre una misma materia existen en nuestro ordenamiento jurídico. Este es un sistema cerrado⁹⁰ y por tanto cualquier respuesta requiere interpretación. En términos de algunos autores⁹¹ “[e]n orden al conocimiento de las normas no actúan de modo separado y diferenciado la lectura y la interpretación, de modo que no hay interpretación posible sin lectura, pero tampoco es válida y jurídicamente eficiente la lectura que no implique una interpretación, porque ésta es el único medio de conocer las normas y el conjunto del Ordenamiento Jurídico”.

El derecho concursal, el preconcursal y el paraconcursal han venido desarrollándose en los últimos diez años de forma importante. A la complejidad de sus normas se añade una suerte de reformas de calado importante que introducen adicionales y transitorias en supuestos de tramitación vivos en el momento en que dichas reformas se realizan.

En el sistema de refinanciación ya hemos señalado que se partía de la nada para a continuación desarrollar un sistema completo (insuficiente) que ha bebido, como veremos, de las figuras del derecho comparado y se ha adaptado

⁹⁰ Según Savigny (1779-1861) “todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y... la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos su completa inteligencia.” SAVIGNY, F., *Sistema del Derecho romano actual*, T. I, Madrid, Góngora, 1930, pg. 67. A propósito véase HERNÁNDEZ GIL, A., <<La noción de sistema en Savigny>>, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 14, pp. 273-408. En los trabajos recientes se destacan, LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto. Dalle origini alla scuola storica*, vol I, Torino, Giapichelli, 1968, 313 pp.; del mismo autor, *Sistema e struttura nel diritto. Il Novecento*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2002, 311 pp., y *Sistema e struttura nel diritto. Dal Novecento alla postmodernità*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2002, 371 pp. Del mismo autor, *La nozione di sistema giuridico in Hans Kelsen*, Milano, Cuesp, 1998, 106 pp. Asimismo, LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 153 pp

⁹¹ *Código Civil con jurisprudencia*. Tirant 2011. Comentario al artículo 3. MARTORELL ZULUETA P (Coord.).

a la idiosincrasia propia de nuestro ordenamiento y nuestra cultura; pero que además viene unificado, en cierta forma, por directrices y normas de la Unión Europea.

A la ya reseñada Recomendación de marzo de 2014 de la Unión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial⁹², se añaden criterios de protección del consumidor y tratados internacionales como la Ley Modelo de la CNUDMI⁹³.

Estamos construyendo un sistema preconcursal que evite la insolvencia y proteja la empresa viable y el empleo. No debemos olvidar que *“[d]ificultades financieras no es sinónimo de desaparición de la empresa, puesto que este tipo de problemas engloba una gran variedad de circunstancias, con distinta repercusión sobre su valor y los derechos de los distintos aportantes de fondos⁹⁴.”* Y lo hacemos desde todas las perspectivas del ordenamiento jurídico; desde todas las jurisdicciones y bajo la experiencia vivida. La exposición de motivos de la Ley 17/2014 lo señala claramente: *“En los dos últimos años se han atendido, por orden de urgencia, las necesidades específicas de alivio de carga y desendeudamiento de los diversos sectores demandantes de crédito de la economía española. Las primeras medidas, las más urgentes y quizás las más intensas fueron las adoptadas en materia de deuda hipotecaria por adquisición de vivienda. Así, ya desde marzo de 2012 se adoptaron medidas relevantes tendentes a paliar la difícil situación en que se encontraban los deudores más vulnerables. Las medidas adoptadas desde entonces en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, han permitido dar una respuesta equilibrada respecto a este conjunto de deudores. Con posterioridad, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, abordó una serie de medidas destinadas a beneficiar a todo tipo de empresas y a los empresarios autónomos, destacando, entre otras, la regulación de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, la creación de la Sociedad Limitada de Formación Sucesiva y la introducción de un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya fueran personas físicas o jurídicas. Y según la misma cita este sería el momento para acometer medidas principalmente destinadas a la reestructuración viable de la deuda empresarial⁹⁵.”*

Esta visión de conjunto permitiría evitar razonamientos como el que realiza la citada exposición de motivos que parte de que *“[!]lo paradójico del caso es que, en la actualidad, la dificultad para alcanzar acuerdos entre deudor y acreedores*

⁹² DOUE» núm. 74, de 14 de marzo de 2014, páginas 65 a 70 (6 pgs.)

⁹³ <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/insolvency-s.pdf>

⁹⁴ WRUCK, K. (1990): <<Financial distress, reorganization, and organizational efficiency>>, *Journal of Financial Economics*, Nº 27, pp. 419-444.

⁹⁵ Tal y como afirmamos en el capítulo posterior el sistema tiene también su razón de ser, su objetivo en la protección del sistema financiero. En tal sentido la exposición de motivos de dicha norma recoge que *“una vez realizada la necesaria reestructuración del sector financiero, y saneados los balances bancarios, pueden y deben las entidades de crédito y los demás acreedores financieros contribuir al saneamiento de las empresas que, no obstante su elevado endeudamiento, siguen siendo productivas.”*

financieros deriva no tanto de la falta de voluntad de las partes, sino de ciertas rigideces residenciadas principalmente en la normativa concursal y preconcursal". ¿ Ha faltado quizás una visión de conjunto?.

Tal y como hemos señalado el legislador de 2014 (en cuanto al tratamiento de la reforma producida por el RDL 4/2014 y su desarrollo parlamentario hasta la Ley 17/2014) ha puesto de manifiesto diferentes intenciones (a través de las enmiendas) que finalmente o bien no han sido adoptadas o bien han quedado pendientes. Nos referimos entonces a varias de ellas:

La Propuesta de un Plan de reactivación del crédito⁹⁶ que se realiza en la tramitación parlamentaria se ha reflejado en la adicional tercera de la Ley 17/2014 con el siguiente contenido: *Código de buenas prácticas para la reestructuración viable de la deuda empresarial*. El Gobierno impulsará el desarrollo de un código de buenas prácticas para la reestructuración viable de la deuda empresarial con las entidades de crédito que ofrezca a pymes y autónomos altamente endeudados pero viables, la posibilidad de la reestructuración o refinanciación de la deuda empresarial. Las líneas esenciales de esta propuesta diferenciaban dos apartados:

1. En lo relativo al sector financiero privado:

a) Garantizar que los miles de millones de euros inyectados a la banca para su saneamiento repercutan en las mayorías sociales a través de la reactivación del crédito como medida imprescindible para reactivar y dinamizar la economía.

b) Instar al Banco Central a asegurar que la financiación otorgada a las entidades financieras del Estado español se destina íntegramente a la reactivación del crédito a los sectores productivos de la economía.

c) Adoptar un marco normativo que obligue a las entidades financieras del Estado español a facilitar créditos financieros a personas emprendedoras y pequeñas y medianas empresas.

d) Modificar el marco de ayudas financieras del FROB de manera que se establezca que las entidades financieras receptoras de dichas ayudas deberán impulsar la financiación a emprendedores y pequeñas y medianas empresas, bajo supervisión pública.

e) Limitar el reparto de dividendos a accionistas y la concesión de bonos y altas retribuciones a directivos en el sector financiero en tanto no se eliminen las actuales restricciones al crédito.

2. El impulso y potenciación de mecanismos públicos que faciliten el acceso al crédito por parte del tejido productivo. En este sentido, se contemplarán diferentes opciones, tales como el redimensionamiento del ICO y su coordinación con los institutos de crédito autonómicos, la creación de banca pública o el impulso al modelo que fomente las cajas de ahorro, las cajas de ahorro rurales y las cooperativas de crédito.»

En torno a la remisión de deudas y como segunda oportunidad es evidente que era necesario tratar la discordancia y contradicción existente entre lo dispuesto en el artículo 178.2 y el art. 242.5 LC y su aplicación a las personas físicas; esta situación ha venido a ser considerada por la reforma producida con el RDL 1/2015. En tal sentido, aunque no de forma coordinada se proponía⁹⁷ la modificación del artículo 178 LC en tanto a que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación o

⁹⁶ Grupo Parlamentario Mixto

⁹⁷ UPyD

por insuficiencia de masa activa, previa solicitud del deudor, declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la remisión del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.

La descoordinación del sistema se puso igualmente de manifiesto cuando⁹⁸ se propuso eliminar las restricciones de quita y espera en el AEP. Es evidente que los acuerdos extrajudiciales de pago quedaban obsoletos ante la nueva normativa de refinanciación y la mediación sigue siendo un instrumento útil siempre que se perfilen y eliminen las trabas que la actual regulación pueda tener.

Aunque como criterio de política legislativa es evidente que la exclusión de los créditos públicos de los supuestos de refinanciación contrapone los supuestos de defensa de la competencia y la posibilidad de viabilidad de las empresas, en los últimos años se ha intensificado la presión fiscal sobre las empresas y sobre las personas (con interpretaciones jurisprudenciales cierta y sorpresivamente favorables a la administración).⁹⁹ Especialmente importante es esta enmienda que modifica la restricción de la Ley General Tributaria de fraccionamientos y aplazamientos en supuestos concursales¹⁰⁰. Y de igual forma la número 68 en tanto al favorecimiento de estas operaciones en el impuesto de transmisiones.

La coordinación con otras jurisdicciones sigue siendo notoriamente importante. Uno de los problemas que con más intensidad necesitan solución es la cuestión del empleo, del mantenimiento del empleo y de la capacidad real de la empresa para su continuidad. Una enmienda muy interesante propuesta por el mismo grupo es esta en la que se recoge, para el supuesto del 71 bis: “«7 (nuevo). *Todo acuerdo de refinanciación deberá contemplar de manera expresa las consecuencias laborales colectivas e individuales, directas e indirectas, que se deriven de dicho acuerdo. A tal fin, el deudor deberá comunicar por escrito a los representantes de los trabajadores dichas consecuencias con el fin de abrir un periodo de consultas con los mismos. El documento que recoja el resultado de estas consultas formará parte, a todos los efectos y con todas las consecuencias legales, tanto formales como materiales, de los documentos que acompañan al acuerdo de refinanciación.*”

⁹⁸ UPyD.

⁹⁹ EAJ-PNV. La afectación de la posibilidad de despacho de ejecución en supuestos de garantías reales y créditos públicos. En igual sentido la *enmienda número 57*⁹⁹ para los supuestos de homologación de la DA 4ª en tanto incluiría también a créditos comerciales y públicos. Es especialmente importante la consideración de la misma puesto que la mayor parte de los fracasos se dan precisamente por la imposibilidad de afectación de administraciones públicas. La reforma propuesta aplica directamente el principio de “comunidad de pérdidas.”

¹⁰⁰ Merece la pena la justificación de la misma: La restricción de impedir el aplazamiento o fraccionamiento de deudas tributarias de las empresas en concurso, contribuye a incrementar la liquidación de las mismas, y a la desaparición de muchas empresas, con la consiguiente pérdida de empleos. En la actual coyuntura económica, los créditos públicos también deben quedar implicados en las decisiones concursales de aplazar o fraccionar las deudas, para posibilitar la subsistencia de las empresas, evitar su liquidación y destrucción de empleo.

En caso de no llegarse a acuerdo entre las partes se estará a lo establecido en la legislación laboral para las negociaciones colectivas, debiendo incorporarse al acuerdo de refinanciación la resolución que se dicte al respecto.»

Uno de los supuestos no previstos inicialmente en la Ley Concursal es el de las personas físicas¹⁰¹. Existen algunos preceptos que regulan el régimen de alimentos, la situación familiar del patrimonio, la herencia o la remisión de deudas, pero no una regulación que pueda llegar a ser solución a una situación de insolvencia en estos supuestos¹⁰². La tramitación parlamentaria del RDL 4/2014 como proyecto de ley ordinaria ha motivado de los grupos algunas enmiendas dirigidas a salvar estos supuestos que finalmente no fueron aceptadas pero que es necesario reconsiderar. Así¹⁰³ y en este sentido se proponía ampliar el AEP a los consumidores (algo ya contemplado) y suprimir la prohibición de un nuevo acuerdo cuando ya se ha tenido otro.¹⁰⁴ Presenta particular interés¹⁰⁵ la enmienda que pretendía recoger una nueva disposición adicional conforme a lo siguiente: *“Proyecto de Ley de insolvencia de las personas físicas: En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno presentará un Proyecto de Ley de insolvencia de las personas físicas. En concreto, establecerá un procedimiento ad hoc, judicial o administrativo, orientado, en el caso de una insolvencia sobrevenida y no dolosa, al diseño de un plan de pagos efectivo en beneficio de acreedor y deudor, con o sin exoneración de las deudas pendientes, que permita una mínima satisfacción a los acreedores sin conducir a la exclusión económica del deudor, y en particular del deudor hipotecario. Asimismo, para este tipo de deudores, se regularán los procedimientos de acuerdo entre deudor y acreedor antes de proceder, en caso de impago, a la ejecución de la garantía hipotecaria. En todo caso, se garantizará la máxima seguridad jurídica en el tráfico mercantil.”*

Esa visión global no solo es esencial sino que se pone de manifiesto en la propia discusión parlamentaria y en las adicionales y transitorias de cada norma que se aprueba. Es por ello necesario, previo a entrar en el análisis particular de la figura que ahora tratamos, una exposición sistemática de aquellas normas que también pudieran afectar a la misma, además de la evolución legislativa ya tratada y de las normas allí citadas, como afectación directa o indirecta a nuestros acuerdos de refinanciación.

3.2. Normas de afectación indirecta.

Junto a las anteriores hemos de considerar otra serie de normas que si bien no afectan a las herramientas preconcursales objeto del presente de forma directa

¹⁰¹ BELTRÁN E, <<Insolvencia de las familias en la Ley Concursal Española. El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores) >>/ coord. por Jorge Luis Tomillo Urbina, Julio Álvarez Rubio, 2008, ISBN 978-84-470-3005-7 , pgs. 199-210. Recoge los contenidos presentados a: Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (1. 2007. Santander)

¹⁰² DOMÍNGUEZ CABRERA MP <<La protección concursal y extraconcursal del consumidor insolvente por deuda hipotecaria >>. AdC núm. 33/2014 parte Problemas y Cuestiones.

¹⁰³ UPyD.

¹⁰⁴ Grupo parlamentario Catalán.

¹⁰⁵ Grupo parlamentario socialista.

sí que lo hacen determinando un sistema extra o pre concursal que determinan el resultado final de aquellas. Son muchas estas normas pero una visión global de ellas nos lleva a detectar y resaltar solo las que consideramos más esenciales con el objeto del presente trabajo. Entre estas:

1º. Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial¹⁰⁶.

La referencia más importante de esta norma puede estar en la modificación, posteriormente también afectada¹⁰⁷, del artículo 568 LEC en tanto a la suspensión de ejecuciones. El régimen afecta tanto al artículo 5 bis LC como a la solicitud de homologación recogido en la adicional cuarta.

Debemos considerar igualmente junto a ello la modificación que se produce con la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁰⁸. Con ella y en supuestos de subasta (vs art. 649 LEC) en el caso de que el Secretario judicial tenga conocimiento de la declaración de concurso del deudor, suspenderá mediante decreto la ejecución y procederá a dejar sin efecto la subasta, aunque ésta ya se hubiera iniciado.

2º. Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado¹⁰⁹.

En su exposición de motivos recoge: *“Por último, ligada a la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje se encuentra la reforma del artículo 52.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La nueva redacción se adapta a las soluciones comunitarias en la materia y elimina la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del artículo 52. Se pretende con ella mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso. Es el caso, entre otras, de las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal y los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura. No obstante lo anterior, se faculta al órgano jurisdiccional competente, para suspender de efectos los pactos o convenios arbitrales previamente suscritos, si entendiese que los mismos pueden suponer un perjuicio para la tramitación del concurso”*.

¹⁰⁶ BOE» núm. 266, de 4 de noviembre de 2009, páginas 92103 a 92313

¹⁰⁷ RDL 4/2014: La disposición final primera modifica la redacción del artículo 568 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para adaptar el régimen de suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales a las modificaciones introducidas en el artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio

¹⁰⁸ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 239, de 06/10/2015

¹⁰⁹ BOE» núm. 121, de 21 de mayo de 2011, páginas 50797 a 50804

3º. Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito¹¹⁰.

Como normativa de intervención en materia financiera supone un fuerte impacto en el marco de cualquier situación en las posibles relaciones que se pudieran mantener, a efectos de refinanciación o reestructuración, con las entidades financieras afectadas.

La misma será derogada casi en su totalidad por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión¹¹¹. Sin embargo el impacto concursal sigue existiendo y establece normas específicas a tales efectos.

4º. Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.¹¹²

Modifica la anterior recogiendo que se clarifican las dudas surgidas en la práctica respecto a la extensión de la posición acreedora de Sareb en los procedimientos concursales a quienes adquieran por cualquier título sus créditos. Dado el mandato de liquidación ordenada que tiene Sareb, la venta de sus créditos es frecuente y la incertidumbre en la aplicación de su regulación concursal está repercutiendo negativamente en las transacciones, de ahí la necesidad de proceder a su inminente revisión.

De conformidad a ello el sistema en estos supuestos se construye sobre la siguiente base: *“Los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria no serán calificados como subordinados en el marco de un eventual concurso del deudor, aun cuando la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria fuese accionista de la sociedad deudora. No obstante, si ya hubiese sido calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión, conservará tal calificación. La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria ostentará, respecto a los créditos por ella adquiridos después de la declaración de concurso, derecho de adhesión a la propuesta o propuestas de convenio que se presenten por cualquier legitimado, así como derecho de voto en la junta de acreedores. El régimen previsto en este apartado será también de aplicación a quienes, por cualquier título, adquieran los créditos de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, salvo que, con independencia de las circunstancias de la transmisión, ya concurra en el adquirente alguna de las causas de subordinación previstas en el artículo 92.5º en relación con el artículo 93 de la*

¹¹⁰ BOE» núm. 275, de 15/11/2012

¹¹¹ Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. «BOE» núm. 146, de 19/06/2015

¹¹² BOE 30 de noviembre de 2013.

Ley Concursal, en cuyo caso la calificación de los créditos será la que proceda conforme a las reglas generales.”

Como hemos señalado la misma está afectada por la Ley 11/2015 y asimismo debemos considerar la nueva norma que regula dichos apartados: Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras¹¹³.

5º. Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social¹¹⁴.

Se trata de modificaciones laborales que pudieran tener afectación en materia de reestructuraciones.

6º. Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude¹¹⁵.

7º. Algunas normas de régimen particular aplicables. Supuestos de insolvencia en sociedades colectivas, sociedades civiles, sociedades unipersonales, herencias yacentes, asociaciones, etc.

8º. Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal¹¹⁶.

9º. Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales¹¹⁷ y Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales¹¹⁸.

10º. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹¹⁹. Y Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹²⁰.

¹¹³ Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. «BOE» núm. 168, de 15/07/2015.

¹¹⁴ BOE» núm. 52, de 1 de marzo de 2014, páginas 19294 a 19338

¹¹⁵ BOE» núm. 261, de 30/10/2012

¹¹⁶ BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, páginas 95620 a 95629

¹¹⁷ BOE de 7 de septiembre de 2004.

¹¹⁸ BOE» núm. 241, de 6 de octubre de 2012, páginas 71363 a 71367

¹¹⁹ BOE» núm. 162, de 07/07/2012

¹²⁰ BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013, páginas 105296 a 105311

11º. Toda la normativa afectada por la legislación paraconcursal recogida en la Disposición Adicional Segunda de la LC:

Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras.

1. En los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal.

2. Se considera legislación especial, a los efectos de la aplicación del apartado 1, la regulada en las siguientes normas:

a) Artículos 10, 14 y 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias.

b) Artículo 16 del Real Decreto Ley 3/1993, de 26 de febrero, sobre medidas urgentes en materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo.

c) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en lo que respecta al régimen aplicable a los sistemas de compensación y liquidación en ella regulados, y a las entidades participantes en dichos sistemas y, en particular, los artículos 44 bis, 44 ter, 58 y 59¹²¹.

d) Artículo 16.4 y la disposición adicional cuarta, punto 7, de la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial¹²².

e) Ley 13/1994, de 1 junio, de Autonomía del Banco de España, por lo que respecta al régimen aplicable a las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros bancos centrales nacionales de la Unión Europea, en el ejercicio de sus funciones.

f) La disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras.

g) Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.

¹²¹ Aunque la norma se ha derogado con el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015, sin embargo no ha sido así respecto de la normativa concursal de referencia que se recoge en esta adicional.

¹²² Se modifica a partir de la Ley 5/2015 de financiación empresarial. Con anterioridad el contenido de la misma era: “*La disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación bancaria.*” Con la reforma producida por la Ley 11/2015 de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión se volvió a recoger el texto anterior a la norma citada. Posteriormente en Boe de 4 de septiembre de 2015 se recoge como error y se corrige la misma volviendo al texto que se había aprobado mediante la primera que hemos citado.

h) Los títulos VI y VII de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras; y el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004 de, 29 de octubre.

i) El Capítulo II del Título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

j) Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre Saneamiento y Liquidación de las Entidades de Crédito.

k) La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

l) El artículo 34 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

3. Las normas legales mencionadas en el apartado anterior se aplicarán con el alcance subjetivo y objetivo previsto en las mismas a las operaciones o contratos que en ellas se contemplan y, en particular, las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones financieras relativas a instrumentos derivados.

12º. Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Aunque pudiera estar incluida en las anteriores debemos señalar que la Ley 10/2014¹²³, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito¹²⁴ supuso un nuevo impulso revulsivo respecto de la regulación del sector financiero (en particular el Bancario) a los efectos de conciliar- en palabras de la propia exposición de motivos- la necesaria capacidad de las entidades de crédito para el desarrollo de sus fines en el contexto de una economía de mercado, con la debida ordenación y disciplina sobre aquellos aspectos que pueden ocasionar, como ya ha sucedido en ocasiones anteriores, graves perjuicios a la economía. Su ámbito es amplio abarcando el régimen jurídico de las mismas y de sus órganos (ordenación y disciplina), solvencia, requisitos de capital (colchones de cobertura de riesgos¹²⁵) o supervisión e integración del régimen de las participaciones preferentes y las normas aplicables a los sistemas institucionales de protección. En definitiva concentra, en su aplicación, la normativa que deroga y que hasta ahora había venido rigiendo la actividad financiera desde la perspectiva de las instituciones mercantiles que intervienen en ella, e incorpora y desarrolla una nueva visión cuyo objetivo esencial es la protección del sistema bancario tal y como lo conocemos.

¹²³ Corrección de errata en BOE de 28 de junio de 2014 sustituyendo la sanción de la misma.

¹²⁴ BOE» núm. 156, de 27 de junio de 2014, páginas 49412 a 49549

¹²⁵ Se articula un conjunto de requisitos de capital de nivel 1 ordinario adicionales a los establecidos en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio. Son los llamados colchones de capital. Dos de estos colchones tienen un carácter no discrecional: el de conservación de capital y el previsto para entidades de importancia sistémica mundial. Adicionalmente, el colchón para otras entidades de importancia sistémica otorga cierta discrecionalidad al Banco de España para su exigencia a determinadas entidades.

En lo referente, en particular, al régimen de solvencia se introducen determinados elementos que debemos considerar desde dos perspectivas diferentes: 1. Por un lado en tanto desde el punto de vista general con el objetivo claro de garantizar la supervisión y solvencia del sistema y de las diferentes entidades de crédito que operan en el mercado. Desde este punto de vista la normativa ha venido evolucionando desde supuestos de crisis. Así- tal y como recoge la norma- la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito surge, además de por la necesidad de cumplir la normativa europea , de la profunda crisis que afectó al conjunto del sistema bancario entre los años 1977 y 1985 y que originó la quiebra de más de la mitad de los bancos que operaban en el país a principios de 1978. Tras esto su desarrollo se hará más intenso desde la crisis de 2008 que exigió una fuerte intervención pública para acometer medidas de salvamento en actuación temprana, reestructuración o disolución que confluyen finalmente en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. 2. En segundo lugar en tanto a la protección activa y pasiva de los supuestos concursales que pudieran afectar tanto a dichas entidades de crédito como en cuanto a determinados productos, inversiones o afectaciones que las mismas pudieran tener en determinados supuestos. Desde este punto de vista la DA 2ª de la Ley Concursal ya recoge en su apartado tercero¹²⁶ que las normas del régimen especial aplicable a las entidades de crédito, entre otras, se aplicarán con el alcance subjetivo y objetivo previsto en las mismas a las operaciones o contratos que en ellas se contemplan y, en particular, las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones financieras relativas a instrumentos derivados. Se trata de una normativa especial (paraconcursal) aplicable a entidades de crédito, seguros y sujetas a la disciplina del mercado de valores en tanto busca la aplicación de un sistema propio en materias concretas como Mercado Hipotecario, valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias, régimen aplicable a los sistemas de compensación y liquidación en ella regulados, y a las entidades participantes en dichos sistemas ,régimen aplicable a las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros bancos centrales nacionales de la Unión Europea, en el ejercicio de sus funciones o saneamiento y Liquidación de las Entidades de Crédito.

Son a estos últimos supuestos a los que nos referiremos, en cuanto a la reforma de la citada Ley 10/14, partiendo de dos premisas importantes: en primer lugar que la normativa referida paraconcursal ya se refiere al saneamiento y liquidación de entidades de crédito (Ley 6/2005, de 22 de abril¹²⁷) como normativa especial a efectos concursales. La aprobación de dicha norma, como en otros supuestos, supuso la introducción de la misma (DF 3.2) dentro del ámbito especial concursal. Esta Ley será considerada como legislación especial, a los efectos previstos en la disposición adicional segunda

¹²⁶ Ley 36/2003, de 11 de noviembre. Ref. BOE-A-2003-20695.

¹²⁷ Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito. «BOE» núm. 97, de 23/04/2005

de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En segundo lugar que la nueva normativa- aún a pesar de recoger, como veremos, algunos apartados concursales o de afectación concursal- no se incluye dentro del ámbito de dicha normativa especial y por tanto no ha supuesto modificación alguna de esta.

13º. Nuevo régimen en supuestos de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

De igual forma y por su novedad debemos destacar la Ley 20/2015 de 14 de julio que afecta a la normativa recogida en la adicional segunda y sustituye los apartados de la regulación anterior.

Debemos destacar en este apartado el régimen particular que afecta, por un lado a diferentes aspectos: modifica el artículo 233 de la Ley Concursal en la DF 5ª y recoge – en el supuesto de nombramiento de mediadores- que en el caso de entidades aseguradoras, el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros. Ese mediador designado deberá vivir con la prohibición prevista en el art. 231 LC de no seguir el procedimiento previsto en la normativa concursal para los supuestos de mediación que se mantiene y que puede ser interpretado en relación al procedimiento y no a la prohibición de mediación que expresamente se recoge. Por otro lado los artículos 168 y 189 de la nueva norma se refieren igualmente al mediador. Esta última señala que la administración concursal de una entidad aseguradora se ejercerá exclusivamente por el Consorcio de Compensación de Seguros. Igualmente, en caso de solicitud de Mediador Concursal conforme a lo previsto en el artículo 5 bis de dicha ley, el nombramiento recaerá en el Consorcio de Compensación de Seguros. Por último la reforma del Estatuto del Consorcio de compensación de seguros atribuye a este la función de mediación en estos supuestos: “Además ejercerá las funciones de mediador concursal cuando así lo solicite una entidad aseguradora conforme a lo dispuesto en el artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

En relación a ello se introduce la posibilidad de solicitud de un 5 bis LC pero siempre estará sometido a la intervención que podrá acordar el órgano director de seguros y por otro lado al propio proceso de intento de acuerdo o liquidación que la norma establece.

14º. Afectación en materia de patrimonios de personas físicas.

En supuestos de refinanciación de deudas para cuando se trate de personas físicas no comerciantes debemos considerar además diferentes normas:

- ***Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos¹²⁸.***

¹²⁸ BOE» núm. 60, de 10/03/2012

Tiene como objetivo establecer medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria. La reforma producida por el RDL 1/2015 de segunda oportunidad plantea modificaciones interesantes en tal sentido en relación a las personas consideradas como de especial vulnerabilidad. La citada Ley 20/2015 que es el resultado del desarrollo parlamentario de la anterior ha introducido, como hemos visto algunos aspectos modificativos a tal efecto.

- ***Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios***¹²⁹.

Conforme a su preámbulo la atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios.

- ***Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.***

El régimen aquí previsto establece un nuevo sistema de ejecución y pago de deudas que, en su texto original, por lo que aquí interesa reproducimos parcialmente en su artículo 579 LEC:

1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

¹²⁹ BOE» núm. 276, de 16/11/2012

b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior.»

De igual forma se recoge un régimen transitorio.

Con posterioridad la propuesta de enmienda¹³⁰ número 33 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2008 modifica su regulación: “Disposición final quinta. Modificación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Uno: Se modifica el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Que queda redactado como sigue:

«1. Hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.»

Dos: Se modifica la disposición adicional primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que queda redactado como sigue:

«Disposición adicional primera Fondo social de viviendas

1. Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas

¹³⁰ La justificación de la enmienda señala: “Se modifica la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social con una doble finalidad. Por un lado, se amplía por dos años adicionales la suspensión de lanzamientos cuando en un proceso judicial extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad. Por otro, se modifica la disposición relativa al fondo social de viviendas para permitir que un porcentaje de las viviendas aportadas al mismo puedan destinarse a personas que, encontrándose en situación de vulnerabilidad, hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por motivos distintos al impago de un préstamo hipotecario. También se atribuya al Banco de España la requerir a las entidades de crédito la remisión de información que se considere apropiada para acreditar el cumplimiento de los compromisos asumidos al constituir el fondo.”

personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban.

2. El ámbito de cobertura del fondo social de viviendas se podrá ampliar a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo 1 de esta Ley.

3. Un 5 por ciento de las viviendas que integren el fondo se podrán destinar a personas que, siendo propietarias de su vivienda habitual y reuniendo las circunstancias previstas en los apartados anteriores, hayan sido desalojadas por impago de préstamos no hipotecarios.

4. El Banco de España podrá requerir a las entidades de crédito la remisión de información que se considere apropiada para acreditar el cumplimiento de los compromisos asumidos al constituir el fondo.»

Finalmente la reforma producida por el RDL 1/2015 vendrá a recoger esta modificación al sistema para extender, hasta transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de dicha norma, la imposibilidad del lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en el mismo.

4. Extraconcurzalidad.

Junto a todo lo anterior hemos de destacar otro de los aspectos importantes que a tal efecto se vienen produciendo en nuestro derecho de insolvencias; nos referimos a una voluntad manifiesta del legislador de extraer del seno concursal muchos de los aspectos que regulan esta materia bien porque afecta a sectores importantes para la economía o porque se pretende dotar de seguridad jurídica a determinados productos, servicios o deudas. La evolución legislativa en materia de insolvencias tiende inexorablemente a la extraconcurzalidad. Es decir que el legislador viene extrayendo, a veces como excepción y a veces como regla general, determinados efectos o afectaciones e incluso excluyendo aplicaciones de la normativa de insolvencia a favor de otros instrumentos que se sitúan en lo preconcursal o en lo paraconcursal. Por realizar una reducción a tres posibilidades: (1) O bien el legislador entiende que la normativa concursal y el seno del propio proceso no es útil al objetivo para el que está pensado y creado. (2) O bien la insuficiencia del sistema deriva de la necesidad de realizar matizaciones y regular posibilidades más allá de la originaria normativa aprobada en 2003. y (3) Ambos supuestos a la vez. Pero en todos los supuestos lo que si resulta ciertamente inseguro y es objeto de conflicto y de interpretaciones no necesariamente coherentes es una vuelta a la dispersión en contravención al mencionado y laudado principio de unidad legal. Con ello se contradice igualmente lo que ya afirmara la LO 8/2003 de reforma concursal¹³¹ en su exposición de motivos: “. *En primer lugar, que la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean*

¹³¹ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia, lo que ha de facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica. En segundo término, ello ha de contribuir a que esas mismas resoluciones se dicten con mayor celeridad, pues ese mejor conocimiento del juez en la materia se traducirá en una mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios. En tercer lugar, se conseguirá más coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias en un ámbito de indudable vocación europea, lo que generará una mayor seguridad jurídica.”

Bien es cierto que en unos supuestos se parte de la normativa concursal y desde ella se regula, pero en otros, la mayoría, se matiza la regulación de insolvencias sin afectar a la misma; en otros se excluye (como legislación especial) directamente su aplicación. Un ejemplo de ello es una de las últimas reformas como es la reciente Ley de Navegación Marítima¹³² que regula la posibilidad de separación prevista en el artículo 76.2 LC, aunque debiendo ser integrada con la limitación temporal que establece este precepto y que no ha sido recogido en aquella norma. No obstante lo cual se recoge un fondo de limitación de responsabilidad para determinadas reclamaciones (363 LNM) cuya cuantía se excepciona, en esa norma, del concurso: *“El fondo constituido regularmente solo podrá utilizarse para satisfacer las reclamaciones respecto de las cuales se pueda invocar la limitación de responsabilidad, incluso en caso de concurso del titular del derecho a limitar”*¹³³.

La extracción concursal de la normativa aplicable en procesos concursales se nos antoja contraria a la idea que imperaba con la aprobación de la Ley Concursal. Se afirmaba en ella que *“esta ley persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal. Las severas y fundadas críticas que ha merecido el derecho vigente no han ido seguidas, hasta ahora, de soluciones legislativas, que, pese a su reconocida urgencia y a los meritorios intentos realizados en su preparación, han venido demorándose y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente”*. Podemos comprender la justificación de una regulación paraconcursal (más limitada) o de institutos preconcursales (desde la normativa de insolvencias) pero difícilmente la matización generalizada o la modificación dispersa sin una legislación coherente, uniforme y en unidad. Y es evidente que o bien hemos vuelto a caer en dichos defectos o lo que el legislador pensó en 2003 ha sido superado por la situación actual. En cualquier caso esa

¹³² Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. BOE 180, de 25 de julio de 2014, páginas 59193 a 59311.

¹³³ Es evidente entonces que la avocación al concurso conllevará necesariamente no constituir dicho fondo para evitar la indisponibilidad o disponibilidad limitada del mismo para dichos supuestos, una vez que la situación sea irreversible.

“reforma inarmónica¹³⁴” conlleva lo que BELTRÁN afirmó en dicho artículo: “*En definitiva la reforma concursal no sólo no está orientada a crear la necesaria «cultura concursal», sino que, pese a la justificación aducida, parece mantener los prejuicios de los poderes públicos y de otros protagonistas del concurso acerca de la conveniencia de utilizar el procedimiento legalmente previsto para el tratamiento de la insolvencia.*”

Han proliferado, sin duda, las normas que completan, amplían, matizan, extraen, excepcionan, desarrollan, convergen, conviven, delimitan y limitan la normativa concursal recogida en la Ley 22/2003. A modo de resumen podemos señalar que las mismas se estructuran en dos grupos:

- a) Por un lado aquellas que tienen una explicación desde la propia normativa concursal (Ley 22/2003) y que por tanto se explican por esa función recursiva a – o desde- la propia norma. Se explican como consecuencia de la misma. Es, en otras palabras, la explicación desde el “canon hermenéutico de la totalidad” a que hace referencia el Tribunal Supremo. Este tipo de normas distorsionan pero no contradicen el principio de “unidad legal” en tanto encuentran su justificación en quien les da carta de naturaleza. Un ejemplo claro de ello es la normativa paraconcursal que se recoge en la disposición adicional segunda o, incluso, la aplicación al régimen concursal de los supuestos de modificaciones estructurales¹³⁵ a partir del artículo 100.3 LC.
- b) Por otro lado aquellas que surgen en contradicción con la propia norma concursal y que por lo tanto se distancian de la misma hasta poder considerarse elementos extraños y una distorsión no armónica del sistema. Las razones de su existencia son criterios de política legislativa que obedecen a otros tantos criterios de voluntad, corrección, presión, expresión, necesidad o error pero que exigen una integración en el sistema no siempre posible o deseada. En este caso incluso podríamos dividir las en dos subgrupos:
 - a. Aquellas que pueden ser integradas en el conjunto inicial mediante una congruente aplicación del derecho cuya función principal corresponde a los tribunales¹³⁶. Supuestos paradigmáticos son el artículo 77.2 LGT al momento de la entrada en vigor de la norma concursal (al que nos referiremos), el artículo 55.4 de la LC o algunas normas surgidas en clasificación de créditos al margen de la norma base. Incluiríamos también en estas aquellas que suponen un “error legislativo” y que deben ser integradas en la normativa base.
 - b. Por otro lado aquellas que expresamente quieren salir del sistema (y de hecho lo hacen) para constituir un nuevo régimen diferente y marginal aplicable a particulares circunstancias. Ejemplo de ellas sería la normativa aprobada en supuestos de aplicación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, a la que posteriormente nos referiremos.

¹³⁴ BELTRÁN, E, <<La reforma -inarmónica- de la ley Concursal >> *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 775, 2009, pgs. 8-14.

¹³⁵ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. «BOE» núm. 82, de 04/04/2009

¹³⁶ Esto dará lugar a multitud de interpretaciones no siempre conectadas entre sí o en igual sentido.

Pero en cualquiera de estos supuestos (en unos más que en otros) la idea esencial es la de utilizar el recurso base concursal (La Ley 22/2003) y los principios que en ella se recogen bajo el de “unidad legal” (*pars conditio creditorum, vis atractiva, comunidad de pérdidas, universalidad, etc*); pues es esencial, conforme al Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de junio de 2013¹³⁷, “*la eficacia del proceso universal abierto*”; y dicha eficacia (al margen del caso concreto) aparece como objetivo legal desde la Ley concursal, a la que se remite.

Esa extracción afectará también a los acuerdos de refinanciación pues los mismos no se encuentran bajo el amparo del proceso concursal y por tanto quedarán sujetos a las especificidades propias de la normativa que los regula. El legislador ha querido dejar claro esto expresamente en la aplicación del RDL 5/2005¹³⁸ cuando afirma: “...Adicionalmente, quedan a salvo, entre otras, las previsiones del Capítulo II del Título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.”

La reforma producida con el RDL 1/2015 sobre segunda oportunidad no hace sino incidir en la búsqueda de una solución previa al concurso de acreedores que se acompaña con una solución final, siempre que se cumplan determinados requisitos, para el supuesto en que si se declare el mismo y con un régimen transitorio, en el mismo sentido, para aquellos supuestos ya concluidos por haber terminado la liquidación o por insuficiencia de masa activa.

5. Las influencias extranjeras en la redacción del precepto.

Un último apartado de este capítulo nos lleva a plantearnos las posibles influencias que en la presente regulación puedan haber tenido las *soft law* comunitarias o las regulaciones existentes en otros países de nuestro entorno más cercano territorial y culturalmente. Realizaremos su análisis desde la primera de las señaladas.

Lo primero que nos llama la atención es la publicación en DOUE de la Recomendación de 12 de marzo de 2014¹³⁹ sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. Curiosamente la reforma que se produce con anterioridad de fecha 7 de marzo (RDL 4/2014) ya introduce muchas de las variantes que la citada recomendación realiza.

El objetivo esencial del nuevo enfoque es “*garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía. La Recomendación*

¹³⁷ STS de 17 de junio de 2013. Roj: STS 4065/2013.

¹³⁸ Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. «BOE» núm. 62, de 14/03/2005

¹³⁹ Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. «DOUE» núm. 74, de 14 de marzo de 2014. CORRECCIÓN de errores en DOUE L 300, de 18 de octubre de 2014 (Ref. DOUE-L-2014-83110).

también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurridos en procesos de insolvencia en toda la Unión”.

Su razón de ser por tanto es triple: (1) Reestructuración¹⁴⁰ preventiva de empresas. (2) *Fresh Start*¹⁴¹ o segunda oportunidad.(3) Un sistema (proceso) que garantice los derechos de los acreedores y el equilibrio respecto de ellos.

Según la misma el procedimiento de reestructuración no debería ser largo ni costoso, y debería ser flexible para permitir la adopción de medidas extrajudiciales. La intervención del órgano jurisdiccional debería limitarse a lo necesario y ser proporcionada, a fin de salvaguardar los derechos de los acreedores y de otras partes interesadas que resulten afectadas por el plan de reestructuración. Y además los deudores deberían tener la posibilidad de acogerse a un procedimiento de reestructuración de sus empresas sin necesidad de incoar formalmente un procedimiento judicial.

La voluntad querida del legislador europeo es por tanto un proceso de negociación extrajudicial que culmine en un limitado control jurisdiccional que garantice los derechos colectivos de los demás interesados. Antes de esto que la reestructuración pueda realizarse sin necesidad de incoar un procedimiento judicial. Pero en cualquier caso que los deudores tengan derecho a solicitar al órgano jurisdiccional la suspensión temporal de las acciones de ejecución individuales (en lo sucesivo, «la suspensión») presentadas por los acreedores, incluidos los acreedores preferentes y con garantía, que podrían de otro modo ensombrecer las perspectivas del plan de reestructuración, sin interferir en la ejecución de los contratos en curso. Y si los estados miembros establecen condiciones a esa suspensión que la misma sea acordada, en cualquier caso, cuando:

a) los acreedores que representen un número significativo de las deudas que puedan verse afectadas por el plan de reestructuración apoyen las negociaciones sobre la adopción del plan de reestructuración¹⁴², y

b) el plan de reestructuración tenga perspectivas razonables de ser aplicado y de evitar la insolvencia del deudor¹⁴³.

¹⁴⁰ La reestructuración es definida en la citada recomendación conforme a lo siguiente: “*modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo de los deudores, o una combinación de estos elementos, con objeto de permitir la continuación, en su totalidad o en parte, de la actividad de los deudores*”

¹⁴¹ CUENA CASAS, M, <<Ley de emprendedores, exoneración de deudas o fresh start>>, *AdC* número 30.<< El impacto económico del fresh start o Ley de 'segunda oportunidad'>>. *Notario del Siglo XXI*. Septiembre-Octubre 2014 / Nº57.

¹⁴² Nos encontraríamos con un *pactum de non petendo* o en un *Term sheet*. Este último puede ser definido, adaptándolo al régimen negociador preinsolvente, de reestructuración o de refinanciación, conforme a MINGUEZ PRIETO R en <<Las Estructuras de Financiación de las operaciones de Capital Riesgo: Análisis Legal en un Contexto de Crisis Económica y Crediticia >> en *El Capital Riesgo: su operativa*. Noviembre, 2012. “En el marco precontractual de la denominada «hoja de términos» o «Term sheet» y de un carta de mandato en la que se fijan las condiciones para ejecutar la operación desde un punto de vista de estructuración y compromisos para ordenarla hasta su cierre, se prefijan las condiciones básicas bajo las cuales las partes van a determinar la relación jurídico-financiera, teniendo ambos documentos la consideración de documentos legales conexos o coaligados con el contrato principal de financiación, y que en caso de controversia pudiera dar lugar a ser un elemento interpretativo o probatorio de la voluntad de las partes a la hora de concretar la operación.” El primero es una convención entre deudor y acreedor de no exigencia, durante un cierto tiempo, de la deuda. En tal sentido AREVALO CABALLERO V, << Efectos sustantivos y procesales del pacto de non petendo.>> *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Volumen 1. Universidad de Murcia. 2004. Pgs. 339 a 362.

Bien es cierto que los dictámenes y recomendaciones (art 288 TFUE) carecen de la nota de vinculación y son reglas de autoridad destinadas a influir en la actuación de los operadores jurídicos¹⁴⁴. Según este mismo autor “[L]a recomendación es un instrumento mediante el cual una institución de la Unión puede proponer una línea de actuación sobre un problema o gama de problemas determinadas al objeto de orientar tanto el ejercicio de potestades normativas como la actuación de los operadores jurídicos. En la práctica dictámenes y recomendaciones tienen un papel orientador de las políticas públicas de la Unión y, con frecuencia, desempeñan una función prelegislativa al operar como documentos a partir de los cuales se puede proceder a la elaboración y aprobación de auténticas normas jurídicas de Derecho Derivado¹⁴⁵”. Pero no por ello dejan de convertirse, a veces, en verdaderas leyes blandas (soft law); sobre todo cuando se acompañan de instrumentos de ayuda financiera a los países a los que va destinado¹⁴⁶.

Conforme a dicha Recomendación podríamos distinguir:

1º. Un marco de reestructuración preventiva de situaciones de distress. A estos efectos señala que los deudores deberían disponer de un marco que les permita reestructurar sus empresas a fin de evitar la insolvencia. Dicho marco debería contener los siguientes elementos:

a) el deudor debería ser capaz de realizar la reestructuración en una fase temprana, tan pronto como sea evidente la probabilidad de insolvencia; en tal sentido las reformas que se producen entre 2014 y 2015 desarrollan las instituciones preconcursales con tal fin. Se trata en definitiva de poder reestructurar antes de ir a una situación de concurso de acreedores.

Esta situación previa tiene cierta influencia del derecho francés y norteamericano.

¹⁴³ Sobre la situación del mercado y las refinanciaciones vid: SAN GIL << Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales>>, en AA.VV. *Crisis empresarial y concurso*, Dir. Fernández Rodríguez/ Sánchez Álvarez, Aranzadi, 1ª edición 2010, pgs. 96 y ss.

¹⁴⁴ MARTINEZ SOSPEDRA M, *Fuentes del derecho en el derecho español. Una introducción*. Pg. 49. Tirant.2010.

¹⁴⁵ En tal sentido la propuesta de reforma del Reglamento CE 1346/2000 (DO L 160, 30.6.2000, p.1) sobre procedimientos de insolvencia. En su nueva redacción (finalmente aprobada por el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia) se señalaba que se propone incorporar una referencia expresa a los procedimientos de reestructuración de la deuda y al objetivo del rescate tal y como se ha hecho, a fin de incluir también aquellos procedimientos que permiten al deudor llegar a un acuerdo con sus acreedores en la fase de preinsolvencia. Por otra parte, las modificaciones permitirán aproximar más el Reglamento al enfoque adoptado por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2012\)0744_/com_com\(2012\)0744_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2012)0744_/com_com(2012)0744_es.pdf)

¹⁴⁶ En tal sentido así sucede en el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012. «BOE» núm. 296, de 10 de diciembre de 2012>>. El hecho de suponer igualmente una ayuda financiera (intervención) conllevaba cierta vinculación que en el supuesto de insolvencia no existe.

Antes de nada hemos de señalar que en derecho Francés¹⁴⁷ también se produce una reforma en 2010¹⁴⁸ con el objetivo de favorecer a las empresas en crisis¹⁴⁹. En 2014 se modificará nuevamente el sistema para una regulación completa del régimen de salvaguarda¹⁵⁰. En este caso y con total confidencialidad el resultado afectará solo a aquellos que se hayan sometido voluntariamente al acuerdo. El libro VI del Código de comercio francés se destina a la regulación de los supuestos de crisis de empresas. Distingue en este sentido entre supuestos de prevención y salvaguarda e igualmente podemos distinguir varios procedimientos de carácter preventivo. De carácter interno es el «procédure d'alerte» (procedimiento de alerta¹⁵¹): En este caso corresponde al auditor dar la voz de alarma a la propia empresa y en su defecto solicitará reunión con el consejo de administración. Si no obtiene una respuesta satisfactoria debe comunicarlo al Tribunal de comercio y entonces este realizará funciones de auxilio. Este procedimiento no se aplica cuando se ha presentado un procedimiento de salvaguarda por los representantes de las sociedades. En segundo lugar un procedimiento dirigido a obtener un acuerdo mediante modelos de conciliación o incluso el nombramiento por el Tribunal de Comercio, a petición del deudor, de un profesional (mandato ad hoc) para que controle el proceso de reestructuración que ha sido propuesto. El Tribunal tiene amplias competencias al objeto de hacerse valer de expertos internos y externos a la empresa, públicos y privados, para la comprensión, bajo confidencialidad de quienes intervienen, de la situación económica de la empresa. El régimen previsto en la normativa francesa ha influido notablemente en la regulación de la adicional cuarta. Se trata por lo tanto de un «Règlement amiable» (convenio) por el que se puede solicitar la apertura de un procedimiento para llegar a una solución de mutuo acuerdo. El presidente del tribunal nombra un “conciliateur” que deberá intentar llegar a un acuerdo con los acreedores en un plazo de cuatro meses¹⁵². Aparte de las importantes y trascendentales funciones atribuidas al presidente del Tribunal de Comercio, el acuerdo (611.4 del Código de Comercio francés) deberá hacerse, a través del

¹⁴⁷ PERECHON F, <<La prevención de las crisis en Derecho Francés>>. *RdCP* – 15-2011. pgs.511-521.

¹⁴⁸ L 2010/1249 de 22 de octubre de 2010 de << *régulation bancaire et financière*>>

¹⁴⁹ Se trata de una reforma que fortalece el sistema existente y que veremos a continuación; se dirige esencialmente solo a los acreedores financieros y constituye lo que algunos autores han señalado es un sistema de prepack norteamericano a la francesa. En tal sentido PULGAR EZQUERRA, J, *Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación* op. Cit. pg. 9 y DAMMANN << Sauvegarde financière expresa: Vers une consécration législative du “prepack à la française”>> , *Omnidroit* 15 de septiembre de 2010.

¹⁵⁰ Décret n° 2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

¹⁵¹ Art. 234 Ccom. Modificado por LOI n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

¹⁵² Como procedimientos formales de insolvencia se distinguen: «Redressement judiciaire» (saneamiento judicial): su objeto es salvar la empresa, mantener su actividad y los puestos de trabajo y liquidar el pasivo. El procedimiento consiste en la aprobación por parte del tribunal de un plan de saneamiento de la empresa, que puede suponer su continuidad (en cuyo caso se imponen esperas a los acreedores) o su cesión (se cede la empresa, junto con sus principales contratos, a un tercero que asume determinados compromisos). «Liquidation judiciaire» (liquidación judicial) : se declara cuando el saneamiento es manifiestamente imposible. La actividad de la empresa se detiene o se cede a un tercero, con arreglo a unas modalidades más flexibles que las del procedimiento de intervención

mediador, con todos los acreedores. Con la reforma de 2014 el procedimiento de “*sauvegarde*” intensifica su objeto en facilitar la reorganización de la empresa para permitir la continuación de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y la liquidación de los pasivos. Respecto de los sistemas de prevención: se procura promover el uso de mandato ad hoc y la conciliación; el establecimiento de períodos de gracia para el deudor y sus garantes; se fortalece la posición de los acreedores; se extiende la función del conciliador para preparar la venta de la empresa y se refuerza el derecho de información de los trabajadores. En lo relativo al proceso se simplifica la solicitud y sus controles; se crea un sistema de salvaguarda acelerado y se reducen los plazos. Destaca la limitación a 10 años (15 para agricultores) que se ha recogido en el mismo. El tribunal nombra, no obstante, un régimen de control mediante comisario o comisarios que no se aplica en nuestra regulación dado que se ha optado esencialmente, en este apartado, por el sistema de mantenimiento del deudor en posesión norteamericano (DIP) o en el sistema italiano.

En cuando al derecho norteamericano tenemos los denominados “*Prepackaged Reorganization Plans*.” (*Prepack*). Bajo la Sección 11, USC 1126 (b) del Código se permitió a los deudores negociar con los acreedores antes de una solicitud de quiebra siempre que tuviera una divulgación adecuada y un plazo razonable para el análisis, discusión y votación de esa propuesta. La razón evidente era anticipar la solución al propio proceso que se va a presentar. Tras la reforma de 2005, denominada *BAPCPA*, sin embargo, el apoyo se permite también después de la presentación de la petición, siempre y cuando el proceso hubiere comenzado antes de la misma. Además, para agilizar la *prepack* el juez podrá no convocar a la reunión de la Sección 341 evitando con ello cualquier oposición. Algunos autores¹⁵³ han querido ver en ello una situación inversa en el acuerdo de refinanciación homologado. Se dice que “*en lugar, de configurarse como una propuesta de plan que puede ser confirmado en el concurso judicialmente, se conciben como acuerdos que pueden ser revisados judicialmente en caso de concurso.*” Mediante este instrumento el deudor tiene la ventaja de haber negociado con anterioridad y con ello anticipar la salida de la quiebra. Según SALERNO Y HANSEN (1991), hay cuatro elementos esenciales a una reorganización exitosa en estos casos: a. Mayor claridad del deudor para evaluar de manera realista la magnitud financiera de sus problemas al disminuir la presión (*foresight*). b. Mejor capacidad de asumir los costes. c. Posibilidad de anticipar un plan y una estrategia de salida viable. d. Existencia de voluntad de uno o más acreedores estratégicos para lograr el acuerdo. En oposición a ello los inconvenientes son: (1) Las tasas. (2) La anticipación de la información al sector empresarial. (3) La anticipación a los acreedores que podrían con ello iniciar acciones.

b) el deudor debería mantener el control de la gestión corriente de su actividad; como ya se ha avanzado el régimen tiene fuerte influencia de los derechos norteamericano, italiano y alemán.

¹⁵³ LEÓN SANZ, FJ. <<La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales>>. *Working Paper IE Law School*. AJ18-216. 2014.

En derecho Italiano, tras las reformas de 2010 y 2012¹⁵⁴ de la *Legge fallimentare*¹⁵⁵ se introdujo la posibilidad de estos acuerdos si bien con la necesidad de computar todo el pasivo y con mayorías (cuya adhesión era voluntaria) de al menos el 60% de los mismos¹⁵⁶. El ordenamiento jurídico italiano establece dos procedimientos preventivos. El primero se basa en un acuerdo extrajudicial¹⁵⁷ entre el empresario deudor y sus acreedores, en virtud del cual el empresario puede seguir ejerciendo su actividad si, eventualmente, cede una parte de los bienes de la empresa a los acreedores, o si obtiene de éstos una prórroga del pago o la renuncia total o parcial a los créditos o los intereses. El segundo procedimiento está previsto en la ley concursal y consiste en un convenio denominado concordato preventivo. El deudor propone a los acreedores un plan de saneamiento o reestructuración de deudas elaborado por él. La propuesta es examinada por el órgano jurisdiccional del lugar en que se encuentra la sede principal de la empresa, que puede ordenar la incoación del procedimiento o declarar inadmisibles las demandas, en cuyo caso declara de oficio la insolvencia del empresario.

Mediante este el empresario que se encuentra en un estado de crisis podrá proponer a los acreedores un acuerdo sobre la base de un plan que puede incluir: a) la reestructuración de las deudas y la satisfacción de las demandas a través de cualquier forma, incluso a través de la venta de activos u otras operaciones extraordinarias, incluida la cesión a los acreedores, así como a las empresas en las que participaron, de las acciones o bonos, también convertibles en acciones u otros instrumentos financieros y títulos de deuda; b) la cesión de las actividades de las empresas afectadas por el convenio propuesto a un beneficiario; puede formar como aseguradores también acreedores o empresas que participan o que constituyan durante el procedimiento, las acciones de las cuales están destinadas a ser asignado a los acreedores debido a la composición; c) la subdivisión de los acreedores en clases de acuerdo a la condición jurídica y los intereses económicos homogéneos; d) el trato diferenciado entre los acreedores pertenecientes a diferentes clases. La propuesta podrá disponer que los acreedores que tengan un privilegio, prenda o hipoteca, no sean satisfechos en su totalidad, siempre que el plan prevea la satisfacción por no menos de lo que se pueda conseguir,

¹⁵⁴ INZITARI, B G. <<accordi di ristrutturazione ex artículo 182 bis Legge Fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi>>, en *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 86 (2012) 1, pp. 13-53.

¹⁵⁵ CASTIELLO D'ANTONIO: <<Acuerdos de reestructuración, nueva financiación preconcursal y fresh Money en Derecho Italiano>> *RdCP* nº 15; DE VIVERO DE PORRAS C Y SILES TALENES AL << Los acuerdos de refinanciación en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio >> Tirant. 2013.

¹⁵⁶ El Decreto Legislativo 35 del 14 de marzo de 2005, convertido en Ley Nº 80 del 14 de mayo de 2005 instauró la nueva regulación del Concordato Preventivo y la Revocatoria Concursal e incorporó al ordenamiento el Acuerdo de Reestructuración de las Deudas, constituyendo el primer capítulo de la reforma integral del derecho concursal italiano, vigente desde 1942. El actual texto está adaptado al D.Lgs. 12 Setiembre 2007, n. 169. D.L. Sviluppo 22 giugno 2012, n. 83 convertito con L. 7 agosto 2012, n. 134 e al D.L. Crescita 2.0 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con L. 17 dicembre 2012, n. 221, come modificata dalla L. di stabilità 24 dicembre 2012, n. 228.

¹⁵⁷ La visión privatista de estos acuerdos y el carácter eminentemente comercial de la misma ha sido puesta de manifiesto por los autores. Vid al efecto: GOLDENBERG JL, << Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal>>. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* no.42 Valparaíso jul. 2014. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100006>.

debido a la situación preferencial, el producto en caso de liquidación y teniendo en cuenta el valor de mercado atribuible en un informe por un perito. El tratamiento establecido para cada clase no puede tener el efecto de alterar el orden de los privilegios o preferencias. Durante el procedimiento de concordato, una vez admitido éste, el deudor conserva la administración de sus bienes y la dirección de la empresa, bajo la vigilancia de un administrador del convenio con los acreedores (commissario giudiziale)¹⁵⁸. De hecho en la convocatoria corresponde al Comisario la verificación de la lista de acreedores y deudores a partir de los registros contables presentados haciendo los ajustes necesarios.

De otro lado el derecho norteamericano ha venido desarrollando diferentes figuras que, con matices y diferencias importantes, aseguran el régimen de control de la empresa por parte del deudor aún en estos supuestos. Aunque dentro de la normativa del Chapter 11 y por tanto dentro de los procesos de insolvencia tenemos el “*Deudor en posesión*”¹⁵⁹. Deudor en posesión (DIP) de financiación se obtiene cuando un deudor ha presentado solicitud de quiebra bajo la Sección 364 del Código¹⁶⁰. Entonces recibirá permiso para permitir la financiación de su deuda, principalmente al objeto de: (1) pagar a los profesionales que intervienen en el proceso de reorganización, (2) operar el negocio fundamentalmente a efectos laborales. y (3) los gastos de capital financiero y/o el mantenimiento y las reparaciones de los activos existentes necesarios. Los Prestamistas DIP, que darán fresh money para ello, reciben protección y preferencia sobre cualquier otro tipo de reclamación que existiera antes de la presentación del proceso. No se podrá salir del mismo hasta que no se hubieren pagado a todos completamente. De esta forma el DIP permite al deudor mantener la liquidez suficiente durante el inicial proceso de insolvencia que suele producir efectos perversos en caso contrario. Y también invertir, con el mismo fin, en proyectos que no habrían sido posibles sin ese crédito adicional conseguido.(Net Present Value NPV). Consecuentemente se logrará reducir el tiempo de duración del proceso de quiebra y el aumento de las posibilidades de reorganización o reestructuración. Frente a ello un mayor riesgo y agravamiento, en su caso, de la situación para supuestos de proyectos fallidos. Al objeto de poder obtener esta financiación (DIP Financing), el deudor debe presentar una moción en el tribunal conforme a la regla de procedimiento fijada en el 4001c (1). De la misma se da traslado a los trustee y a los comités de acreedores. Deberá acompañarse de una copia del acuerdo que se pretenda firmar. Tras un periodo de 15 días se hará una audiencia final por el Tribunal pudiendo este, en el interín, autorizar determinadas operaciones para cubrir las necesidades de la empresa. La resolución final podrá autorizar la financiación si bien a dichos efectos podrá estar limitada en su cuantía y el deudor deberá: (1) desarrollar un plan de negocios. (2) Presentar los flujos de caja del proyecto.(3) Presentar un listado de activos y su valoración. (4) Justificar la sostenibilidad de la nueva financiación incluida la que pueda derivarse de su agregación a la viabilidad de la empresa. y (5) Presentar una

¹⁵⁸ Los procedimientos formales a que dar lugar la insolvencia son: la quiebra (fallimento), el convenio con los acreedores (concordato preventivo) y la liquidación forzosa (liquidazione coatta amministrativa)

¹⁵⁹ Section 364 of the Bankruptcy Code

¹⁶⁰ <http://uscode.house.gov/>

inversión real por un prestamista. El plan de refinanciación y el plan de amortización deberán ser aprobados por el Tribunal para que sea posible.

Es interesante señalar a tal efecto que aunque los términos del DIP varían según el prestamista, la industria y el perfil de riesgo del deudor, suelen ajustarse al referencial del London Interbank Offered Rate (LIBOR). Los costos totales están entre el 10 y 20% de la financiación. Los préstamos suelen adoptar la forma de líneas de crédito revolving a corto plazo (rara vez superan los dos años) con el objetivo de superar tensiones de tesorería (capital, trabajo o mantenimiento). Y suelen estar limitados en cuanto a las posibilidades de su aplicación y garantizados, para mayor rentabilidad, con productos contextuales (*equity kickers*) como warrants o cualquier otro de renta variable.

En los préstamos se incorporan **covenants** para el control y supervisión del cumplimiento de la deuda y de la situación de la empresa. Se incluyen entre los mismos objetivos de rendimiento, situación y mantenimiento a un determinado porcentaje del EBITDA, control de estados financieros e inventarios de existencias, sin limitar la capacidad operativa de la empresa. Se trata de supuestos de supervisión y control, por un lado, y de objetivos por otro que suele ser necesario para obtener esa mayor financiación. La preferencia del prestamista y el control de su inversión en los términos señalados hacen bastante atractivo el sistema.

Otro objetivo que se puede obtener de forma indirecta pero directamente buscado mediante la financiación es mejorar su posición en la empresa para una posterior adquisición de la misma o de activos de esta, lo que también se podrá pactar, en virtud de dicha preferencia, en el contrato de préstamo. Esto se podrá hacer también a través de la capitalización de la misma.

La Sección 364 ofrece al prestamista DIP la posibilidad de inducir u ofertar a las empresas en dificultades esta financiación en esta forma. El riesgo es mínimo pero existe, sobre todo para el supuesto de acudir finalmente al Capítulo 7 de liquidación donde solo se cubrirán los gastos de administración¹⁶¹. La asociación DIP-CHAPTER 11 ha tenido un importante éxito en EEUU y ha sido recogido incluso por la normativa nipona¹⁶².

En el derecho alemán debemos partir de la modificación que se produce en 2011 sobre el régimen de insolvencia (*Insolvenzordnung*)¹⁶³. A finales de noviembre de 2011 se aprobó la ley para la mejora de la reestructuración de empresas, que entró en vigor el 1 de marzo de 2012 en donde se fortalece, aunque en concurso y por tanto diferente a nuestro derecho, la posición de los acreedores y la posibilidad de un administrador provisional. Quizás es la normativa que más influencia está teniendo en las últimas reformas de la nuestra¹⁶⁴. Así el Título IX de la norma prevé un acuerdo extrajudicial para personas físicas no empresarios y otros que sí lo sean pero que cumplan determinados requisitos y poca complejidad. Al deudor se le dará igualmente la oportunidad de un acuerdo extrajudicial cuando exista un concurso solicitado por un acreedor. En este intervienen todos los acreedores. El § 270 de la normativa de insolvencia alemana introduce la posibilidad (ya prevista en derecho norteamericano) de que el deudor conserve la posesión (DIP) bajo el

¹⁶¹ Uno de los pocos supuestos de pérdida se produjo en el caso WinStar (2001)

¹⁶² <http://www.nicmr.com/nicmr/english/report/repo/2001/2001sum04.pdf>

¹⁶³ KARSTEN SMITH H. *La reforma concursal alemana de 2011*. pag 508 a 511

¹⁶⁴ Vid por ejemplo ARAYA, TOMAS M, <<La empresa insolvente y los créditos subordinados>> *La Ley*. 16/09/2009, 1.

control de un interventor. La nueva redacción del precepto introduce la posibilidad de una protección (*Schutzschirm*) conforme a lo siguiente: (1) *Si el deudor hubiera presentado la solicitud de concurso en situación de insolvencia inminente o de sobreendeudamiento, se hubiera pedido la autoadministración y el saneamiento que se pretende no carece manifiestamente de perspectivas de éxito, el Tribunal de la insolvencia a petición del deudor fijará un plazo para la presentación de una propuesta de convenio. El plazo no deberá ser superior a los tres meses. El deudor deberá presentar con su solicitud una certificación de un asesor fiscal experto, auditor de cuentas, Abogado o persona de cualificación análoga, del que resulte la insolvencia inminente o el sobreendeudamiento pero no insolvencia actual y que el saneamiento que se pretende no carece manifiestamente de perspectivas de éxito.* (2) *En la resolución adoptada conforme al inciso 1 el Tribunal de la insolvencia nombrará a un interventor provisional conforme al § 270a 1, que deberá ser persona distinta de quienes hayan presentado la certificación conforme al inciso 1. El Tribunal de la insolvencia podrá apartarse de la propuesta del deudor únicamente cuando la persona propuesta de manera manifiesta no sea idónea para la asunción del cargo; esta decisión deberá ser motivada por el Tribunal. El Tribunal de la insolvencia podrá adoptar medidas cautelares conforme al § 21 1 y 2 números 1ª,2 a 5; y deberá ordenar las previstas en el § 21 2 número 3 cuando el deudor lo solicite.* (3) *A petición del deudor el Tribunal de la insolvencia deberá ordenar que sea el deudor quien contraiga los créditos contra la masa. Se aplicará el § 55.2 analógicamente.*(4) *El Tribunal de la insolvencia deberá dejar sin efecto la decisión adoptada conforme al párrafo 1 antes del transcurso del plazo cuando: 1. El proyectado saneamiento haya devenido sin perspectivas de éxito.2. El comité provisional de acreedores pida su anulación. 3. Un acreedor con privilegio especial o bien un acreedor pida su anulación y se conozcan circunstancias que hagan prever que el mantenimiento puede provocar perjuicios a los acreedores; la solicitud únicamente podrá admitirse cuando no se haya designado un comité provisional de acreedores y las circunstancias expuestas por el solicitante queden debidamente justificadas. El deudor o el interventor provisional deberán comunicar al Tribunal sin demora la concurrencia de la situación de insolvencia. Tras anularse la resolución inicial o bien tras el transcurso del plazo decidirá el Tribunal de la insolvencia sobre la apertura del procedimiento de insolvencia*

c) el deudor debería tener la posibilidad de solicitar la suspensión temporal de las acciones de ejecución individuales;

La influencia norteamericana se puede ver en los supuestos del “*equity receivership*”. Este parte de la necesidad de buscar una solución no liquidatoria a los procesos de quiebra. El origen es judicial y parte esencialmente de la necesidad de buscar soluciones a los problemas de las compañías de ferrocarriles¹⁶⁵. Estos mismos autores lo definen como un “*estado de supervisión o de vigilancia de las operaciones del empresario deudor o como vía para liquidar la empresa, sus activos o bienes reales*”. Se trata de un procedimiento judicial a instancia de un acreedor que conllevaba el

¹⁶⁵ DRAKE JR , H/STRUCKLAND C, Chapter 11. *Reorganizations*. Thomson. 2011. Ps 8 a 12.

nombramiento de un *receiver*¹⁶⁶. Implica la paralización de ejecuciones sobre el patrimonio del deudor y con ello facilitaba que los acreedores acudieran a un proceso negocial con el objetivo de reestructurar el patrimonio. Los acreedores pueden obtener la disolución involuntaria sólo cuando la empresa está en insolvencia y solo cuando se dan los supuestos previstos en la sección. En general se trata de un procedimiento alternativo a la situación de quiebra. La crisis de 1929 puso de manifiesto las carencias del procedimiento por lo que en 1934 se aprobó la Ley sobre reorganización de sociedades de capital que sustituyó dicho procedimiento incorporando nuevas mejoras. Entre ellas la posibilidad de aprobar un plan incluso con mayorías disidentes cuando fuere justo y viable. Podemos observar entonces la influencia de esta normativa en el arrastre que nuestra actual regulación recoge a partir de la existencia de un plan de viabilidad que sea aceptado por la mayoría del capital que financia. El código de quiebras de 1898 introdujo el concordato (composition - Out of Court workout) para pequeñas y medianas empresas. Quedarían al margen acreedores garantizados y socios. Convivía la anterior con el *receivership* debido a que no permitía una recomposición en la forma que este último ya lo había desarrollado. Los fraudes detectados en el asunto “*Norther Pacific Railwaw Co v. Boyd 1913* conllevan un mayor control judicial del plan propuesto hasta la aprobación del código de 1978. En la actualidad se parte de acuerdos colectivos entre el deudor y varios acreedores al margen de un proceso judicial. La citada posibilidad parte por tanto de la autonomía privada en la actualidad y su ineficacia se podría conseguir a través de la S 547 b y c de la Ley de quiebras

También el derecho inglés ha tenido influencia en estos supuestos. En la normativa inglesa los *schemen of arragement* (SoA)¹⁶⁷ suponen, igualmente , un acuerdo total o selectivo con aquellos acreedores con los que se quiere llegar a un acuerdo que finalmente homologará un tribunal. La Companies Act 2006 fue completada en 2009¹⁶⁸. Mediante los Arrangements and reconstructions el acuerdo puede ser con todos o con alguna clase de acreedores si bien deben obtener un porcentaje (75%) valorado sobre el conjunto del pasivo afectado¹⁶⁹. Podemos distinguir tres supuestos: 1º.Cram-down schemes. Es de aquí desde donde le legislador recoge la distinción de clases a los efectos de vincular, dentro de cada una, los acuerdos que por mayoría se adopten y que arrastrarán a los demás. 2º. Pre-Pack Schemes: Parte de una transmisión de las unidades productivas sobre las bases de la financiación que permitirá la misma. No obstante la transmisión se delimita perimetralmente en la sede del procedimiento de tal forma que el adquirente no asumirá más que lo pactado. 3º. Reconstruction scheme (sección 900 de la Companies Act de 2006). En este último supuesto se produce igualmente la transmisión del negocio pero los accionistas de la sociedad que lo recibirá serán siendo los mismos, o sustancialmente los mismos, que la transmitente y proponente del scheme. Es decir se traslada la sociedad a otra de nueva

¹⁶⁶ GONDRA ROMERO JM. <<Convenio y reorganización en la nueva ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada>>. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. 2005.*

¹⁶⁷ WINDOR. <<Una visión panorámica de los “schemes of arragement ingleses.>> *RdCP* nº15 de 2011

¹⁶⁸ Part 26 (sec. 895-901) de la Companies Act (CA)

¹⁶⁹ La similitud a los mismos de nuestro sistema ha sido destacado por el Auto de 12 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Mercantil 7 de Madrid.

constitución ya depurada. La posibilidad prevista de paralización absoluta en el artículo 5 bis Lc para mayorías del 51% que hemos señalado más arriba tiene su antecedente en estos.

d) un plan de reestructuración adoptado por la mayoría prevista en la legislación nacional que sea vinculante para todos los acreedores, siempre que el plan sea confirmado por un órgano jurisdiccional;

Como hemos visto la exigencia de un plan de reestructuración se ha convertido en algo estrictamente necesario en todos los supuestos de refinanciación y su influencia se puede ver en cualquiera de las normativas de derecho comparado que hemos examinado. La exigencia de aprobación judicial se recoge en todos los supuestos siendo el paradigma de ello el derecho alemán donde se tramita dentro del proceso de insolvencia.

Derivado del derecho norteamericano y recogido como uno de los supuestos del derecho inglés podemos ver la influencia en ello de la denominada cláusula *Cram-Down Provision*. El código de 1978 norteamericano se ocupó de la insuficiencia de los créditos, que era un nuevo concepto. Un plan puede ser confirmado por la disidencia de una clase de acreedores. Si el plan es justo podrá ser aprobado incluso ante la disidencia de las mayorías de créditos. (11 U.S.C. § 1129(b).) La versión inicial de la cláusula de "*cram-down*", apareció en los capítulos X y XII. La prueba de lo que es justo y equitativo con respecto a una clase de demandantes garantizados pero discriminados en el programa si el plan se cumple en dicha normativa cuando: (1) dicha clase conserva su derecho de retención sobre la propiedad si la propiedad es retenida por el deudor o transferida. (2) que junto a la propiedad, en su caso, se vende y transfiere el derecho de retención y el derecho del acreedor garantizado a recibir pagos diferidos en efectivo de por lo menos en la cantidad permitida de las reclamaciones del valor en la fecha de la confirmación, y (3) que dichos acreedores tendrán el derecho a realizar el "*equivalente indubitable*" de sus reclamaciones para los supuestos de pérdida, deterioro u otros similares¹⁷⁰.

En el derecho inglés ya hemos visto como los "Cram-down schemes" parten como en nuestro derecho (art. 94 LC) de la distinción de clases a los efectos de vincular, dentro de cada una, los acuerdos que por mayoría se adopten y que arrastrarán a los demás. Podemos observar aquí también la influencia de la imposición de las mayorías sobre las minorías disidentes en nuestra regulación.

e) la nueva financiación necesaria para la ejecución de un plan de reestructuración no debería ser declarada nula, anulable o no ejecutable como un acto perjudicial para el conjunto de los acreedores.

Esta admonición de la Recomendación europea tiene su manifestación en la limitación de causas de impugnación frente al auto de homologación pero fundamentalmente en la limitación de los supuestos de reintegración que se dan en todos los supuestos.

¹⁷⁰ También suena en este sentido la referencia respecto de la regulación introducida a los efectos de facilitar a los acreedores con garantía real la ejecución en los supuestos de incumplimiento del acuerdo que ha sido homologado conforme al apartado decimotercero de la adicional.

2º. Un marco de regulaciones estatales sobre segunda oportunidad.

La recomendación europea recoge a tal efecto que los efectos negativos de la insolvencia para los empresarios deberían limitarse a fin de darles una segunda oportunidad. A los empresarios se les deberían condonar totalmente las deudas incursas en la insolvencia en un plazo máximo de tres años a partir de:

a) en el caso de un procedimiento que concluya con la liquidación de los activos del deudor, la fecha en que el órgano jurisdiccional decidió, previa petición, iniciar el procedimiento de insolvencia;

b) en el caso de un procedimiento que incluya un plan de reembolso, la fecha en que se inició la aplicación del plan de reembolso;

Al expirar el período de condonación, a los empresarios se les deberían condonar de sus deudas sin necesidad, en principio, de volver a recurrir a un órgano jurisdiccional. La condonación total tras un breve plazo no siempre es conveniente. Por ello, los Estados miembros deberían tener la posibilidad de mantener o introducir disposiciones más exigentes que resulten necesarias para: a) disuadir a los empresarios que han actuado de forma deshonesto o de mala fe, tanto antes como después de la iniciación del procedimiento de insolvencia; b) disuadir a los empresarios que no se adhieran a un plan de reembolso o a cualquier otra obligación jurídica prevista para garantizar los intereses de los acreedores, o c) garantizar los medios de subsistencia del empresario y su familia al permitirle conservar determinados activos. Los Estados miembros pueden excluir algunas categorías específicas de deuda, como las derivadas de la responsabilidad delictual, de la regla de la condonación total.

Como podemos observar esto ha sido completado en el régimen del artículo 178 bis de la LC con la reforma del RDL 1/2015 fundamentalmente. En este el legislador ha previsto esa posibilidad limitándolo a los denominados “*deudores de buena fe*” que en definitiva cumplen esa función de empresarios honestos a los que se refiere la norma. En cualquier caso partiendo del cumplimiento de determinados requisitos y sujetos a una situación final absoluta de liquidación de su patrimonio tras un concurso y sin recoger un régimen anterior preconcursal que también pudiera a tales efectos así determinarlo. La mayor influencia de ello la encontramos en el derecho norteamericano. La descarga (o discharge) de deudas variará en función del capítulo al que estemos acogidos en dicha normativa. Mediante dicha descarga se libera al deudor de cierto tipo de deudas y en general las privilegiadas se mantienen. En el Chapter 11, (de igual forma que en los capítulos 12 y 13), el tribunal suele otorgar la citada descarga y exención de responsabilidad tan pronto como es posible pero una vez que el deudor ha pagado todo lo que estaba previsto en el plan. Este proceso es automático siempre que no haya discusión respecto del cumplimiento del plan; el Secretario del Tribunal Federal¹⁷¹ remite a todos los intervinientes y acreedores una orden de cumplimiento y aprobación de la gestión. Aunque no enumera las deudas sujetas a descarga se advierte de la posibilidad de desacato en caso de incumplimiento de la misma y de reclamación o cualquier actuación en contra de aquella. No obstante el deudor

¹⁷¹ Según las Reglas del Tribunal.

puede, una vez concluido el proceso, pagar voluntariamente a un acreedor de entre los incluidos en el *discharge*, lo que puede ser útil a los efectos reputacionales, personales o de los propios suministros posteriores a la empresa. Es interesante igualmente la posibilidad de reabrir el proceso a los efectos de solventar cualquier duda (al contrario de lo mantenido en España por el Tribunal Supremo) sobre los créditos, los acreedores o las posteriores reclamaciones.

Existen 19 tipos o categorías de deudas, en los diferentes capítulos, que no se podrán considerar saldadas mediante este procedimiento y que obedecen a criterios de política legislativa u orden público. Como regla general la Sección 523, apartado a), dentro del Chapter 5 recoge que no será posible la exención de deudas en la aprobación de un plan, entre otros, del Chapter 11 (sección 1141) para: Determinados impuestos o tributos y aranceles aduaneros respecto de los que no se haya presentado la declaración, aunque no se haya reclamado por la administración, se haya presentado falsa o fraudulentamente o de forma posterior. Determinadas reclamaciones de dinero, bienes o servicios en donde haya actuado mala fe, engaño o fraude del deudor y buena fe del acreedor. Si no figuran en la lista de acreedores y exista prueba de la citada deuda y salvo que se acredite que el acreedor conocía la situación del deudor de comienzo de ese proceso. Cualquier supuesto de fraude. Obligaciones alimenticias y otras de separación o divorcio respecto del cónyuge o descendientes. La surgida del daño intencional o malicioso del deudor a una propiedad. Impuestos sancionadores. Préstamos o ayudas a la educación para el deudor o sus descendientes y siempre que esto no suponga un excesivo perjuicio al mismo. Daños causados en responsabilidad civil de vehículos a motor, aeronaves o navegación declarados dolosos o ilícitos en su causa. Aquellas que pudieran haber sido incluidas en procesos previos de descarga y no lo fueron. Incumplimientos del deudor respecto de depósitos públicos en supuestos de aseguramiento. Deudas que venzan posteriormente en tanto a propiedad, copropiedad, cooperativas, etc. Pensiones, bonificaciones u otras surgidas de los compromisos empresariales..

La opción por el Chapter 11 puede limitar durante un tiempo (4 años) otras posibilidades como el Chapter 13. En supuestos de fraude el *discharge* puede ser revocado. La Sección 1141 (d) (1) dispone que generalmente la confirmación de un plan de reorganización supone la descarga del deudor de cualquier deuda que surgió antes de la fecha de confirmación. Para ello el deudor deberá cumplir los pagos previstos en el plan y está sujeto a las disposiciones mismo. No obstante también será posible denegar a una persona física la descarga cuando se actúa por el Chapter 7 y no por el Chapter 11. (11 USC §§ 727 (a), 1141 (d)).

3º. El trámite procesal.

Quizás la peor de las adaptaciones que se han producido por el régimen de homologación de acuerdos en la DA 4ª LC es el trámite a seguir. En este contexto y aunque como ya dijimos el RDL 1/2014 era anterior a la Recomendación, sin embargo la misma ha influido (por su conocimiento previo) en el régimen de solicitud, publicación, audiencia, resolución e impugnación.

La Recomendación señala que las condiciones en que el plan de reestructuración puede ser confirmado por un órgano jurisdiccional deberían especificarse claramente en la legislación de los Estados miembros e incluir, como mínimo, las siguientes:

a) el plan de reestructuración se ha adoptado en condiciones que garantizan la protección de los intereses legítimos de los acreedores; A los acreedores a los que pueda afectar el plan de reestructuración se les debería notificar el contenido del plan y reconocer el derecho a formular objeciones y a recurrir contra el plan de reestructuración. No obstante, en interés de los acreedores que apoyan el plan, el recurso, en principio, no debería suspender la ejecución del plan de reestructuración.

b) el plan de reestructuración se ha notificado a todos los acreedores que puedan ser afectados por él;

c) el plan de reestructuración no limita los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonablemente esperar en ausencia de reestructuración, en caso de que el deudor haya liquidado o vendido el negocio como empresa en funcionamiento, según el caso;

d) ninguna nueva financiación prevista en el plan de reestructuración es necesaria para cumplir el plan ni perjudica injustamente los intereses de los acreedores discrepantes.

Todo ello ha tenido su reflejo, tal y como hemos señalado en el nuevo Reglamento Europeo 2015/848 (UE) del Parlamento y del Consejo en donde se recoge la ampliación a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. En particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios. También debe hacerse extensivo a los procedimientos que prevean una condonación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos, por ejemplo reduciendo la cuantía que deba pagar el deudor o ampliando el plazo de pago que se le hubiera concedido. Dado que esos procedimientos no implican necesariamente el nombramiento de un administrador concursal, deben estar sujetos al presente Reglamento si se desarrollan bajo el control o la supervisión de un órgano jurisdiccional. En este contexto, el término «control» debe incluir aquellas situaciones en las que el órgano jurisdiccional solo intervenga a instancia de un acreedor u otras partes interesadas. (Considerando 10). Será aplicable en su mayor parte desde 26 de junio de 2017.

CAPITULO II.

CAPITULO II: EL PROCESO DE HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: FUNDAMENTO, FINALIDAD Y NATURALEZA. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES.

1. El proceso de homologación de los acuerdos de refinanciación

Ciertamente los supuestos de homologación de los Acuerdos de Refinanciación parten de dos fases diferenciadas: (1) Por un lado una negociación particular, privada, extrajudicial entre deudor y acreedores que inicialmente está prevista para acreedores financieros (sujetos o no a supervisión) y en la que se ha de cerrar un acuerdo que cumple determinados requisitos; y (2) una solicitud de homologación y procedimiento establecido en la DA 4ª al objeto de obtener la protección del Estado (heterocomposición) en esta materia.

Lo primero que llama la atención en estos supuestos es la localización de su regulación. La refinanciación o reestructuración que pretende el legislador se sitúa dentro de los supuestos de crisis de empresa (empresa en crisis¹⁷²) cercanos o incluso en supuestos de insolvencia (*distress*).

Debemos partir de lo previsto en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital¹⁷³ en donde para las empresas¹⁷⁴ se establece la obligación, por parte del administrador, de llevar a la misma a disolución o solicitar el concurso de acreedores (art. 3 LC¹⁷⁵) bajo su propia responsabilidad (art. 1911 CC.)

¹⁷² Conforme al Reglamento (UE) nº 1388/2014 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas a empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca y de la acuicultura compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. («DOUE» núm. 369, de 24 de diciembre de 2014), se considera «empresa en crisis» a :una empresa en la que concurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada (distinta de una PYME con menos de tres años de antigüedad), cuando haya desaparecido más de la mitad de su capital social suscrito como consecuencia de las pérdidas acumuladas; es lo que sucede cuando la deducción de las pérdidas acumuladas de las reservas (y de todos los demás elementos que se suelen considerar fondos propios de la sociedad) conduce a un resultado negativo superior a la mitad del capital social suscrito; a los efectos de la presente disposición, «sociedad de responsabilidad limitada» se refiere, en particular, a los tipos de sociedades mencionados en el anexo I de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (2), y «capital social» incluye, cuando proceda, toda prima de emisión; b) si se trata de una sociedad en la que al menos algunos socios tienen una responsabilidad ilimitada sobre la deuda de la sociedad (distinta de una PYME con menos de tres años de antigüedad), cuando haya desaparecido por las pérdidas acumuladas más de la mitad de sus fondos propios que figuran en su contabilidad; a los efectos de la presente disposición, «sociedad en la que al menos algunos socios tienen una responsabilidad ilimitada sobre la deuda de la sociedad» se refiere, en particular, a los tipos de sociedades mencionados en el anexo II de la Directiva 2013/34/UE; c) cuando la empresa se encuentre inmersa en un procedimiento de quiebra o insolvencia o reúna los criterios establecidos en su Derecho nacional para ser sometida a un procedimiento de quiebra o insolvencia a petición de sus acreedores; d) cuando la empresa haya recibido ayuda de salvamento y todavía no haya reembolsado el préstamo o puesto fin a la garantía, o haya recibido ayuda de reestructuración y esté todavía sujeta a un plan de reestructuración.

¹⁷³ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. «BOE» núm. 161,

¹⁷⁴ Debemos tomar en cuenta que nos ceñimos a supuestos de refinanciación de deuda de empresa, pero tal y como hemos visto en el capítulo II el régimen de refinanciación es más amplio y se refiere a todos los supuestos patrimoniales. El derecho concursal previsto en la Ley 22/2003 igualmente es aplicable, con matizaciones en algunos preceptos, tanto a personas físicas como jurídicas dentro del ámbito que recoge en su artículo 1.

¹⁷⁵ Ciertamente el artículo 3 de la Ley Concursal ha mantenido un vacío al respecto entre las modificaciones que sufre con la Ley 14/2013 y la que se produce recientemente con la disposición final 5.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. (Ref. BOE-A-2015-10566.) Con aquella se suprimió la referencia recogida en el mismo sobre la obligación del órgano de administración o liquidación de solicitar la declaración de concurso. En la anterior redacción se recogía: “Si el

universal por todas las deudas que lo sean de la sociedad. El salvamento de la sociedad deberá producirse bien utilizando instrumentos de reestructuración empresarial (modificaciones estructurales) o bien mediante otros instrumentos que permitan equilibrar el patrimonio y el capital social de tal forma que la situación deje de estar incluida en alguno de los supuestos de disolución o de insolvencia. A tal efecto han señalado los autores¹⁷⁶ que debemos distinguir entre los aspectos operativos y los aspectos financieros que existen en cualquier actividad empresarial. Conforme a esto los primeros incluyen todas las políticas operativas – a corto, medio y largo plazo¹⁷⁷– que se resumen en los flujos de caja libre (FCL), mientras que los aspectos financieros¹⁷⁸ se refieren a las políticas asociadas a una correcta gestión de los pasivos netos: estructura de capital, políticas de endeudamiento y apropiada remuneración al capital.

El apartado 5 del artículo 5 bis LC recoge a tal efecto que “[t]ranscurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.” La previsión de refinanciación y su resultado parte, por tanto, de haber superado la situación de insolvencia. De esta forma si el proceso culmina con refinanciación pero no se ha superado la misma nos encontramos igualmente con la obligación de acudir a la solicitud de concurso de acreedores con el reproche de responsabilidad que el juego de los artículos 5, 164.1 y 165.1 LC establecen, a efectos de culpabilidad, para quienes puedan ser afectados por la declaración del concurso como culpable (172 y 172 bis LC).

No recoge la norma actual de comunicación una referencia al supuesto distinguido, en el artículo 2 LC, de insolvencia actual o insolvencia inminente. En la evolución normativa del precepto la introducción del apartado tercero en el artículo 5 (que se produce con el RDL 3/2009) hacía expresa referencia al supuesto de estar en insolvencia actual y ninguna a la insolvencia inminente : *”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 alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.”*

deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación”. Esta situación se ha mantenido durante dos años hasta que la reciente norma de 2015 lo ha vuelto a introducir.

¹⁷⁶ LOPEZ LUBIÁN F, *Cómo gestionar los riesgos corporativos*. Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

¹⁷⁷ A corto plazo incluirían decisiones sobre políticas de precios, costes, gastos, logística, producción, etc.; a corto y medio plazo se centran en Activos Corrientes Netos (ACN) y decisiones sobre políticas de cobros, pagos, inventarios, cash management. A medio y largo plazo se refieren a activos netos e incluyen decisiones sobre inversiones o desinversiones en activos fijos.

¹⁷⁸ Incluyen todas las decisiones que afectan a cómo financiar las necesidades operativas: estructura de capital, políticas de endeudamiento y política de relaciones con los accionistas.

Es la reforma producida con la Ley 38/2011 cuando se deroga dicho apartado y se introduce el art. 5 bis. En este ya no se hace referencia a insolvencia actual como criterio esencial para la solicitud sino simplemente a “insolvencia”. Aunque trataremos estos supuestos en el apartado correspondiente conviene ya señalar que la voluntad- por lo que a este se refiere- del legislador es establecer una comunicación previa al órgano jurisdiccional al objeto de iniciar negociaciones con los acreedores y establecer cierta protección (en este caso y hasta su posterior reforma solo respecto de quienes pretendan una solicitud de declaración de concurso necesario). Esta comunicación es, inicialmente, tan solo eso y el mismo solo requería una resolución del secretario judicial (antes del propio juzgador) dejando constancia de la comunicación presentada por el deudor. Con ello desplegaba sus efectos conforme al apartado 3 del artículo 15 LC: *“Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor”*. El proceso de negociación quedaba al margen del juzgado. En la inicial redacción de la disposición adicional cuarta (conforme al RDL 3/2009¹⁷⁹) esa negociación privada (cubierta o no bajo un paraguas protector de una solicitud de concurso necesario a través del 5 bis) solo establecía intervención pública (no judicial) para dos supuestos:

- a) En primer lugar porque el acuerdo , para poder estar protegido, debía ser informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil¹⁸⁰.
- b) En segundo lugar porque dicha protección se podría tener siempre que el acuerdo se formalizara en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores¹⁸¹.

Por lo tanto el proceso podía construirse sobre la base de distinguir diferentes apartados que hoy han sido más desarrollados pero que se mantienen sustancialmente:

1º. Una posible intervención judicial inicial en tanto a un proceso de comunicación que recoge un paraguas protector frente a las solicitudes que pudieran realizarse por los acreedores de concurso necesario del deudor que está incluido en el proceso.

¹⁷⁹ Vid al efecto mi trabajo sobre << Refinanciación de deuda tras la reforma concursal. Apuntes a la reforma del Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE de 31 de marzo de 2009) >>. *Diario La Ley*, Nº 7189, Sección Doctrina, 4 Jun. 2009, Año XXX, Ref. D-204, Editorial LA LEY

¹⁸⁰ El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo

¹⁸¹ Tengamos en cuenta que ello también era aplicable a otros supuestos, como hemos visto, recogidos en la Disposición Transitoria cuarta de dicha reforma.

Tras las sucesivas reformas este apartado sigue manteniendo su naturaleza de comunicación si bien la citada protección ha ido aumentando en relación a otros efectos como ejecuciones o afectación de contratos.

2º. Una negociación privada entre los acreedores y el deudor sujeto a dicha situación¹⁸².

En este apartado la negociación solo tendría como condicionante que para poder revestir cierta protección era necesario que cumpliera determinadas mayorías de créditos y concretos y limitados contenidos en cuanto a quitas, esperas o mejora de la situación de la deuda que se refinancia. En la última reforma de este apartado, realizada entre 2014 y 2015, la complejidad del sistema nos llevará incluso a establecer criterios de valoración razonable de bienes y aplicación porcentual, sobre los mismos, de las garantías establecidas.

3º. Una intervención del Registro Mercantil en cuanto al nombramiento de experto independiente al objeto de presentar un informe dirigido esencialmente a los acreedores y a la viabilidad de la empresa.

En este apartado la evolución del precepto parte de una primera obligatoria a una última potestativa para el deudor y los acreedores.

4º. Una intervención notarial en tanto a elevación a público de dichos acuerdos para poder gozar de la protección frente a terceros que en un posterior proceso concursal pudiera devenir. En concreto y particularmente respecto de la posibilidad de reintegración.

En este apartado el criterio ha sido siempre, en toda reforma, facilitar dicho instrumento estableciendo medidas fiscales¹⁸³ y honorarios notariales limitados.

5º. Una intervención, ahora sí judicial, al objeto de permitir la homologación de dichos acuerdos (cumpliendo todos los requisitos establecidos) que se introduce con la reforma de la Ley 38/2011. Esta homologación será potestativa y persigue como objetivo esencial el despliegue de efectos protectores que la adicional establece.

En la evolución del precepto la inicial legitimación para su solicitud es del deudor y solo de este. Es con la reforma que se produce en 2014 cuando se introduce la legitimación también de cualquiera de los acreedores que lo suscriben.

¹⁸² Para LOPEZ LUBIAN FJ, << Operaciones de reestructuración en la empresa. Algunos aspectos prácticos.>> *Revista de Contabilidad y Dirección* Vol. 15, año 2012, pp. 97-114 “la necesidad de reestructurar la totalidad de la deuda de una empresa surge en la mayoría de las ocasiones con motivo de las dos siguientes situaciones: a) Graves tensiones de liquidez como consecuencia de una disminución significativa de los ingresos y/o un incremento sustancial en los costes, lo que pone en duda la capacidad de la empresa de hacer frente a sus compromisos operativos y financieros a corto plazo; b) Severa caída del valor de mercado de activos estratégicos de la empresa, con el consiguiente deterioro del colateral cuando se han producido financiaciones específicas de activos.”

¹⁸³ La última de ellas la encontramos en el RDL 1/2015 (y en la Ley 25/2015) cuando recoge una disposición adicional cuadragésima tercera con el siguiente contenido: “Estarán exentas de este Impuesto las rentas obtenidas por los deudores que se pongan de manifiesto como consecuencia de quitas y daciones en pago de deudas, establecidas en un convenio aprobado judicialmente conforme al procedimiento fijado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en un acuerdo de refinanciación judicialmente homologado a que se refiere el artículo 71 bis y la disposición adicional cuarta de dicha ley, en un acuerdo extrajudicial de pagos a que se refiere el Título X o como consecuencia de exoneraciones del pasivo insatisfecho a que se refiere el artículo 178 bis de la misma Ley, siempre que las deudas no deriven del ejercicio de actividades económicas.»”

Por otro lado esta intervención se divide, con la última reforma, en dos apartados diferentes. Por un lado en cuanto a simple homologación con comprobación o visado del cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la norma. Una segunda que determinamos a continuación.

6º. Una nueva intervención del órgano jurisdiccional competente en tanto a la posible impugnación que pudiera darse del citado acuerdo que ha sido homologado. En tal sentido la actual redacción del apartado 7 de la DA 4ª recoge que *“[d]entro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla. Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.”*

Como podemos comprobar la citada impugnación nos lleva a un control de contenido del citado acuerdo. Aunque la norma establece que la sentencia que se dicte (en tramitación conforme a lo previsto por el incidente concursal) no es susceptible de recurso de apelación desarrollaremos este apartado posteriormente dado que la cuestión resulta aún más compleja que dicha limitación devolutiva.

7º. De igual forma se prevé la intervención del órgano jurisdiccional que ha homologado el acuerdo a los efectos de su ejecución. El apartado 10 de la DA 4ª LC recoge que *“[e]n ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación”*.

La cuestión es igualmente mucho más compleja en tanto a esa opción de ejecución en positivo y como cumplimiento del acuerdo como en supuestos de incumplimiento parcial y las vías de incumplimiento total.

8º. Por último el incumplimiento global o sustancialmente global nos lleva a una nueva intervención del órgano jurisdiccional que ha otorgado la homologación. Ello está previsto en el apartado 11 de la adicional señalando que 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.

Desde el resultado del incumplimiento la norma permite que los acreedores puedan instar bien la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. Y establece normas específicas a los efectos de ejecución de garantías reales. De cual sea el régimen competencial y las posibilidades abiertas a dichos efectos nos referiremos en su apartado correspondiente, pero puede suponer una nueva intervención pública (notarial o judicial) o incluso la aplicación del RDL 5/2005¹⁸⁴ a cuyos efectos el RDL 11/2014 (y posteriormente la Ley 9/2015) ya recoge en su disposición adicional primera que las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal tendrán la consideración

¹⁸⁴ Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. «BOE» núm. 62

de medidas de saneamiento a los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo. Y la Ley 17/2014 igualmente quiere dejar claro – en su exposición de motivos- (sin ninguna reforma que a ello afecte) que “*adicionalmente, quedan a salvo, entre otras, las previsiones del Capítulo II del Título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.*”

Por tanto podemos señalar que el proceso de homologación de acuerdos de refinanciación previsto en la Disposición Adicional cuarta de la ley concursal es un procedimiento¹⁸⁵ de intervención mínima- en cuanto a tal homologación- de los órganos de lo mercantil y que se fundamenta esencialmente en una negociación privada que tiene que cumplir determinados requisitos formales y de contenido que serán visados , a los efectos de homologación judicial, por el juzgador siempre que las partes lo sometan al mismo. Esta intervención es primero formal y posteriormente, en supuesto de impugnación, de control limitado de contenido. Pero que su incumplimiento conlleva ciertamente una nueva intervención judicial cuyo resultado dará lugar igualmente a posibles y alternativas situaciones de intervención pública. Algunos autores lo han definido como “*stand still legal*” conectado a la homologación judicial del acuerdo¹⁸⁶ ”; y otros han matizado que su naturaleza jurídica “*no es un proceso colectivo, cautelar o preventivo de la insolvencia, sino de un contrato (“acuerdo”) entre determinados acreedores con el deudor, con efectos que superan la relatividad subjetiva propia del negocio, porque se extienden a quienes no han sido en él parte y hasta han podido ignorar su existencia*¹⁸⁷”.

Tal y como señala la Recomendación, ya citada, de la Unión Europea de marzo de 2014 se recoge la disponibilidad de los deudores (y de los acreedores) en un proceso flexible y limitado al control jurisdiccional con planes de reestructuración también limitados en cuanto a su contenido para poder ser homologados y que establezcan garantías para quienes resulten afectados por el mismo en caso de incumplimiento y con protección de la nueva financiación.

¹⁸⁵ Sobre su consideración o no como procedimiento se han pronunciado los autores negando esta naturaleza. Así OLIVENCIA <<El RD-L 3/2009, las nuevas normas y su aplicación” nº 13, RDCP 2010, pg. 21, niega que lo sea en tanto a su carácter negocial y tan solo constituye un supuesto de blindaje. Se trata de referencias a la reforma de 2009. Posteriormente PULGAR EZQUERRA, J, *Preconcurso y acuerdos de refinanciación* op. cit pgs. 42 y 46, señala que esta protección no muta su carácter negocial/contractual. La obra se fecha en 2012 e incluye la reforma de 2011. También en este sentido BELTRÁN E y GARCÍA CRUCES JA, <<Acuerdos de refinanciación>> en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo I, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p 153, señalan que “ no es un procedimiento concursal”, cuestión diferente a un tratamiento específico de la naturaleza o no de la homologación. Refrenda todas estas posturas CANDELARIO MACÍAS, MI, *La gestión de la empresa en crisis: identidad y sentido práctico de los acuerdos de refinanciación*. Tirant 2014 Pgs. 55 y 56.

¹⁸⁶ PULGAR EZQUERRA J, <<Acuerdos de refinanciación y escudos protectores>> en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003. http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0C CcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mjusticia.gob.es%2Fcs%2FSatellite%2F1292347817007%3Fblobheader%3Dapplication%252Fpdf%26blobheadername1%3DContent-Disposition%26blobheadervalue1%3Dattachment%253B%2Bfilename%253DPonencia_de_Juana_del_Pulgar_Ezquerra.PDF&ei=WMLVPH4AcivaYaCgfgK&usg=AFQjCNFRo-YtSWxw5TjONTb25PVBqdpacg&sig2=aLH01XlgPaqlm9EsMqJLog

¹⁸⁷ OLIVENCIA, M <<La reforma de la Ley Concursal>>. RDM 285, 2012,p. 16.

2. La pretendida anticipación de la fase de convenio concursal mediante las instituciones preconcursales de refinanciación.

El legislador ha mostrado a lo largo del tiempo de vigencia de la ley concursal dos impresiones esenciales: (1) Por un lado la necesidad de extraer del concurso de acreedores y en cuanto al régimen común del mismo numerosos supuestos que afectan a lo público, a sectores específicos o a determinados sectores (en tal sentido las disposiciones adicionales segunda, segunda bis y segunda ter)¹⁸⁸. (2) Por otro lado la necesidad, cada vez más apremiante, de anticipar la posible solución de la empresa al mismo proceso concursal¹⁸⁹. Derivado de esto es tanto la evolución de las instituciones preconcursales y los sistemas de refinanciación como la propia adaptación de la normativa concursal a los criterios diseñados en esas instituciones¹⁹⁰.

Mediante, primero, el RDL 4/2014 y posteriormente por las leyes 17/2014 y la Ley 9/2015 se produce en nuestro derecho una suerte de extracción de la fase de convenio prevista en la ley concursal para acuerdos entre deudor y acreedores. Mucho se ha dicho sobre el fracaso del convenio anticipado¹⁹¹ y respecto de la naturaleza misma del convenio¹⁹²; a todo ello se habían añadido críticas sobre el fracaso de los procesos de refinanciación y la necesidad de concluir un nuevo desarrollo normativo que estableciera escudos protectores similares a los existentes en derecho italiano. La normativa que se aprueba genera, al entender de la doctrina¹⁹³, una desprivatización que viene a proteger

¹⁸⁸ En tal sentido me pronuncio en << La extraconcursalidad del proceso concursal >>. *Liber Amicorum. Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*. Coord. Campuzano A. Pendiente de publicación. Thomson.

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010, pp. 115 y ss.

¹⁹⁰ En tal sentido y expresamente así lo recoge la reforma del RDL 11/2014: “El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial flexibilizó el régimen de los convenios pre-concursales de acuerdo con algunas premisas básicas. La primera de ellas es considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo. La segunda de las premisas era acomodar el privilegio jurídico a la realidad económica subyacente, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento venía a ser el obstáculo principal de los acuerdos pre-concursales. La tercera de las premisas era respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales (pero siempre, y tomando en cuenta la segunda premisa, de acuerdo con su verdadero valor económico).”

¹⁹¹ DÍAZ MORENO A, <<El convenio en los dos años y medio de vigencia de la Ley concursal >> *RdCP*, Nº. 8, 2008, pgs. 139-151. Vid también al respecto y sobre la plasmación legal de la idea original del convenio anticipado a ROJO FERNÁNDEZ-DEL RIO A, *El convenio anticipado* Madrid: Civitas, 2004. En particular SANCHEZ-CALERO GUILARTE J, << La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda) >>. *RdCP*, Nº. 11, 2009, pgs. 85-98. SALA REIXACHS A, << Algunas críticas a la futura Normativa Concursal. Especial referencia al convenio >> *Revista técnica*, Nº 20, 2002 (Ejemplar dedicado a: Ley Concursal), pgs. 54-67

¹⁹² Desde el derecho de quiebras vid HORST AH *El convenio en la quiebra y en la Ley concursal* Tirant lo Blanch, 2005. SALA REIXACHS A, *La terminación de la quiebra y el convenio concursal: impugnación, tramitación, efectos, rescisión*. Editorial Bosch, 2000 ROSILLO FAIRÉN A, *El carácter «predispuesto» del convenio concursal* Actualidad civil, Nº 2, 2009, 143 pgs.

¹⁹³ PULGAR EZQUERRA J, << Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en

otros intereses¹⁹⁴, más o menos públicos¹⁹⁵, “que se enmarcan en un contexto de crisis económica global, que ha conllevado, entre otros aspectos, la «monitorización legislativa» de nuestro modelo por la comúnmente denominada Troika [Banco Central Europeo (BCE), Fondo Monetario Internacional (FMI) y Comisión Europea (CE)] que ha «recomendado», como ha acontecido en otros países de nuestro entorno, reformas legales y estructurales que permitan afrontar la superación de la referida crisis económica.

La palabra “anticipación” ha venido sonando de forma importante en las reformas del derecho concursal. Ya en los borradores iniciales la ley de 2003 se introdujo una suerte de convenio anticipado que pretendía evitar la entrada en fase de convenio y concluir el concurso una vez terminada la fase común. Tras el inicio de la crisis económica la anticipación se refirió a la liquidación en la reforma de 2011 concluyendo que “[l]a ley pretende, en segundo lugar, que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo, algo que no hace sino perjudicar al concursado y a sus acreedores al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminar posibilidades de garantizar su viabilidad y aumentar los costes. Para ello, se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado y ofreciendo soluciones específicas en la fase común y en el convenio. La anticipación de la liquidación representa una importante novedad: se estructura de manera distinta la apertura de la fase de liquidación del concurso, lo que hace innecesaria la distinción entre liquidación ordinaria y liquidación anticipada y permite tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos.” Por último esa anticipación se produce mediante instituciones preconcursales en los supuestos de acuerdos de refinanciación cuyo vínculo, ahora, con el concurso de acreedores se sitúa en la normativa que los regula y en los efectos que se anuncian para el supuesto de convenio.”

La reforma RDL 11/2014 aclara de forma importante que “[e]l Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial flexibilizó el régimen de los convenios pre-concursales de acuerdo con algunas premisas básicas. La primera de ellas es considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo. La segunda de las premisas era acomodar el privilegio jurídico a la

materia concursal: nuevos paradigmas>> *Diario La Ley*, Nº 8391, Sección Doctrina, 3 de Octubre de 2014, Año XXXV.

¹⁹⁴ TIRADO MARTI, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», *AdC*, t. LXII, 2009, pgs. 1056 y ss.

¹⁹⁵ Según esta misma autora: “... sin abandonar la finalidad esencial de satisfacción de los acreedores, incorpora otros fines de ámbito más general, conectados con la conservación de empresas y el mantenimiento del empleo, lo que en el tradicional carácter pendular de los movimientos de reforma no es absolutamente novedoso. En efecto, no es ésta la primera vez que el Derecho concursal tiende a la desprivatización, recuérdense los movimientos reformistas de finales del siglo XIX y en particular en los años 80 del pasado siglo, en los que, con resultados irregulares, reformas como la francesa antepusieron en los fines del Derecho concursal y preconcursal la conservación de empresas y el mantenimiento del empleo a la satisfacción de los acreedores o los movimientos alemanes de «cogestión» de empresas en crisis”. PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho Concursal Español y comparado*, Madrid 1994.

realidad económica subyacente, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento venía a ser el obstáculo principal de los acuerdos pre-concursales. La tercera de las premisas era respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales (pero siempre, y tomando en cuenta la segunda premisa, de acuerdo con su verdadero valor económico). Este real decreto-ley aborda la extensión de las premisas anteriores al propio convenio concursal.” Como se puede comprobar el mismo legislador se refiere a convenio preconcursal como figura nueva que se consigue a través de instituciones pre-concursales que habían visto reducido su viabilidad en virtud de los posteriores efectos que un proceso concursal podría (mediante la reintegración o la calificación de los créditos fundamentalmente) producir.

Alguna de estas figuras, como el Acuerdo Extrajudicial de Pagos, sí que suponía una afectación grave de la fase de convenio en el proceso concursal, pero solo esa. De conformidad a lo dispuesto – y hoy modificado- en el artículo 242.2 LC se producía, automáticamente, la apertura de la fase de liquidación con la declaración del concurso. El concurso será por tanto consecutivo al incumplimiento o la imposibilidad de acuerdo extrajudicial de pagos. La reforma producida por el RDL 1/2015¹⁹⁶ introducirá la posibilidad de convenio en determinados supuestos y especialidades en el concurso de persona física no empresario que no obstante conllevará la apertura de liquidación.

Aunque tendrá incidencia en ello, lo cierto es que no es técnicamente correcto hablar de convenio pre-concursal o anticipación de la fase de convenio mediante las figuras de refinanciación. Porque el resultado de estas figuras será diferente en función de un posterior concurso de acreedores; las instituciones de refinanciación se fundamentan en la autonomía privada (art. 1255 C.c) con limitación en sus contenidos para conseguir efectos suspensivos y de arrastre a otros acreedores. Al mismo tiempo supone el reconocimiento de determinados efectos sobre los créditos, las garantías y posibles derechos de separación para el supuesto de posterior concurso, con protección de los mismos para evitar posteriores reintegraciones. Supone por ello el reconocimiento de un interés esencial al salvamento de la empresa con su propia instrumentalización pero sin incidencia en las fases posteriores que podrán volver a intentar, con contenidos similares tras el RDL 11/2014 y la Ley 9/2015, esa posibilidad de convenio.

3. Finalidad de los acuerdos de refinanciación.

3.1. El carácter de arrastre como finalidad del proceso de homologación.

Uno de los nuevos objetivos o finalidades perseguidos por esa homologación es la capacidad de arrastre de mayorías de acreedores a minorías en función del porcentaje de créditos y/o garantías que voten a favor del acuerdo (nuestra particular aplicación de la cláusula *cram-down* anglosajona). Otra es la ampliación adhesiva de su ámbito subjetivo en tanto permitirá, tras la reforma

¹⁹⁶ La tramitación parlamentaria de la misma ha concluido con la publicación de la Ley 25/2015 de 28 de julio (BOE de 29 de julio) que mantiene sustancialmente la misma.

de 2014, que se incluyan voluntariamente otros acreedores de diferente clase a los previstos inicialmente y que son los financieros.

Donde mejor se explica esta extensión no es en la reforma que los introduce (RDL 4/2014 y Ley 17/2014) , sino en la adecuación del sistema que se produce entre ambas mediante el RDL 11/2014 para los convenios concursales y su posterior tramitación parlamentaria que culmina en la Ley 9/2015. Allí se dice que *“[a]l igual que en la fase preconcursal, la viabilidad futura de parte del tejido empresarial que está o que estará de forma inminente en concurso depende, en gran medida, de la flexibilización del convenio concursal tanto por lo que se refiere a su contenido como por la extensión de sus efectos. Con las modificaciones introducidas, las empresas y sus acreedores contarán con más instrumentos de reestructuración y refinanciación de la deuda. Además, la extensión de efectos a todos los acreedores privilegiados, si concurren las mayorías previstas por clases, garantizará un sacrificio proporcional de todos ellos facilitando el saneamiento financiero de las empresas que podrán de este modo continuar con su actividad empresarial.”*

Las diferencias entre uno y otro se sitúan a partir de la clase que identifica a los acreedores. Mediante esta última reforma se introducen en derecho concursal cuatro clases distintas de acreedores. (Art. 94.2 LC). La relación de los acreedores incluidos expresará la identidad de cada uno de ellos, la causa, la cuantía por principal y por intereses, fechas de origen y vencimiento de los créditos reconocidos de que fuere titular, sus garantías personales o reales y su calificación jurídica, indicándose, en su caso, su carácter de litigiosos, condicionales o pendientes de la previa excusión del patrimonio del deudor principal. Los acreedores con privilegio general o especial respectivamente, deberán estar incluidos en las siguientes clases:

1. ° Laborales, entendiéndose por tales los acreedores de derecho laboral. Quedan excluidos los vinculados por la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en lo que exceda de la cuantía prevista en el artículo 91.1. ° La reforma producida por la Ley 9/2015 introducirá aspectos nuevos: *“A estos efectos tendrán igualmente consideración de acreedores de derecho laboral los trabajadores autónomos económicamente dependientes en cuantía que no exceda de la prevista en el artículo 91.1°.”*

2. ° Públicos, entendiéndose por tales los acreedores de derecho público.

3.° Financieros, entendiéndose por tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera.

4. ° Resto de acreedores, entre los cuales se incluirán los acreedores por operaciones comerciales y el resto de acreedores no incluidos en las categorías anteriores.

El acuerdo de refinanciación no distingue entre clases pero se refiere, inicialmente, a la tercera de las previstas anteriormente -de forma ampliada - puesto que en supuesto de convenio- y conforme a la distinción que se hace en dicho precepto de clases- solo se tendrán en cuenta si tienen la calificación de privilegiado, mientras que en la refinanciación (y sin perjuicio de las mayorías que posteriormente se requieren) podrán incluirse también otros pasivos financieros que en el concurso no tendrían dicha calificación y sí como ordinarios, subordinados o contingentes. Además en el supuesto de acuerdo de

refinanciación se incluye igualmente la posibilidad de que otros acreedores, comerciales, puedan adherirse voluntariamente al mismo¹⁹⁷.

Las mayorías arrastrarán a las minorías en los términos desarrollados en el supuesto de acuerdo de refinanciación distinguiendo para ello (sin perjuicio del mayor estudio y mejor detalle que realizaremos en el capítulo correspondiente) entre:

- a) Los firmantes del acuerdo.
- b) Los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real. Vinculados en virtud de mayorías porcentuales del pasivo.
- c) Los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real. Vinculados en virtud de mayorías porcentuales respecto de las garantías totales.

Este es el mismo régimen que el RDL 11/2014 realiza respecto de los convenios dentro del concurso si bien con una redacción que ciertamente puede dejar mucho que desear en cuanto a concreción¹⁹⁸ y que se ha mantenido, e incluso ampliado, en la Ley 9/2015.

A tal efecto el arrastre se producirá incluso en supuestos de obligaciones sindicadas vinculando la mayoría a la minoría.

Se afecta por tanto el principio de relatividad de los contratos que la doctrina señala conlleva, como excepción legal, *“así como al carácter necesariamente consensual de la novación de obligaciones ex arts. 1203 y ss Cc. En efecto, la superación del principio de relatividad de los contratos jurisprudencialmente elaborado sobre la base de los arts. 1091 y 1257 C.c y conectado a la eficacia inter partes de los contratos (pacta sunt servanda) (arts. 1091, 1257, 1258 y 1278 Cc) como acontece en otros supuestos de excepción de dicho principio, se condiciona al cumplimiento de requisitos de publicidad en aras a no perjudicar la seguridad jurídica y arbitrar vías de defensa de quienes no siendo partes o no suscribiendo el acuerdo, resultan afectados por los efectos de este, lo que acontecería si el contrato afectara a quienes, no participando en el acuerdo incluso desconocen su existencia. Y es que como se ha analizado, el acuerdo particular de refinanciación está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos de publicidad, a través de la publicidad de la solicitud y resolución de homologación DA. 4ª nº 2 y nº 3 LC), conectándose a dicha publicidad la facultad de impugnación de la homologación por los acreedores a*

¹⁹⁷ Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta Disposición.

¹⁹⁸ En tal sentido convendría hacerse la siguiente pregunta: ¿Hay alguna diferencia de conceptos entre las propuestas de contenido alternativo (art. 102 LC) con las proposiciones alternativas (100.2 LC). Lo digo porque el efecto arrastre que pregonaba la reforma producida por el RDL 11/2014 puede no llegar a ser tal si se llega a considerar que los conceptos no difieren y que por lo tanto existe una opción (y así debería contemplarse) para que el acreedor decida por cual de dichas propuestas debe decantarse. Para una mejor comprensión véase la STS de 25 de octubre de 2011.

quienes afecta la homologación del Acuerdo. Asimismo, se exceptiona el carácter necesariamente consensual de la novación de las obligaciones ex arts. 1203 y ss Cc sobre la base del cual se exige que el acreedor en todo caso consienta la espera en el cumplimiento de las obligaciones.”

3.2. La protección del sistema financiero y créditos públicos como fondo de la disposición adicional cuarta.

La inicial distinción entre escudos protectores generales y especiales¹⁹⁹ a la que ya hemos hecho referencia tiene una razón de ser aún más poderosa que la facilitación de la refinanciación o la protección de intereses más allá del derecho privado. De igual forma que ocurrió con la primera de las reformas que se producen en la ley concursal, en su disposición adicional segunda, con la introducción del apartado tres del mismo²⁰⁰, la regulación de la refinanciación

¹⁹⁹ PULGAR EZQUERRA J, <<Acuerdos de refinanciación y escudos protectores>> en *La reforma de la Ley Concursal española 22/2003 (1)>> La Ley, N° 7731, 2011.*

²⁰⁰ DIAZ RUIZ, E Y RUIZ BACHS, S. <<Efectos indeseables de la nueva ley concursal sobre el sistema Financiero. >> *Diario La Ley*, 16 de julio de 2003. El propio texto de la exposición de motivos de la LC entraba en contradicción con la redacción de la citada disposición adicional puesto que el primero prevé que la ley concursal solo se aplicaría en defecto de normas especiales y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de aquellos sistemas, cuando en la disposición adicional el régimen mantenía una limitación subjetiva a que las declaradas en concurso fueran las entidades financieras. Ello era el producto de una exposición de motivos fundamentada en el anteproyecto que establecía el mismo régimen pero no en el texto del proyecto o en la redacción definitiva de la norma. Pronto fue puesto de manifiesto lo que se denominó por algún sector “los efectos más indeseables “de dicha disposición adicional segunda, por cuanto no recogían sino la posición activa en el concurso (presupuesto objetivo del artículo 1 LC) de dichas sociedades y no la posición pasiva de las mismas cuando intervenían en determinadas operaciones protegidas por el mismo sistema excepcional específicamente en cuanto al control del riesgo y garantía jurídica de las operaciones realizadas en los mercados secundarios regulados o no. Se defendió entonces una interpretación amplia de dicha disposición adicional intentando cubrir el defecto del legislador que, sin embargo no atendía a una cobertura exacta y completa del riesgo legal (legal risk) en la interpretación que hubiera de darse por los juzgados de lo mercantil a la misma. Reducir el sistema establecido en la citada disposición adicional a la situación activa del sujeto declarado en concurso e interpretadas las citadas normas especiales de forma estricta llevaría a una serie de “efectos indeseables” en la expresión utilizada por DÍAZ RUIZ y BACHS, del sistema financiero cuya consecuencia sería la de que esas operaciones quedarían fuera de la protección paraconcursal cuando la declaración de concurso no recayera respecto de las propiamente dichas entidades financieras sino respecto de otras que realizaran operaciones con aquellas. La interpretación amplia y por tanto la afectación por la Disposición Adicional Segunda de la Ley Concursal a esas otras personas naturales y jurídicas que operan en el mercado con dichas entidades financieras en cuanto a determinados negocios u operaciones afectadas por la especialidad nos lleva a entender que la misma sería aplicable a la firmeza de dichas operaciones y que por tanto la referencia a “legislación especial” debe realizarse conforme a una interpretación extensa. Este último criterio es el que siguió el legislador en la adición de un apartado 3 a la disposición 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica¹⁴. La citada modificación afecta esencialmente a la disposición adicional segunda en cuanto introduce un apartado tercero con el siguiente contenido: «3. Las normas legales mencionadas en el apartado anterior se aplicarán con el alcance subjetivo y objetivo previsto en las mismas a las operaciones o contratos que en ellas se contemplan y, en particular, las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones Financieras relativas a instrumentos derivados.» El sistema se cerraba, entonces, con la aplicación necesaria de la legislación especial a dichas sociedades tanto cayeran en concurso de acreedores como en los supuestos en que fuera la contraparte la que

tenía dos aspectos diferenciados: (1) Por un lado intentar proteger el sistema financiero español ciertamente afectado por el proceso de crisis económica. En relación a este una serie de normas vinieron a determinar los criterios marcados desde la unión europea y que culminaron en la Ley 9/2012²⁰¹ y hoy en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión²⁰². (2) El segundo apartado es el que afecta a dicha normativa, puesto que la primera ya modula el sistema de refinanciación cuando la entidad financiera está intervenida por el FROB. Si las normas referentes al primer grupo se dirigen a modular cual va a ser la situación concursal o contractual incluso en supuestos de problemas financieros de dichas entidades, la regulación que se oferta en la DA 4ª de la LC también prevé un sistema de protección del crédito dado en financiación desde dos puntos de vista: por un lado para modular la protección concursal de los acreedores financieros; por otro para determinar esas posibilidades sin afectar al sistema financiero.

No se trata solo de dichos supuestos sino también de otros tantos aprobados en leyes singulares o generales que producen el efecto de llamar a la extraconcursalidad (como se expuso en el capítulo anterior) a determinados sectores, productos o servicios con la intención de evitar que cualquier sistema de refinanciación que afecte a los mismos pueda ser alterado por un proceso concursal.

Es por ello que la DA 4ª no solo en sí misma conlleva la modulación de la forma en la que el acreedor financiero puede participar y va a ser protegido para los supuestos de posterior concurso en su crédito; sino también que dicha normativa debe ser completada con dos apartados más:

1º. Por un lado el mismo hecho de que a los efectos de la disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera quedando excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. No obstante el resto de los acreedores, salvo los públicos podrán, voluntariamente, adherirse al acuerdo de refinanciación homologado.

2º. En segundo lugar que la normativa ha de completarse con la protección que los productos o servicios puedan tener en las denominadas normas de derecho extraconcursal o paraconcursal y que esencialmente se sitúan en la disposición adicional segunda de la norma de insolvencias.

3.3. Los acompañamientos temporales derivados de la crisis económica.

La exposición de motivos del RDL 4/2014 ya anuncia que *“[a]simismo, y como medida para incentivar la concesión de nueva financiación, se atribuye con*

lo hiciera recogiendo un sistema cerrado que se fundamentaba esencialmente en las características de dichas entidades pero que surgían de la misma normativa europea, de la necesidad de proteger dichos mercados y de garantizar la fiabilidad de sus operaciones.

²⁰¹ Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. «BOE» núm. 275, de 15/11/2012. Entrada en vigor: 15/11/2012

²⁰² Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. «BOE» núm. 146, de 19/06/2015.

carácter temporal la calificación de crédito contra la masa a la totalidad de los que originen nuevos ingresos de tesorería, comprendiendo los que traigan causa en un acuerdo de refinanciación y los realizados por el propio deudor o personas especialmente relacionadas, con exclusión de las operaciones de aumento de capital. Esta medida se adopta con un carácter extraordinario y temporal para todos los nuevos ingresos de tesorería que se produzcan en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de este real decreto-ley. Transcurrido el plazo de los dos años desde su concesión, se considerarán crédito contra la masa en los términos indicados en el apartado 2.11.º del artículo 82. Lo anterior se complementa con una modificación del artículo 92, que prevé expresamente que quienes hayan adquirido la condición de socios en virtud de la capitalización de deuda acordada en el contexto de una operación de refinanciación, no serán considerados como personas especialmente relacionadas a efectos de calificar como subordinada la financiación por ellos otorgada como consecuencia de dicha operación.”

Otra razón de ser, por tanto, de la norma es la protección del dinero nuevo (como en los supuestos norteamericanos del *Prepack*), esta vez con carácter temporal, intentando evitar que existan reticencias en el mercado a la hora de refinanciar.

3.4. El carácter potestativo de la homologación.

Sin perjuicio de un análisis posterior más profundo acerca de ello en los supuestos de solicitud de la homologación y su ámbito subjetivo, conviene señalar igualmente que la naturaleza del proceso de refinanciación de la DA 4ª se establece como potestativa en cuanto a la utilización de la vía del 5 bis LC o la petición de homologación que pueda derivarse posteriormente a ello.

Sin embargo en la evolución del precepto vemos como el RDL 4/2014 y la posterior Ley 17/2014 amplían la legitimación a los efectos de la homologación posterior tanto al deudor como a los acreedores. En tal sentido se recoge que la solicitud podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación. Esto conlleva que esa potestad inicial no sea facultativa para el deudor sino obligatoria en tanto cualquier acreedor podrá solicitarlo; y de la misma forma los acreedores, tanto los que lo hubieran firmado como los que puedan ser arrastrados, tienen al mismo tiempo esa facultad y obligación que hemos señalado.

4. Clases de acuerdos de refinanciación: La protección frente a la reintegración como factor común.

Sin entrar en un análisis más profundo de las figuras respecto de las que la homologación de acuerdos de refinanciación puedan distinguirse, sí que debemos destacar que en la evolución legislativa del precepto y conforme se va mejorando también se mejoran otras instituciones o se introducen algunas que concurren con la misma²⁰³.

²⁰³ Para GARCÍA CRUCES JA. *Los acuerdos...* op. Cit. pg. 33 , la ley concursal “ *no pretende establecer el régimen jurídico aplicable a los acuerdos de refinanciación sino, tan solo, sancionar cuáles habrán de ser las consecuencias de su fracaso tras la posterior declaración de concurso del deudor.*”

Bien es cierto, inicialmente, que el artículo 5 bis LC prevé un sistema de comunicación y protección bajo el prisma de que formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año²⁰⁴. Y también que la citada adicional se remite inicialmente, y de forma esencial, a lo dispuesto en el artículo 71 bis LC. En este se recogen los denominados acuerdos colectivos de refinanciación, en su apartado primero, con capacidad de arrastre de otros créditos y , en el segundo apartado, los acuerdos de refinanciación bilaterales (o multilaterales) a los que el legislador de 2014 los define como “ *puertos seguros*” protegidos frente a una posterior situación de insolvencia y las acciones de reintegración. Al mismo tiempo – como se ha señalado- la Ley 14/2013 del emprendedor recoge los denominados Acuerdos Extrajudiciales de Pago, con una estructura y naturaleza esencial de mediación (no necesariamente exclusiva pues convive con la negociación) pero dirigida también a la refinanciación de deuda. De conformidad a ello podríamos distinguir entre:

1. Acuerdos extrajudiciales no sujetos a ningún supuesto previsto en la ley concursal.
2. Acuerdos de refinanciación que puedan estar o no bajo el paraguas de la protección de la comunicación del artículo 5 bis LC.
3. Acuerdos Extrajudiciales de Pago. Estos se regulan a través del instituto de la mediación. En la reciente modificación que se produce con la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, se introduce la posibilidad de mediación (aún a pesar de la prohibición del artículo 231 in fine LC) respecto de aseguradoras y su sometimiento al art. 5 bis en general. En este caso el procedimiento es esencialmente el previsto en dicha norma.
4. Acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis LC. Entre estos los que se encuentran en su apartado primero sobre acuerdos colectivos con efecto arrastre y los que se encuentran en el apartado segundo referido a acuerdos bilaterales.
5. Acuerdos de refinanciación sometidos a homologación de conformidad a lo dispuesto en la DA 4ª LC. Dentro de estos podríamos distinguir, conforme a la citada transitoria aquellos que son objeto de una primera y única homologación de aquellos que suponen una segunda homologación en refinanciación.
6. Por último podríamos determinar una nueva distinción entre aquellos supuestos previos al concurso de acreedores de aquellos que, siendo igualmente refinanciación, se encuentran bajo el sistema concursal tras la declaración de concurso y que se regirán por lo dispuesto en su normativa interna.

Los previstos en el artículo 71 bis LC tienen como objetivo esencial la protección frente a un posterior concurso en materia de reintegración. No están sujetos a homologación y parten de un efecto arrastre que finalmente será

²⁰⁴ Excepción de ello es lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del RDL 11/2014 cuando recoge que los deudores que hubieran celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente durante el año anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley, no les será de aplicación la limitación de un año prevista en el apartado 12 de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para solicitar una nueva homologación judicial.

imitado por la DA 4ª LC pero sustancialmente diferente. No obstante constituyen la base formal de esta en cuanto a los colectivos.

Los acuerdos derivados del acuerdo extrajudicial de pagos parte de una mediación solicitada por ante el notario, el registrador o cámara de comercio (según su competencia) e introducen la figura del mediador al objeto de procurar acercamientos en supuestos de enquistamiento en materia de reestructuración o refinanciación de empresas.

La estructura esencial de los acuerdos de refinanciación en el seno concurso de acreedores (*inside default*), se sitúa en el propio convenio y en los acuerdos derivados del mismo. Por lo tanto la disciplina aplicable es la del propio convenio y se sujetan a posibilidades aún más amplias tras el RDL 11/2014 (y Ley 9/2015) que introduce criterios de la DA 4ª y 71 bis para adaptarlo a las mismas.

La DA 4ª LC es esencialmente un procedimiento de homologación previsto para acreedores financieros (al que posteriormente se podrán unir otros salvo públicos) con más objetivos y finalidades que los previstos en el 71 bis LC (anteriormente 71.6 LC). Este último se preveía y se prevé solo a los efectos de reintegración posterior mientras que, como hemos visto, la adicional tiene objetivos y razones de ser mucho más amplias que esta misma, aunque su propia redacción ya recoge que no podrán ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente.

Para algunos autores²⁰⁵ esta clasificación se puede realizar en función de sus efectos. De esta forma distinguiríamos entre acuerdos de refinanciación con efectos ordinarios y acuerdos de refinanciación con efectos extendidos. A su vez, dentro de los acuerdos de refinanciación con efectos comunes se pueden distinguir los acuerdos de refinanciación singulares, los acuerdos colectivos y los homologados ordinarios. En relación a los acuerdos de refinanciación homologados con efectos extendidos se podrá diferenciar entre los que producen un aplazamiento y los que tienen por efecto un aplazamiento y también una quita, entre otras medidas.

5. La naturaleza “concursal” de las instituciones preconcursales.

Un último aspecto que conviene destacar es la localización de estos supuestos de homologación dentro de las disposiciones adicionales de la Ley Concursal.

Tal y como hemos podido comprobar en el análisis inicial que recogíamos en el Capítulo I su origen parte de la reforma producida por el RDL 3/2009. Se hablaba entonces en el mismo de “*medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.*” Como tales medidas urgentes se justificaron por resultar imprescindible conjugar la necesaria seguridad jurídica, que precisan los agentes económicos para la adopción de decisiones económicas tan relevantes como las concernidas en los procesos concursales, con la necesidad de que se puedan beneficiar de inmediato de las posibilidades que se les abren con la entrada en vigor de la presente norma. Ello justifica- señalaba la exposición de motivos de dicha norma- plenamente, no sólo la utilización de la figura del Real Decreto-ley, sino también el juego de las disposiciones transitorias en él recogidas. En ese juego

²⁰⁵ LEÓN SANZ, FJ. <<La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales>>. *Working Paper IE Law School*. AJ18-216. 2014.

de medidas urgentes justificadas por el RD y la necesidad de su aplicación a procesos en tramitación en el momento de su aprobación, se introducen dos normas esenciales que pueden considerarse el origen de la normativa actual, a saber:

- a) Una disposición adicional cuarta que se añadía en la Ley Concursal sobre la posibilidad de acuerdos de refinanciación.
- b) Una disposición transitoria cuarta que se determinaba en la propia norma para su aplicación a esos supuestos que teniendo un acuerdo de refinanciación aún no habían entrado en concurso y mediante la cual podían adaptarlos a la protección que confería la anterior y su aplicación parcial a los supuestos que se encontraban en tramitación²⁰⁶.

Esa inicial disposición adicional cuarta pasaría, con la reforma de 2011, a convertirse en el nuevo artículo 71. 6 LC dándole por tanto el carácter eminentemente protector que ya tenía- pero que ahora se reconoce- a los efectos de una posible reintegración en el futuro y posible proceso concursal. Entonces se introduce un nuevo contenido en la adicional cuarta a los efectos de los denominados acreedores profesionales (financieros fundamentalmente) que se justifica solo en el contexto de la situación en la que fue aprobada. Así como se puede comprobar el legislador toma consciencia de la crisis económica (mejor dicho de la necesidad de herramientas ante la crisis económico-financiera) y de la necesidad de dotar de seguridad jurídica a determinadas operaciones al objeto de proteger el sistema financiero. En el ámbito concursal se introducen diversos elementos:

1º. Se protege el dinero nuevo que pudiera ser otorgado (*fresh money*).

2º. Se permite un cierto mercado en el marco de los créditos concursales si bien inicialmente limitado (art. 122 LC) a las compras de las entidades financieras por la reforma del RDL 11/2014 y posteriormente abierto a otros supuestos por la Ley 1/2015 que solo excluye, por estos créditos y no por otros, a los créditos subordinados incluidas, en particular, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso.

3º. Se establece un marco seguro, disposición adicional cuarta, para homologar determinados acuerdos y permitir con ello que las entidades financieras realizaran estas operaciones y pudieran salvar las situaciones coyunturales de determinadas empresas que, siendo solventes, estaban soportando gravemente los efectos de la crisis y que repercutiría- de generalizarse- en el marco general, en el consumo y en los trabajadores.

²⁰⁶ Los apartados dos y cuatro del artículo 8 de este Real Decreto-ley serán de aplicación a los procedimientos concursales que estén en tramitación a su entrada en vigor, salvo que a esa fecha se hubiera interpuesto demanda de rescisión contra las garantías constituidas que se resolverá conforme a la regulación sustantiva anterior. El apartado Tres del artículo 8 del presente Real Decreto-ley, será aplicable a los acuerdos de refinanciación celebrados antes de su entrada en vigor, así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, siempre que, sin haberse solicitado el concurso del deudor, se cumplimenten los requisitos establecidos en el apartado segundo de la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En otro caso, a tales acuerdos así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos les resultará de aplicación la regulación anterior al presente Real Decreto-ley, en especial lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

Como tal, por tanto, se recoge una adicional amparada en la normativa de Directrices de técnica legislativa²⁰⁷ (o al menos así debe serlo en principio) que esencialmente se dirigen a recoger y regular:

a) Los regímenes jurídicos especiales que no puedan situarse en el articulado. El orden de estos regímenes será el siguiente: territorial, personal, económico y procesal. El régimen jurídico especial implica la creación de normas reguladoras de situaciones jurídicas diferentes de las previstas en la parte dispositiva de la norma. Estos regímenes determinarán de forma clara y precisa el ámbito de aplicación, y su regulación será suficientemente completa para que puedan ser aplicados inmediatamente.

b) Las excepciones, dispensas y reservas a la aplicación de la norma o de alguno de sus preceptos, cuando no sea posible o adecuado regular estos aspectos en el articulado.

c) Los mandatos y autorizaciones no dirigidos a la producción de normas jurídicas. Deberán usarse restrictivamente y establecerán, en su caso, el plazo dentro del cual deberán cumplirse.

d) Los preceptos residuales que, por su naturaleza y contenido, no tengan acomodo en ninguna otra parte del texto de la norma.

De conformidad al mismo la adicional aparece como un régimen jurídico especial que tiene por objeto la creación de normas reguladoras de una situación jurídica diferente al previsto en la norma concursal, referida a los acreedores financieros en supuestos concursales. Se caracteriza, conforme a la regulación de 2011, por varios elementos, respecto del régimen general previsto- a efectos de reintegración- en el ya derogado 71.6 LC:

- En primer lugar debe reunir los mismos requisitos que los acuerdos previstos en el artículo 71.6²⁰⁸ LC.
- No obstante se prevé un régimen especial de homologación de dichos acuerdos.
- Solo está previsto para acreedores financieros y voluntariamente para acreedores financieros con garantías reales²⁰⁹.
- Su razón esencial es la protección de dichos acuerdos con lo que se ha denominado “escudos protectores” de acuerdos particulares²¹⁰.

Con las reformas de 2014 se consagra definitivamente el régimen especial aplicable a dichos acreedores pero además incluyendo las deudas de una forma más amplia en su concepción de “acreedores de pasivos financieros” y

²⁰⁷ Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2005

²⁰⁸ Bien es cierto que la remisión que hace la adicional a aquel precepto ha planteado polémicas referidas a la aplicación de las mayorías previstas en aquella y en el propio artículo 71.6 LC al que se remitía.

²⁰⁹ En este sentido y tal y como afirman DÍAZ MARTINEZ M, *El proceso concursal*. 5ª Edición. Ramón Areces. Pg. 62, con remisión a PULGAR ESQUERRA J, <<Acuerdos de refinanciación y escudos protectores op. Cit. pg. 5, “” la exclusión del acreedor hipotecario del ámbito de aplicación de este escudo protector puede suponer un elemento de <<fórum shopping>> de schemes of arrangement, dado que puede dificultar la ejecución del acuerdo, dada la frecuencia con que el acreedor financiero ocupa esta posición.”

²¹⁰ PULGAR ESQUERRA J << Acuerdos de refinanciación...>> op. Cit. pg. 2

produciendo un efecto arrastre a quienes no se adscriban o disientan del mismo en función de mayorías.

En definitiva la adicional cuarta se configura así como norma concursal propiamente dicha que recoge un régimen jurídico especial aplicable a situaciones jurídicas diferentes de las previstas en la parte dispositiva de la norma. Estas últimas serían por tanto normas concursales con régimen general y en concreto lo es el actual artículo 71 bis LC. En tanto norma concursal sus efectos se reflejan en un posterior proceso concursal y respecto del mismo se regula. Para aplicar un régimen particular al mismo, y conforme a los elementos que más arriba hemos señalado lo caracterizan, se recoge la adicional cuarta. De esa forma se trata igualmente de una norma concursal que es aplicable a una situación jurídica diferente (en supuestos de distress) pero que tiene su proyección- por eso concursal- en un posterior proceso concursal.

No obstante la cuestión se complica un poco más cuando además del régimen o protección frente al proceso concursal posterior se introducen normas que, derivadas del proceso de homologación, dan lugar a efectos propiamente dichos derivados de la misma. En tal caso nos encontramos con efectos directos que no son solo los que hemos señalado se prevén para un posible proceso concursal posterior (protección frente a la reintegración posible en un concurso de acreedores). No deja por ello de ser un régimen jurídico especial el que se regula, ni tampoco cumplir con lo dispuesto en la citada Resolución de 2005 en tanto estos regímenes deberán determinar de forma clara y precisa el ámbito de aplicación, y su regulación será suficientemente completa para que puedan ser aplicados inmediatamente. Se configura así como un régimen especial preconcursal, al menos con el texto de la reforma de 2011. En la misma, apartado sexto, se señala: *“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.”*

Una vez más se complica la situación con la reforma de 2014. Lo que es un régimen preconcursal propiamente dicho tiene cierta connotación paraconcursal. A este respecto cabría señalar²¹¹ que las técnicas paraconcursoales han venido siendo en nuestro derecho una norma general contemporánea para atender al salvamento de determinadas empresas cuya vigencia se ha vuelto a poner de manifiesto, en la intención del legislador, en la Ley Concursal 22/2003. La unidad del Derecho Concursal desde los tres puntos de vista a que se refiere el legislador (legal, de disciplina y de sistema) tiene su más sonada ruptura en la Disposición Adicional Segunda de la citada norma en cuanto recoge el régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras. Junto a estas es también necesario citar las instituciones paraconcursoales que afectan al sector público empresarial.

La paraconcursoalidad²¹², puede predicarse respecto del ámbito administrativo y, diferente de este, del propiamente judicial. El primero constituye el elenco

²¹¹SANJUÁN Y MUÑOZ E, << Ingeniería financiera y derecho concursal>>. RdCP N°. 6, 2007, pgs. 195-277

²¹² DEL GUAYO CASTIELLA. I Sector Público empresarial e instituciones paraconcursoales. Marcial Pons.2004. Pgs. 39 y siguientes.

general de medidas administrativas plasmadas en normas que utilizando técnicas de Derecho público, convergen en la finalidad de atender las particularidades de las crisis de determinadas empresas; las segundas podemos localizarlas en el propio proceso de insolvencia y que en la norma concursal atienden a determinadas excepciones que permiten superar, por ejemplo, el límite normal del contenido del convenio conforme a su antigua redacción (art. 100.1 primero LC) o a la misma formación de la administración concursal partiendo de las peculiaridades de dichas empresas (art. 27 LC). Las especialidades concursales tienen²¹³ dos propósitos esenciales:

a) La protección de los clientes de determinadas entidades²¹⁴ - y por tanto del consumidor- partiendo de que el mercado financiero tiene como objetivo, en una economía capitalista, en definición de LORING²¹⁵, “*la distribución del ahorro generado por los individuos o entidades que tienen más ingresos que gastos, entre aquellos otros individuos o entidades que generan iniciativas y proyectos, donde tenga lugar la reproducción multiplicadora del ahorro de los primeros*”.

b) Evitar la inestabilidad del sistema del mercado financiero permitiendo que determinadas operaciones ganen seguridad jurídica una vez realizadas y a pesar de la declaración de concurso de dichas entidades y con el fin de tutelar la estabilidad del sistema financiero para “*evitar los posibles riesgos sistémicos derivados de la insolvencia de una o varias entidades*”²¹⁶.

El sistema, sin embargo, no se reduce a las citadas y particulares empresas, pues las diferentes normas especiales interpretadas de forma estricta llevaría a una serie de “*efectos indeseables*”²¹⁷ del sistema financiero cuya consecuencia sería la de que esas operaciones quedarían fuera de la protección paraconcursal cuando la declaración de concurso no recayera respecto de las propiamente dichas entidades financieras sino respecto de otras que realizaran operaciones con aquellas. La interpretación amplia y por tanto la afectación por la Disposición Adicional Segunda de la Ley Concursal a esas otras personas naturales y jurídicas que operan en el mercado con dichas entidades financieras en cuanto a determinados negocios u operaciones afectadas por la especialidad nos lleva a entender que la misma sería aplicable a la firmeza de dichas operaciones y que por tanto la referencia a “*legislación especial*” debe realizarse conforme a una interpretación extensa. Este último criterio es el que siguió el legislador en la adición de un apartado 3 a la disposición 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

Ni que decir tiene que tal y como finalmente es construida la adicional cuarta el régimen especial se convierte igualmente en un sistema para proteger determinadas operaciones de determinadas entidades (financieras) que ayudan a evitar los posibles riesgos sistémicos derivados de su posible insolvencia y, por otro lado, a dotar de seguridad al sistema a los efectos de favorecer la financiación o la refinanciación protegiendo esas operaciones. Tiene mucho

²¹³TAPIA HERMIDA.A *Comentarios a la legislación Concursal*. Editorial Lex Nova.2004. Pg. 3498.

²¹⁴ Nos referimos esencialmente a la Disposición Adicional segunda.

²¹⁵ JAIME LORING. *La Gestión Financiera*. Ediciones Deusto. 1997. Pg. 63.

²¹⁶ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO. *Las normas de conducta*. SANCHEZ CALERO,F Y SANCHEZ-CALERO J. *Comentario a la Ley 44/2003, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*. 2003. Pg.143

²¹⁷ DIAZ RUIZ, E Y RUIZ BACHS, S. <<Efectos indeseables de ...>> op. cit

que ver, por tanto, con esa protección paraconcursal a la que aludíamos anteriormente o al menos coopera directamente a la misma. En tal sentido:

1º. Protege las operaciones en cuanto a mantener vivas las garantías: Los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo pero resultasen afectados por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos. Respecto de los acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.

2º. Declarado el incumplimiento del acuerdo de homologación, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. Si se ejecutasen las garantías reales (y entonces hablamos de un supuesto al margen del concurso), y salvo que en el acuerdo se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución, resultarán de aplicación las siguientes reglas:

a) Si el importe obtenido en la ejecución excediese del de la deuda originaria, o del saldo pendiente de la misma de no haberse producido el acuerdo, se considerará la diferencia entre el primer y el segundo importe como sobrante a los efectos de los artículos 674 y 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 133 de la Ley Hipotecaria y concordantes.

b) Si la cantidad obtenida en la ejecución fuese menor que la deuda originaria, o del saldo pendiente de la misma de no haberse producido el acuerdo, pero mayor que la resultante de la aplicación del apartado 4 anterior, se considerará que no hay sobrante ni remanente, haciendo el acreedor suya toda la cantidad resultante de la ejecución.

c) Si la cantidad resultante de la ejecución fuese inferior a la resultante de la aplicación del régimen de valores razonables y porcentajes de garantía que la norma recoge, se considerará como parte remanente del crédito la diferencia entre ambas.

En definitiva un doble régimen que diferencia tanto el supuesto de protección posterior al concurso (naturaleza preconcursal) y un régimen alternativo o marginal al propio concurso (paraconcursal). Ambos como régimen especial en el sentido en que hemos expuesto.

Por tanto y de lo anterior se deriva la naturaleza expresa concursal de la disposición adicional cuarta. Es importante dejar claro desde el principio que su localización y la materia objeto de regulación le confiere a las instituciones preconcursales dicha consideración. No obstante lo cual no solo es eso sino también una nueva normativa que se desarrolla desde situaciones de crisis empresarial (distress) para determinar potencialmente el efecto que la misma pueda tener dentro o fuera de una situación de insolvencia declarada.

La competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil se sitúa en el ámbito del artículo 86 ter 1 LOPJ cuando señala que “[L]os juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora”. Esta atribución competencial va más allá del supuesto de “en todo caso” que regula a continuación y que se

reproduce en los artículos 8 y 9 LC. Y la misma se estructura a partir de dos elementos esenciales:

- a. Cuestiones que se susciten en materia concursal. Materia que ha de interpretarse en sentido amplio y por lo tanto también para los supuestos preconcursales (5 bis o adicional cuarta de la LC) y paraconcursales (adicionales segunda bis, ter, quarter y, conforme hemos señalado, adicional cuarta entre otras).
- b. Cuestiones que se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora. Y por lo tanto- nuevamente-conforme a las competencias que a tal efecto (en dicha materia) se atribuyan en la Ley concursal (o cualquier otra). Nuevamente lo dispuesto en todos los apartados que hemos señalado, incluyendo la adicional cuarta²¹⁸.

Como cuestiones planteadas desde situaciones pre o paraconcursales la atribución de competencia al juez competente para conocer el concurso tiene su razón de ser en la misma excepción que justifica medidas alternativas en muchas de las normas de la disposición adicional segunda como régimen especial. Algún autor²¹⁹ añade otro supuesto como es el de materias relacionadas con la propia declaración de concurso, partiendo por tanto de una interpretación extensiva de la norma concursal. Esta se extiende a materias colaterales²²⁰.

Por lo tanto bien sea como materias relacionadas con el proceso concursal o bien como colaterales al mismo la homologación de acuerdos de refinanciación parte de una regulación en la normativa concursal reconocida en el marco del artículo 86 ter de la LOPJ como competencias del juez del concurso y se dirige a establecer escudos protectores en relación a un futuro proceso concursal. Ese doble carácter señalado pre y paraconcursal suponen un régimen jurídico especial alternativo y/o complementario al mismo proceso concursal o a los efectos derivados del propio concurso de acreedores.

Supone por tanto una aplicación más del principio de universalidad recogido en el marco de los procesos de insolvencia y cuyo perímetro se extiende como si se tratara de círculos concéntricos más allá del núcleo central que pueda constituir el proceso concursal. Se trata por tanto de una proyección de este núcleo que se extiende, como un haz de luminosidad, fuera de sus fronteras o delimitación y proyecta (en el pasado) sus efectos atrayendo para sí los efectos

²¹⁸ La disposición transitoria única de la LO 8/2003 recoge a tal efecto esta atribución de competencias: “Hasta el momento en que entren en funcionamiento los juzgados de lo mercantil, las funciones atribuidas a los mismos en la Ley Concursal serán asumidas por los actuales Juzgados de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción, de acuerdo con lo que establezca la Ley de Demarcación y de Planta Judicial, aplicándose a los mismos lo dispuesto en el apartado 7 del artículo segundo de la presente Ley Orgánica.”

²¹⁹ En tal sentido DÍAZ MARTINEZ M, *El proceso concursal*, op. Cit. pg. 29.

²²⁰ CORTÉS DOMINGUEZ V. << La declaración judicial de concurso>> *Revista del poder judicial. La Ley Concursal XVIII*, número especial. CGPJ pgs. 14 y 15: “...la ley les concede a esos órganos judiciales competencias amplísimas en muchos aspectos colaterales a la propia situación de insolvencia, que hacen de los juzgados de lo mercantil unos órganos jurisdiccionales que integran, según nuestro criterio, un nuevo orden jurisdiccional, que, aunque inserto formalmente en el orden civil, traspasa frontalmente los órdenes jurisdiccionales civil, penal y laboral.”

derivados de los negocios, acuerdos, pagos u otros que pudieran haberse realizado. Que dicha proyección se anticipe al propio proceso concursal atribuyendo competencia al órgano que ha de tramitar en el futuro el mismo no deja de ser una manifestación derivada de la propia situación de crisis empresarial o de insolvencia. Los diferentes remedios que pudieran afrontar dicha situación son conocidos por el juez que tramitará el concurso siguiendo un patrón común en cuanto a procedimiento y efectos; y por lo tanto participa de esa naturaleza “concursal” en supuestos de insolvencia que universalmente se ha querido atribuir a los juzgados de lo mercantil. Este es el principio que podemos comprobar se pone de manifiesto en la LO 8/2003 para la reforma concursal²²¹, cuando en su exposición de motivos señala:

“El carácter universal del concurso justifica la concentración en un sólo órgano judicial de 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 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.

(...)

La creación de estos nuevos juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil, de cuya necesidad incuestionada se ha hecho eco expresamente el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia firmado el 28 de mayo de 2001, responde a un doble propósito. Por una parte, dar respuesta a la necesidad que plantea la nueva Ley 22/2003, Concursal, que atribuye al juez del concurso el conocimiento de materias pertenecientes a distintas disciplinas jurídicas y que, hasta el día de hoy, estaban asignadas a diferentes órdenes jurisdiccionales, lo que exige del titular del órgano jurisdiccional y del personal al servicio del mismo una preparación especializada.”

Recientemente, como hemos visto, la reforma producida en la LOPJ con la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio atribuirá la competencia a los juzgados de primera instancia cuando nos encontremos ante el concurso de persona física no empresario. Esto arrastrará también la competencia en los supuestos previstos- y aplicables a estos sujetos- en el artículo 5 bis.

6. Distinción con otras figuras: homologación versus transacción judicial.

La homologación del cumplimiento de los requisitos y la interpretación de las normas que los establecen son cuestiones de legalidad ordinaria²²². La homologación supone, en palabras del Tribunal Supremo²²³ el reconocimiento

²²¹ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 164, de 10/07/2003

²²² Sala de lo Civil. Roj: ATS 394/1998. N° de Recurso: 1896/1997

²²³ Sala de lo Civil. Roj: ATS 2190/2001. N° de Recurso: 350/2001.

de los principios que tal institución conlleva; es decir aquellos que inspiran el propio régimen de homologación, del instrumento aplicable y que se pueden identificar en el favor recognitionis, o máxima eficacia, principalmente, y en cuanto el mecanismo de distribución de la carga de alegación y prueba que él mismo establece.

Aunque referido al exequátur puede ser aplicable a este supuesto lo señalado por Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en Auto de 8 de junio de 2012²²⁴: *“La jurisprudencia tiene declarado (Auto del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2002 y Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 132/91) que el procedimiento de exequátur tiene una naturaleza meramente homologadora, en la medida en que con él se obtiene una resolución declarativa de la eficacia de la decisión extranjera en España, en principio con el alcance y contenido propio de los efectos que el ordenamiento de origen dispensa a dicha decisión, que de este modo pueden hacerse valer en España con dicha extensión, alcance y contenido, sin más correcciones que las impuestas por el respeto al orden público del foro, lo que impide, ante todo, el examen del fondo del asunto, y sin otra excepción que la que representa la salvaguardia del orden público, pero además, permite deslindar este proceso de homologación, de naturaleza declarativa, aunque especial, del posterior proceso de ejecución que deba abrirse en el foro una vez reconocida la eficacia de la resolución extranjera. Por tanto, el proceso de exequátur, admite las alegaciones y excepciones relativas a su propio objeto, esto es, la concurrencia de los presupuestos a los que en cada caso, y en función del régimen de reconocimiento aplicable, se sujeta la declaración; quedan fuera de su ámbito, por tanto, aquellas alegaciones y excepciones que afectan a la ejecución de la sentencia o resolución ya reconocida, y que constituyen un obstáculo para que sus pronunciamientos se lleven a efecto.”*

La STS de 5 de abril de 2010²²⁵ señala a tal efecto que *“[l]a transacción judicial tiene una naturaleza dual, ya que, manteniendo su carácter sustantivo, la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se tratara de una sentencia (artículos 1816 CC y 517 LEC). En esta circunstancia radica la diferencia entre la transacción judicial y la extrajudicial, ya que esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo. La homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales puedan hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 CC no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento (STS de 26 de enero de 1993). De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia, que es susceptible de ejecución, la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda (artículos 476 y 477 LEC 1881 y DD 2.ª LEC).”*

²²⁴Sala de lo Civil y Penal. Roj: ATSJ CV 69/2012. Nº de Recurso: 5/2012. Nº de Resolución: 13/2012

²²⁵ Sala Primera, ST, 5 de abril de 2010, que cita otras anteriores del mismo tribunal.

El proceso homologatorio es, por su naturaleza, un sometimiento jurisdiccional voluntario y en este caso potestativo²²⁶, que tiene por objeto otorgar al acuerdo de las partes el efecto propio de una Sentencia y que hace adquirir a dicho acuerdo el carácter de verdadero título ejecutivo.

A dicha homologación se llega mediante un acuerdo de naturaleza transaccional entre las partes en cuyo proceso negociador también existe una herramienta de protección (art. 5 bis) judicial a los efectos de evitar alteraciones en el equilibrio entre las partes. No obstante toda transacción debería conllevar, en palabras del Tribunal Supremo²²⁷, la sustitución de una relación jurídica controvertida, por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones de las que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones. De tal manera que, no se pueden plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que han perdido la protección jurídica al ser transigidas. Y ello a su vez implica²²⁸ que el contenido del citado contrato, queda fijado por las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa. (Art. 1809 CC). Por tanto podemos concluir la necesidad de tres elementos:

1º. La *res dubia* o derecho discutido que comporta una relación jurídica incierta (o al menos incierta subjetivamente para las partes, aunque objetivamente no haya fundamento para la duda), susceptible de provocar litigios, se haya iniciado o no proceso judicial o arbitral.

A tales efectos la duda no se encuentra, en nuestro caso, en la relación jurídica en cuanto a su contenido sino en relación a la posibilidad de cumplimiento por parte del deudor.

2º. La intención de las partes de sustituir la relación dudosa por una relación cierta e incontestable.

En nuestro caso además el proceso de negociación y posterior acuerdo se somete a dos límites esenciales:

- Por un lado el contenido máximo permitido por la norma en relación a dichos acuerdos y las materias que pueden ser objeto de transacción.
- El efecto arrastre que se produce a otras partes que no quieren intervenir o que realmente no intervengan.

3º. Las recíprocas concesiones por parte de los interesados, para resolver la controversia.

En nuestro caso no existe un sistema de recíprocas contraprestaciones sino que se modula el sistema de cumplimiento concediendo la norma, en reciprocidad, una particular protección de determinados créditos. Más que esa recíproca concesión lo que aparece es una afectación de la comunidad de pérdidas²²⁹, en situación de insolvencia y para evitar la misma²³⁰. Aunque la

²²⁶ El juez no actúa resolviendo una controversia sino junto a los interesados. Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I, pg. 48.

²²⁷ Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia de 26 de junio de 1969, y 14 de marzo de 1993).

²²⁸ En este sentido Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Sentencia de 16 Nov. 2004, Tribunal Supremo, Sala Primera, ST de 17 de julio de 2008. Tribunal Supremo, Sala Primera, ST de 17 de julio de 2008. Sentencia de 26 de junio de 1969, y 14 de marzo de 1993.

²²⁹ Analizaremos posteriormente la anticipación del convenio en fase preconcursal que persigue la norma.

jurisprudencia no exige la paridad en el sacrificio cierto es que se produce realmente una renuncia por parte de los acreedores a los efectos de garantizar, mediante un plan previamente establecido, el pago del resto y con protección proyectada hacia el futuro tanto en supuesto de incumplimiento como en caso de concurso de acreedores.

Aunque el proceso se construye sobre la base de una homologación judicial en donde el primer análisis es simplemente de forma, la misma determina importantes elementos diferenciadores de una homologación judicial ordinaria de entre las previstas en el art. 415 de la LEC. Y ello tanto en cuanto al control de oficio de materias disponibles (art. 19 LEC) como en cuanto a los efectos que en sí misma va a producir, respecto de las partes y de terceros dicha homologación:

- a) En materia de homologación judicial ha señalado la doctrina²³¹ que el Tribunal no ha de comprobar los requisitos de fondo del acuerdo que se somete a la misma por las partes. A tales efectos el apartado primero del art. 415 recoge que el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.

En el ámbito de la homologación de acuerdos de refinanciación el juez realiza un primer control otorgando o no la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de la disposición adicional. Esos requisitos parten de un instrumento público en donde se han de reflejar mayorías referidas a pasivos particularmente denominados financieros, contenidos del concreto acuerdo (En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo;) y formalidades concretas (certificación del auditor o experto e instrumento público). Pero esto ya vendrá dado, inicialmente, por el contenido del mismo acuerdo instrumentalizado sea o no erróneo o adecuado.

Los acuerdos se instrumentan sobre la base de decisiones que afectan o pueden afectar a la ampliación significativa del crédito disponible, a la modificación o extinción de sus obligaciones, aumentos de capital en su caso, conversión de deuda en préstamos participativos, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original, cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda y otros. Por lo tanto el control

²³⁰ En tal sentido y con LOPEZ LUBIÁN << Operaciones...>> op cit. p 5. “...se trata de acordar cómo se reparte el flujo de caja de la compañía entre los distintos proveedores de capital y otros acreedores para evitar una quiebra y/o liquidación en exceso gravosa para los distintos agentes económicos y sociales afectados.” De otra forma y en relación a la reestructuración operativa “Se trata de generar más flujo de caja sostenible no sólo a través de la Cuenta de Explotación, sino también de una mejor gestión de los Activos Netos (Circulantes y Fijos).”

²³¹ BANACLOCHE PALAO, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dir. De la Oliva Santos, Civitas, 2001, p. 699.

judicial se extiende igualmente a la capacidad jurídica y poder de disposición que previamente podrá haberse controlado en sede notarial.

Es interesante comprobar como el legislador nos avoca a una suerte de incongruencias en relación a este último supuesto. Mientras que en el acuerdo derivado de la disposición adicional cuarta se habla de instrumento público²³² y por tanto abre la posibilidad de escritura pública o protocolización del acuerdo motivando con ello que en el segundo caso no exista un control notarial de dichas capacidades, en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos el artículo 238.2 LC exige escritura pública motivando con ello una traba importante para su finalización dado que no solo se exige la reunión con los acreedores y la toma del acuerdo sino que además deberá expresamente irse al notario (o traerlo) para que el mismo sea eficaz.

- b) En cuanto a los efectos el 415.2 LEC señala que el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial. Y de igual forma el artículo 517.2.3º LEC atribuye a los mismos carácter ejecutivo: *“Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones”*²³³.

Sin embargo nuevamente la matización se produce en la adicional cuarta cuando se modula la ejecución del acuerdo sobre la base de una limitada ejecución en sentido positivo y sin incumplimiento por un lado (En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación) y negativo por otro en caso de incumplimiento sin hacer expresa referencia a la ejecución por incumplimiento parcial o no esencial , a cuyos efectos podremos estar a la ejecutabilidad del citado acuerdo.

El acuerdo así homologado tiene también como objetivo la protección frente a la posible reintegración que en un posterior concurso pudiera devenir. En tal sentido el último apartado de la adicional recoge que *“[n]o podrán ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. El ejercicio de las demás acciones de impugnación se someterá a lo dispuesto por el artículo 72.2.”* De esta forma se limitan las acciones de reintegración desde dos perspectivas:

- a) Por un lado en cuanto a que no pueden ser objeto de reintegración por las causas previstas en el artículo 71 de la Ley Concursal. Todo ello al

²³² 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

²³³ Distingue en este sentido MONTERO AROCA J , *Derecho Jurisdiccional*. Tirant. Pg. 233. lo siguiente: *“Lo más correcto es distinguir entre: 1) Acuerdo: Los términos del mismo se documentan en el acta de la audiencia previa, y ésta acaba por medio de una resolución oral que se limita a hacer constar la existencia del acuerdo, y 2) Auto: El tribunal, a continuación, dicta un auto de homologación del acuerdo. El título ejecutivo es así el auto de homologación”*.

margen de la impugnación que expresamente está prevista en la citada norma.

- b) Por otro en cuanto a la posibilidad de otros supuestos de impugnación, con limitación para la legitimación en las mismas a la administración concursal.

Pero todo lo anterior lo es desde el punto de vista de un posterior proceso concursal del deudor que ha culminado un proceso de refinanciación. A su vez esta protección se dirige a establecer preferencias y privilegios a quienes intervengan o hayan sido afectados por el acuerdo. Esas preferencias y privilegios se distinguen:

1º. En primer lugar en cuanto a preferencias preconcursales establecidas en el apartado once de la adicional para ejecuciones individuales y particularmente ejecuciones reales.

2º. En segundo lugar una preferencia en cuanto al cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de dicho acuerdo para un posterior concurso. Serán tratados como créditos contra la masa. (Art. 84.2.11º LC).

3º. Privilegios en cuanto al resto de los nuevos créditos. (Art. 91.6º LC) con una redacción- que posteriormente analizaremos- problemática en cuanto a la aplicación de la disposición adicional cuarta. En tal sentido la norma afirma, sin que haya sido objeto de modificación dada la referencia al precepto anterior, que gozarán de privilegio general “[*]os créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.*”

CAPITULO III.

CAPITULO III: LA COMUNICACIÓN DEL ARTÍCULO 5 BIS A LOS EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA.

1. Evolución del precepto.

La introducción del artículo 5 bis en la Ley Concursal y la consecuente derogación de lo previsto en el anterior apartado tercero del artículo 5 LC no quedaron exentas de polémica en su tramitación parlamentaria. La exposición de motivos de la norma señala que “[l]a 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.” El derogado 5.3 (introducido por el RDL 3/2009) señalaba a tal efecto que <<[e]l 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 alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.” A partir de dicho precepto se habían manifestado ciertas contradicciones, en relación a la obligación que surgía (vs. art. 5 LC), para solicitar necesariamente el concurso dentro del mes siguiente cuando el fruto de esa negociación- y de dicha comunicación- había surtido efectos y la causa de insolvencia se había solventado. En tal sentido el Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Córdoba de 10 de septiembre de 2009²³⁴ ya puso de manifiesto que “... si bien la dicción literal del artículo 5.3 de la Ley Concursal no resulta muy afortunada en cuanto que parece contemplar como única actuación posible del solicitante la presentación de la solicitud de concurso (con o sin propuesta anticipada de convenio) obviando otras posibilidades como son el incumplimiento de esta obligación legal, nos podemos encontrar con otras situaciones como un posible acuerdo de refinanciación que determine que la inicial situación de insolvencia (actual o inminente) de la solicitante pudiera desaparecer. Resulta evidente que, la desaparición del presupuesto objetivo de la solicitud de concurso según el criterio del instante del presente expediente legitima al solicitante para desistir de la inicial solicitud preconcursal de conformidad con lo previsto en los artículos 19 y 20 LEC en relación a la Disposición Final Quinta LC, y consiguiente la desaparición de los efectos previstos en el artículo 5.3 LC”. La modificación de 2011 introduce el apartado “a menos que no se encontrara en estado de insolvencia” con lo cual quedaba zanjada la cuestión.

La modificación del mismo y su nueva regulación en el 5 bis (posteriormente modificado en varias ocasiones²³⁵) producida en 2011 dejaba sin respuesta algunos interrogantes que la enmienda número 89 del Grupo Parlamentario Popular²³⁶ había puesto de manifiesto en su tramitación parlamentaria. Así se

²³⁴ Auto 164/2009 en comunicación 187/09

²³⁵ Se modifica el apartado 4 por el art. único.Cuatro.1 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Ref. BOE-A-2015-5744; el art. único.1 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Ref. BOE-A-2014-9896. Se modifica por el art. único.1 del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo. Ref. BOE-A-2014-2485. Se modifican los apartados 1, 3 y 4 por el art. 21.2 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre. Ref. BOE-A-2013-10074. Se añade por el art. único.1 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Ref. BOE-A-2011-15938.

²³⁶ Congreso 7 de julio de 2011.—Serie A. Núm. 119-13

señalaba que “[s]e trata de una de las más importantes novedades del Proyecto” y que “ tal novedad, constituye una pieza extraña al sistema concursal de 2003, cuyo encaje resulta delicado y difícil. La norma faculta al deudor a comunicar al Juez competente para la declaración de concurso el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (artículo 71.6 LC, adicionado bajo el número cuarenta del artículo único del Proyecto) o presentar una propuesta anticipada de convenio (artículos 104 a 110 LC). Los efectos de esa comunicación, hecha en el tiempo que señala el apartado 2, son: a) El cese del deber del deudor de solicitar la declaración de concurso voluntario (párrafo 3) durante el plazo fijado en el apartado 4. b) En caso de presentación posterior de la solicitud del deudor, se entiende hecha en la fecha de la comunicación. c) La inadmisión de cualquier solicitud de concurso necesario durante el plazo de tres meses a partir de la notificación (artículo 15.3). d) La prohibición de proveer las solicitudes que se presenten, transcurridos esos tres meses, hasta que venza el plazo de un mes y el deudor no haya presentado solicitud de concurso (artículo 15.3, párrafo segundo, modificado bajo el número nueve del proyecto.” Como consecuencia de lo anterior la enmienda señalaba que “[e]xiste un desajuste entre el texto de la E. de M. y el articulado del Proyecto en esta materia, que no contiene norma sobre paralización de ejecuciones ni regula los deberes de las partes en la negociación, como se anuncia en los párrafos antes transcritos del apartado III de aquélla. Lo que el Proyecto recoge es simplemente un efecto dilatorio de la solicitud de concurso, atribuido a la mera comunicación unilateral del deudor, en contra del otro principio fundamental de la reforma, que es el de no retrasar la solución de la insolvencia (E. de M. IV). De esta forma, en virtud de una comunicación de hechos que ni se prueban ni se controlan, cualquier deudor puede dilatar la declaración de insolvencia, impidiendo a los acreedores y demás legitimados que la insten durante tres meses más uno hábil, sin más requisito que la presentación en el tiempo de cumplimiento del deber de solicitarla y sin más trámite que el de su «constancia » por el Secretario judicial, sin intervención alguna del Juez. Al no paralizar las ejecuciones (cfr. artículos 55 y 56, modificados en los números treinta y tres y treinta y cuatro del Proyecto, y disposición adicional cuarta, modificada por el noventa y seis), el efecto dilatorio de declaración de concurso tendrá otro «de alarma», que precipitará las acciones contra el patrimonio del deudor y frustrará las negociaciones en curso. El supuesto de la norma contenida en el vigente artículo 5.3 se extiende, además, respecto del actual artículo 5.3, porque comprende no solo el inicio de negociaciones para apoyar una propuesta anticipada de convenio, sino para alcanzar un acuerdo de refinanciación. »

Tendremos que esperar a la reforma que se produce con la Ley 14/2013 para comprobar ciertos avances que, no obstante, no lo son en todos los supuestos. Como hemos visto dicha norma (dedicada al emprendimiento) solo introduce una herramienta más en el sistema. Si hasta entonces no teníamos regulación de los Acuerdos Extrajudiciales de Pago, ahora se regulan en el Capítulo X de la Norma concursal a través de dicha reforma. Consecuente a ello se introduce la posibilidad de comunicación del periodo de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos: “En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario (con posterior reforma que introduce a las Cámaras de comercio) al que se hubiera solicitado la designación del

mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso". Claro que la citada norma obedecía a la introducción de un proceso de mediación-negociación iniciado por el deudor por ante un notario, registrador mercantil o -posteriormente- cámara de comercio. En este caso eran estos profesionales los que deben realizar la citada comunicación pero que obedece a un proceso en donde ya existen efectos para los supuestos de presentación de la solicitud, admisión a trámite y conclusión con o sin acuerdo. El art. 233.3 LC recoge a tal efecto que *"[e]l registrador o el notario procederá al nombramiento de mediador concursal. Cuando la solicitud se haya dirigido a una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, la propia cámara asumirá las funciones de mediación conforme a lo dispuesto la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, y designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal. Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador mercantil, el notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda, comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el "Registro Público Concursal"*. Por lo tanto la comunicación de negociaciones al juez competente pasaba a convertirse en una obligación del notario, registrador o cámara (sin que nada se dijera del deudor) que se produciría una vez se aceptará el cargo por el mediador y no antes²³⁷. Sin embargo con efectos importantes respecto del deudor desde la misma solicitud previstos en el artículo 235 LC para la continuación de su actividad y demorando los efectos a terceros desde la publicación del inicio del expediente en BOE. En su redacción anterior a la reciente reforma del RDL 1/2015 (y Ley 25/2015) por tanto se distinguían:

1º. Desde la publicación de la apertura del expediente y por parte de los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos, no podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, en cuyo caso, el inicio o continuación de la ejecución dependerá de la decisión del acreedor. El acreedor con garantía real que decida iniciar o continuar el procedimiento no podrá participar en el acuerdo extrajudicial. Practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instante embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público y los acreedores titulares de créditos con garantía real que no participen en el acuerdo extrajudicial.

²³⁷ En el supuesto de personas naturales no empresarios introducido por el RDL 1/2015 el notario procederá a esta comunicación al juzgado sin necesidad de nombramiento de mediador dado que para este supuesto es facultativo (art. 242.1.2º LC)

2º. Desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común.

3º. . Desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores que lo estimen oportuno podrán facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que éste les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan a la dirección facilitada.

No obstante el apartado sexto (hoy quinto) del último de los preceptos citados sí que refería que “[e]l deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no concurran las circunstancias previstas en el artículo 5 bis.” De esta forma la solicitud de concurso necesario quedaba eliminada desde la comunicación, pero esta solo se producirá una vez que el mediador hubiera aceptado el cargo y por ello quedaba una zona vacía entre la solicitud ante notario o registrador y la comunicación, tras la aceptación del mediador, en donde los acreedores podrían realizar todo tipo de actuaciones a tal efecto. Aún más esto afectaba solo a la solicitud de concurso necesario (vs. art. 15 LC) y no respecto de otras suspensiones o paralizaciones que deberían esperar, tal y como se ha indicado, al momento de la publicación en BOE de la resolución de admisión de la solicitud.

De igual forma se modulaba esa obligación de solicitar el concurso voluntario previsto en el 5 bis, para el supuesto del transcurso del plazo previsto en el mismo sin acuerdo o sin superar la situación de insolvencia o incluso con anterioridad. Así el art. 236.4 LC recogía (y en la actualidad recoge pero adaptado al nuevo sistema de arrastre) que el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si en los diez días naturales siguientes a la comunicación que este hace a los acreedores , decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo, excluidos , con la redacción anterior pero no en la actual, los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo o cualquier acreedor de derecho público. De igual forma el art. 238.3 LC señala que si el plan no fuera aceptado, y el deudor continuara incurrido en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. Y por último el art. 241.3 LC recoge que si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia.

De esta forma la anterior redacción del 5 bis se refería a esta nueva institución solo en tanto a la solicitud de concurso y no a otros supuestos que vendrían regulados por la norma específica propia: ejecuciones, acciones, posibilidad de ejecutar contra garantes, etc. La negociación afectaba de forma específica a los acreedores incluidos en dicho acuerdo.

El precepto convive entonces con lo previsto, en aquel momento, en la DA 4ª que sería modificada posteriormente. En dicha convivencia se recogía – al efecto del proceso de homologación- que “[e]l secretario judicial, examinada la solicitud de homologación, dictará decreto admitiéndola a trámite y, caso de ser

solicitada, declarando la paralización de las ejecuciones singulares hasta la homologación y en todo caso por plazo máximo de un mes.”

Ya planteaba problemas, en sí misma, el hecho de que un Decreto paralizara la función de ejecución judicial contemplada en el artículo 117 de la Constitución Española sin una previa resolución del juzgador. Pero aún más su ámbito de aplicación, partiendo de que el apartado primero del precepto recogía que era aplicable al pasivo titularidad de entidades financieras participantes sin que fuera extensible el posterior acuerdo homologado a los acreedores disidentes (*holdout creditors*) cuyos créditos estuvieran dotados de garantía real²³⁸.

Sin embargo la reforma que se produce con el RDL 4/2014 y posterior tramitación parlamentaria que culmina en la Ley 17/2014 da una nueva regulación al artículo 5 bis para incorporar aquellos supuestos que el citado grupo parlamentario había considerado déficits de regulación cuando el mismo fue introducido en 2011 y eliminando estos efectos en de la propia adicional. La nueva redacción introdujo los apartados 4 y 5 del citado precepto con el siguiente contenido que subdividimos:

- a) Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente.
- b) Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares²³⁹ promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

²³⁸ La reforma producida por el apartado 1 por la disposición final 7.2 de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre. Ref. BOE-A-2013-13723, introdujo además su aplicación conforme a lo siguiente: “A los efectos de lo dispuesto en este apartado, los préstamos o créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. y que sean de titularidad de ésta o de quienes, por cualquier título, los adquieran de ella serán considerados como si lo fueran de entidades financieras a los efectos del cómputo de la mayoría necesaria para la homologación judicial del acuerdo de refinanciación.”

²³⁹ La propuesta de enmienda 26 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 recogía y así fue finalmente recogido en su texto: *judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor.*

- c) Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado.
- d) Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.
- e) Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

La situación cambia notoriamente con la introducción de efectos respecto de la comunicación, en una especie de régimen general que no distingue regulaciones existentes en otros apartados de la misma norma concursal y que pueden bien estar en contradicción o bien generar confusión. Sin entrar en el análisis de los acuerdos extrajudiciales de pago, donde la contradicción se hace más que importante, por no ser objeto de este trabajo, debemos centrar nuestra atención en la también modificada- por dichas normas- disposición adicional cuarta LC. Mediante dicha reforma, como se ha señalado, los efectos de suspensión y paralización pasarán al artículo 5 bis y dejarán de ser recogidos en la DA 4ª con la redacción que hemos referido. Pero al mismo tiempo- y con las matizaciones que realizaremos, se recogen apartados concretos y diferentes que parecen, inicialmente, de aplicación general junto a otros que lo son con características particulares según qué instrumento o institución sea la que haya motivado dicha comunicación.

En cierto modo la reforma producida por la Ley 9/2015 trata de superar gran parte de las contradicciones que hemos señalado y recoge una nueva redacción del apartado cuarto del artículo 5 bis con el siguiente contenido:

“Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias: a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1;b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; c) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; e) o tenga lugar la declaración de concurso. En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso. Las ejecuciones de

dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente. Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia. Lo dispuesto en los cuatro párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas en el primer párrafo de este apartado o haya transcurrido el plazo previsto en el siguiente apartado. Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.”

2. Ámbito de aplicación.

Con la modificación que se produce con el RDL 3/2009 se reforma, como ya se ha dicho, el artículo 5.3²⁴⁰ LC y con ello se introduce la posibilidad de que cualquier deudor pueda poner en conocimiento del juzgado competente el inicio de negociaciones si bien con dos límites concretos a los efectos que ahora nos interesan:

- a) Por un lado que debe ser un deudor en insolvencia actual. De esta forma se remitía a lo previsto en el artículo 2 de la Ley concursal, en la distinción entre insolvencia actual e insolvencia inminente, para excluir estos últimos supuestos en las posibilidades abiertas a dicha negociación. La razón de ser era igualmente doble:
 - a. El legislador solo había previsto el fin negociador de adhesiones a un convenio anticipado.
 - b. Tampoco previó más solución al periodo de negociaciones, tal y como hemos visto, que el de acudir finalmente al concurso. Sería en posterior reforma cuanto se introduce la posibilidad de desistimiento o archivo por haber salvado, con dichas

²⁴⁰ Se añade el apartado 3 por el art. 10.1 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo. Ref. BOE-A-2009-5311

negociaciones o por cualquier otra causa, la situación de insolvencia.

- b) En segundo lugar – y aunque ya lo hemos anticipado- que el objetivo, aún a pesar de la introducción de la adicional cuarta y transitoria cuarta, se prevé solo para alcanzar un acuerdo para obtener adhesiones para un convenio anticipado.

Si la situación partía de diferenciar, por tanto, entre insolvencia actual e inminente, parecía más lógico entonces tener que acreditar que la insolvencia era actual puesto que debería compaginarse, tras ese periodo , con una solicitud posterior de concurso , con o sin convenio, en la que conforme al artículo 2 LC (en la entonces redacción) se recogía , apartado tercero, que “[s]i la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente”.

La regulación existente en la Disposición Adicional 4ª solo se preveía a efectos de protección frente a una posible reintegración posterior. En ella no se preveía la iniciativa o el ámbito subjetivo de nadie en particular, exigiendo no obstante que el acuerdo cumpliera una serie de requisitos de contenido y formales bien fuera con uno, con varios o con todos sus acreedores y aún a pesar- o mejor dicho sin tomar en consideración- que ello pudiera no ser suficiente para salvar la situación de insolvencia. El objetivo quedaba claro en la exposición de motivos de la precipitada reforma: *“Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de, agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos.”* Sin embargo la regulación final dejaba bastante que desear porque los acuerdos no se condicionaban a esa situación de “ineludible insolvencia”. Con ello – con lo señalado en la exposición de motivos- parece haberse pretendido la posibilidad de acuerdos de refinanciación salvo que ineludiblemente (por volver a utilizar la expresión) la empresa tuviera que ir a insolvencia; de esta forma deberían, en correcta interpretación, no estar necesariamente protegidos aquellos que se situaban en concretos puntos de inflexión que desembocaran hacia el concurso. Lo anterior resultaba ciertamente coherente con la previsión, ya señalada, del derogado art. 5.3 LC en donde la negociación (nunca referida a la refinanciación) se dirigía al convenio anticipado y al concurso. Siguiendo por tanto lo anteriormente expuesto tendríamos dos caminos:

- a) Situaciones de ineludible situación de insolvencia. En estos supuestos cabría el periodo de negociaciones del viejo art. 5.3 LC con el fin de obtener un convenio anticipado y posterior declaración de concurso a solicitud del deudor en el plazo establecido. Hablaríamos pues de situaciones, conforme el precepto señala, de insolvencia actual.
- b) Situaciones, por otro lado, de insolvencia inminente en donde cabrían esta serie de acuerdos o refinanciaciones con el fin de salvar esa insolvencia y conforme al cumplimiento de los requisitos previstos (formales y sustantivos) en la redacción, ya derogada, de la norma.

No es así como fue entendido por los tribunales, sin embargo. Poco antes de la aprobación de dicha reforma la SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2009²⁴¹ se pronunció, relativizando la doctrina que hasta entonces se había mantenido, sobre el concepto de “sacrificio patrimonial justificado”. En este caso señalaba que “[e]n cualquier caso, para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación. En este caso, debemos valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de una garantía real, pues contrariamente a lo argumentado por el Banco, constituye una merma del valor del bien en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien. El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par condicio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores. Ahora bien, en el presente caso concurren una serie de circunstancias que deben ser valoradas: primero, que la hipoteca no se constituye enteramente para garantizar una obligación preexistente -en este caso una nueva que sustituye a otra anterior-, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con la hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior, vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación de crédito; y, segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto. Ambas circunstancias, en el contexto en que se renegotió la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio.”

Por lo tanto el análisis de dichos acuerdos no se realizaría a partir de que entraran en el ámbito subjetivo que el conjunto de las normas citadas parecían señalar sino en el propio concepto de “perjuicio” y su análisis conforme a sacrificio patrimonial justificado e injustificado. Las sentencias que se pronunciaron, a partir de su publicación, al efecto de la aplicación de la citada

²⁴¹ SAP B 1485/2009

adicional incidieron – primero- en la aplicabilidad temporal²⁴² de la misma y finalmente en los requisitos formales²⁴³ y materiales²⁴⁴ sin atender a la distinción que hemos señalado. De hecho incluso ya muy posteriormente alguna sentencia se ha pronunciado añadiendo, al control formal o material, el control del perjuicio²⁴⁵ al margen del ámbito subjetivo inclusive.

Con la reforma que se produce en 2011 se modifica el precepto, se introduce la posibilidad de que también sea el deudor que pretende la refinanciación el que pueda realizar la comunicación del 5 bis junto a los supuestos de convenio. Consecuente a ello se modifica la adicional cuarta a efectos de homologación y el contenido de la citada adicional se introduce como supuesto protegido frente a la reintegración en el art. 71.6 LC.

A efectos de esa comunicación se suprime el supuesto de insolvencia actual que se había recogido inicialmente y el primer apartado de la nueva adicional cuarta recoge que podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones del artículo 71.6 y haya sido suscrito

²⁴² Ejemplo de ello es la SAP de San Sebastián de 11 de marzo de 2010 (SAP SS 1404/2010) cuando afirma: *“Teniendo en cuenta que las operaciones de refinanciación tenían un riesgo inevitable de rescisión en el caso de que se produjera posteriormente la declaración de concurso, la Disposición Adicional cuarta de Ley Concursal. permite que cuando, pese a existir un acuerdo de refinanciación, tenga lugar la declaración de concurso, los acuerdos de refinanciación, así como los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de dichos acuerdos, no estén sujetos a la rescisión prevista en el art. 71.1 LC, supeditando tal excepción al cumplimiento estricto de determinados requisitos. La recurrente no puede pretender la aplicación retroactiva de la norma, ni tampoco la asimilación de su situación a los supuestos regulados en la misma, puesto que de la simple lectura del recurso se desprende que, aún en el caso de que la operación de refinanciación se hubiera llevado a cabo vigente la modificación normativa, no puede considerarse acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos.”*

²⁴³ Ejemplo de no aplicación por no cumplir los requisitos formales de mayorías, exclusivamente, es la SAP de Valencia de 19 de abril de 2012 (SAP V 1539/2012) que señala: *“La redacción del artículo 71,6 LC -entiéndase texto vigente al tiempo de iniciar las actuaciones- expresaba la compatibilidad entre las acciones rescisorias y otras acciones de impugnación, habiéndose puntualizado posteriormente por la administración concursal a los efectos del 71,5 -redacción vigente en aquel momento- en relación con la D. Adicional cuarta conforme RD 3/2009 de 27 de Marzo, que no nos hallamos ante refinanciación de acreedor cuyos créditos representen, al menos, tres quintos del pasivo que, con los requisitos que el propio precepto establece, ante la mención contenida en la propia sentencia -fundamento jurídico tercero- que, en cualquier caso, descartaba la aplicación de tal normativa a la situación analizada -folio 275-, todo ello a los efectos de examinar la pertinencia, en general, de la acción planteada”*

²⁴⁴ La SJM 1 de La Coruña de 4 de julio de 2011 (SJM C 127/2011) se refiere a ello.

²⁴⁵ En tal sentido la AP de Valencia de 24 de junio de 2014 (: SAP V 3490/2014) :” No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por 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, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"- . Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa... ”

por acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento 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. Hablamos entonces de deudor en insolvencia (actual o inminente y sin distinción) pero en tanto deudor común con acreedores financieros y respecto de la deuda financiera del mismo; exclusivamente a dichos efectos.

Con la citada reforma el objetivo de la comunicación es doble y con ello condiciona al sujeto solicitante:

- a) El deudor que pretenda un convenio anticipado y por tanto va a ir a concurso de acreedores.
- b) El deudor que pretenda una refinanciación de las previstas en la disposición adicional cuarta respecto de sus acreedores financieros. En tal caso ha de pretender, en su caso, la homologación.

La redacción es alternativa: o pretende una cosa o pretende otra. Y ello porque todavía subsiste, ambientalmente no obstante, en el legislador la distinción entre los supuestos de insolvencia ineludible (*default*) y posibilidad (*distress*) de salvar esa situación de insolvencia. No obstante contradice esa redacción la incorporación el último apartado del art. 5 bis. 3 en tanto deberá ir a concurso de acreedores salvo que, con referencia a ambos supuestos de refinanciación y convenio anticipado, no se encontrara en estado de insolvencia.

Consecuencia de la aprobación por la Ley 14/2013 de los Acuerdos Extrajudiciales de Pago se modifica nuevamente para incluir estos supuestos que no son objeto de lo previsto en la DA 4ª.

Con las reformas de 2014 el precepto vuelve a ser modificado al objeto de adecuarlo a la nueva reconfiguración de los acuerdos de refinanciación. Como sabemos el 71.6 deja de existir conforme conocíamos respecto de la protección de reintegración y su contenido se modifica y se redacta nuevamente en el 71 bis LC. La Disposición Adicional 4ª sufrirá igualmente un nuevo cambio. La nueva redacción recoge que *“[e]l deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.”*

Como podemos comprobar la alternativa es el inicio de negociaciones al objeto de refinanciación y la propuesta anticipada de convenio. En la primera se incluye la conjunción copulativa “y” y se mantiene la disyuntiva “o” para diferenciar unas y otras. El deudor sigue siendo el mismo; el objetivo a efectos de dicha comunicación diferente.

El deudor de la DA 4ª es necesariamente un deudor con crédito financiero; y ello aunque se permita, en la última redacción, que al acuerdo se adhieran los acreedores no financieros (salvo públicos) una vez homologado.

Todo lo anterior tiene notoria trascendencia en virtud del resultado final que se pretenda y al que, diferente a una refinanciación, se hubiere llegado. El deudor que realiza una comunicación de entre las previstas en el 5 bis LC puede pretender, en función de las circunstancias, diferentes objetivos. Es posible que

piense en una refinanciación pero que a lo largo del curso de la negociación la vea imposible o se imponga la necesidad- por las circunstancias concretas del caso- de un convenio anticipado. Si interpretamos la norma en sentido estricto la comunicación inicial no serviría y sería necesaria una nueva al objeto de conseguir esas adhesiones. En tal caso chocaríamos con lo dispuesto en el último apartado del citado precepto en tanto formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año. No parece, por tanto, lógico que en el curso de las negociaciones un deudor que pretenda un convenio anticipado y así lo haya comunicado no esté protegido cuando el resultado no es el convenio sino un acuerdo de refinanciación; o que estos acuerdos que se estén negociando no tengan toda la protección que el precepto señala. Pero también tiene notoria importancia – tras la última reforma- que los efectos se modulen en función de la pretensión de refinanciación o de convenio anticipado al objeto de proteger los intereses de los acreedores.

La posibilidad literal de realizar una comunicación conjunta o alternativa respecto de la finalidad perseguida no parece desprenderse de la gramaticalidad del texto de la norma. Sin embargo choca con la realidad casuística y con la citada prohibición. Pero también el acreedor tiene derecho a conocer el camino hacia el que irá la sociedad solicitante, o al menos por el que pretende ir, y tiene consecuencias al objeto de valorar si es simplemente dilatorio (esa comunicación) y por ello, en relación a si se podrá o no ejecutar o perseguir la satisfacción del legítimo crédito, si subsiste o no la obligación de solicitar el concurso voluntario en el plazo previsto en el artículo 5 LC, la posibilidad de concurso necesario o la incidencia que todo ello tiene en la calificación de conformidad al artículo 165.1²⁴⁶ LC.

La realidad de los tribunales es simplemente otra; derivado de ese supuesto de simple “comunicación” esta producirá los efectos señalados en la norma. A ello coadyuva el mismo hecho (si se quiere ver así) de que el apartado 5 señala las alternativas con disyuntivas y como hemos señalado, pareciendo una suerte de posibilidades que quepan dentro de la misma. E igualmente el apartado 3, párrafo segundo, que habla, indistintamente, comunicación de negociaciones, nuevamente sin distinción.

El art. 22.1 LC recoge que, a los efectos de determinar el carácter voluntario o necesario del concurso, la solicitud posterior del mismo a un periodo de negociaciones conlleva que se entienda presentada al momento de la comunicación. De esta forma y con dichos efectos se torna la comunicación en solicitud. Ello podría tener trascendencia en virtud del objetivo perseguido con esas negociaciones puesto que, por ejemplo, en un supuesto de Acuerdo Extrajudicial de Pagos, la solicitud posterior de concurso parte de una previa comunicación del notario, registrador o cámara de comercio. En este caso se identifica claramente cuál es el fin perseguido con esa comunicación sin que pueda tornarse en otra de las alternativas. Se parte entonces de una solicitud inicial y de una comunicación posterior de haber presentado y ser admitida a

²⁴⁶ PULGAR EZQUERRA J “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009. *RdCP*, pgs. 45-58 pg. 54, Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL/2009... Implicaciones financieras de la ley concursal: adaptado al real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo / coord. por Alberto Alonso Ureba, Juana Pulgar Ezquerro, 2009, , pgs. 49-134pg 70

trámite una solicitud por ante dichos profesionales. La comunicación identifica el fin. Eso lo convierte en supuesto totalmente diferente. De hecho se redacta en párrafo separado.

Resulta ilógico, por otra parte, estar protegido conforme a lo previsto en el ámbito del art. 5 bis LC cuando no se trata de un deudor común y no cumple el ámbito subjetivo que finalmente sería exigido para supuestos de insolvencia. En tal sentido -y como criterio subjetivo intrínseco al artículo 1 de la Ley Concursal- los órganos de lo mercantil se vinieron pronunciando desde el primer momento en tal sentido. Así y por ejemplo el Auto de la AP de Barcelona de 4 de mayo de 2011²⁴⁷ en donde se señala que *"...la Ley Concursal hace referencia al "deudor común", a la obligación de presentar una "relación de acreedores", a la incapacidad para cumplir "sus obligaciones exigibles", al "incumplimiento generalizado de sus obligaciones", a la legitimación de "cualquiera de sus acreedores" para solicitar el concurso, de "la concurrencia de acreedores", etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por una pluralidad de acreedores."* Y así se vino corroborando²⁴⁸ por la doctrina y por la DGRN que en su resolución de 29 de abril de 2011²⁴⁹ manifestaba que *"[A]unque la vigente Ley Concursal no exige expresamente que exista una pluralidad de acreedores para que se declare a un deudor en situación concursal, la mayoría de los comentaristas infieren la existencia de tal presupuesto no sólo de la propia Exposición de Motivos sino de los numerosos preceptos que se refieren a esa pluralidad de acreedores. Así, también se considera con base en la naturaleza y los principios del procedimiento, que no se dirigen a satisfacer a un acreedor individual, ya que éste cuenta con el proceso de ejecución singular. Así, según el párrafo quinto del apartado II de dicho preámbulo, «El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez («Tractatus de concursu», 1616) y de Francisco Salgado de Somoza («Labyrinthus creditorum concurrentium», 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común...».* Según el artículo 2.1 la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del «deudor común» (de lo que evidencia la existencia de varios acreedores); y se refieren a los acreedores, en plural, los artículos 3.1, 3.4, 4, 6.2.4.º, 19.3, 21.1.5.º, 21.4, 27.1.3.º, 36.1, 36.7, 48.5, 49, 51.1, 54.1, 55.4, 56.1, 57.3, 72.1, 75.2.2.º, 76 y siguientes, entre otros." No obstante la Resolución del mismo centro directivo de 2 de julio de 2012²⁵⁰ cambia el criterio señalando que *"[N]o obstante los razonamientos anteriores, puestos de manifiesto en la Resolución de este Centro Directivo de 29 de abril de 2011 invocada por el recurrente, existen otra serie de normas en*

²⁴⁷ Auto A.P. Barcelona (s. 15ª) de 4 de mayo de 2011. (27/07/2011)

²⁴⁸ RODRIGUEZ ACHUTEGUI E, <<El otro presupuesto subjetivo del concurso: la pluralidad de acreedores. >> *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, N° 6, 2004.

²⁴⁹ Resolución de 29 de abril de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Ocean Cosmetics, SL, en liquidación, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Zaragoza a inscribir una escritura de extinción de dicha entidad. Boe de 23 de mayo.

²⁵⁰ Resolución de 2 de julio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Zaragoza a la inscripción de una escritura por la que se elevan a público acuerdos sociales relativos a la liquidación y extinción de una entidad.

nuestra Ley Concursal, fundamentalmente las relativas al concurso necesario, en que no se parte de la existencia de una pluralidad de acreedores, sino que un único acreedor dispone de legitimación activa para solicitar, como alternativa a la ejecución singular del patrimonio de su deudor, la declaración de concurso necesario para poder así gozar de las garantías que proporciona la ejecución jurisdiccional de los bienes del concursado, evitando de forma simultánea la artificiosa creación de una situación de insolvencia del deudor. Así, el artículo 1 de la Ley Concursal que habla de «cualquier acreedor», el artículo 2.4 que, en concordancia con el artículo 7, se refiere a un acreedor como solicitante de la declaración del concurso pudiendo además basarla en la «liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor», el artículo 15 sobre provisión de la solicitud del concurso o el artículo 25 sobre la declaración conjunta de concurso de varios deudores. Pero si dichos artículos son meramente indiciarios de la posible existencia de concurso con un solo acreedor, el nuevo artículo 48 ter, introducido en la Ley Concursal por la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, posterior a la Resolución antes citada, lo confirma al establecer la previsión de unas medidas cautelares a favor del acreedor del concurso, cuya adopción pueden producirse incluso de oficio, concretadas en la posibilidad de embargar los bienes y derechos de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho, apoderados generales o de quienes hubieren tenido dicha condición en los dos años anteriores «cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley²⁵¹».

Dos cuestiones que también se pueden plantear al respecto es la necesidad de tener la consideración de empresario, que fue inicialmente discutida y posteriormente aclarada con la reforma de la Ley 9/2015, a los efectos de acogerse a los beneficios del citado precepto y su instrumentación en supuestos de grupos societarios.

Al respecto del primero era evidente que nada recogía la norma concursal; aun así el supuesto de Acuerdo Extrajudicial de Pagos se determinaba a partir de su aplicación a empresas y empresarios en el artículo 231 LC (hoy aclarado tras la reforma del RDL 1/2015 con la introducción del art. 242 bis LC). En materia de la disposición adicional cuarta se ha señalado que determinadas expresiones de la norma (y otras externas a ella) nos llevan a considerar que es un supuesto aplicable solo a empresarios. En tal sentido la referencia realizada a que quedan excluidos de tal concepto (acreedores financieros) los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. Esa referencia a acreedores por operaciones comerciales y créditos laborales determinaría dicha condición. De otro lado la misma posibilidad de conversión de deudas en acciones o participaciones o la necesidad de certificación del auditor de la compañía, al margen de los informes posibles de expertos independientes, nos llevaría a su aplicación solo en el ámbito del empresario colectivo. De igual forma la

²⁵¹ Doctrina confirmada en la Resolución de 4 de octubre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles II de Zaragoza, por la que se resuelve no proceder a la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de liquidación y extinción.

referencia a la necesidad de un plan de viabilidad del 71 bis 1 a) al que se remite la adicional que se vincula a la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

Externamente la referencia del apartado 4 del artículo 5 bis en relación a bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional abonaría dicha solución. Y del mismo modo los conceptos utilizados en el 84.2.11º LC respecto de ingresos de tesorería, la capitalización y vinculación del 92.5º en relación al 93.2 LC o la presunción de culpabilidad del 165.2 LC.

También se ha negado esa limitación en tanto a que expresamente no se recoge dicho ámbito subjetivo en la citada adicional.

Su introducción a partir del RDL 3/2009 pensaba exclusivamente en las empresas: *“Con respecto a la legislación concursal, la vigente ley se dictó en el año 2003 en un entorno económico completamente distinto al actual, y no ha sido hasta que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones. Sin perjuicio de que en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis, en este momento es preciso acometer ya una serie de reformas en aquellos aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente. Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de, agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos.”* Y el apartado III de la exposición de motivos de la Ley 38/2011 lo deja meridianamente claro: *“Ante todo, 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.”*

Ya nos hemos referido inicialmente al régimen global de supuestos de refinanciación y reestructuración de deuda. De este se pone también de manifiesto la poca utilidad de las citadas medidas de la adicional cuarta a los supuestos de personas físicas. La cuestión, sin embargo, sigue abierta.

En relación a los supuestos de grupos societarios la norma del 5 bis nada dice al respecto partiendo exclusivamente de una comunicación del deudor común en los términos expuestos. Debemos recordar que los artículos 3.5 LC, 25 y 25 bis (sobre el concurso de grupos societarios) también han sido objeto de una evolución legislativa interesante. Al margen de la misma- que excede de este trabajo- lo cierto es que el concurso de grupos societarios ya era una posibilidad recogida inicialmente a partir de reglas de competencia previstas inicialmente en el artículo 10.4 LC antes de la reforma 38/2011. En tal sentido

se recogía que en los casos de solicitud de declaración conjunta de concurso de varios deudores, será juez competente para declararlo el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo, y si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante. La misma regla se aplicará para determinar el juez competente para la tramitación de concursos acumulados. Si partimos de la posibilidad de declaración conjunta (prevista en el artículo 25) deberíamos también considerar la posibilidad de negociación conjunta a partir del artículo 5 bis LC. Cuestión esta que ciertamente puede ser matizada para los supuestos de acuerdos extrajudiciales de pago cuya defectuosa regulación podría hacernos dudar. En este sentido lo ha entendido el Auto de 12 de enero de 2015 del Juzgado de lo Mercantil 10 de Barcelona en donde se tramitó una homologación de un grupo societario²⁵². Asimismo y siendo también finalidad de la comunicación el acuerdo colectivo previsto en el artículo 71 bis LC debemos considerar esa posibilidad para otros supuestos o al menos esa comunicación conjunta en función de la finalidad que sea primero perseguida o la posteriormente alcanzada. En este último sí se recoge expresamente: *“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.”*

Por último resaltar que el ámbito subjetivo del artículo 5 bis LC, en tanto referido a la disposición adicional cuarta, tiene íntima conexión con el ámbito subjetivo de esta última, aunque esta se refiera a la homologación y aquella a la comunicación de inicio de negociaciones, y por tanto a ella también nos remitimos.

La comunicación realizada en los términos señalados debe considerarse a partir de la distinción de las instituciones que el propio artículo 5 bis aquí recoge²⁵³. Una interpretación amplia o estricta del mismo nos llevaría a consecuencias muy diferentes en virtud de la posibilidad, o no, de acumular en dicha comunicación varias posibilidades, como ya hemos visto.

El ámbito del 5 bis ha venido siendo ampliado en tanto las reformas se han ido sucediendo. Al principio para convenios anticipados y los acuerdos de refinanciación previstos en 2009. Posteriormente (en 2013) se amplía a Acuerdos Extrajudiciales de Pago y otros acuerdos que distinguen entre la posibilidad posterior de homologación de los que simplemente deben cumplir requisitos no homologables y protegidos a efectos de reintegración.

Dicho ámbito además parte de supuestos totalmente diferentes en cuanto a sus fines u objetivos:

- El deudor puede intentar negociar un convenio anticipado y en tal caso el objetivo es para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.

²⁵² AJM B 1/2015

²⁵³ GARCÍA CRUCES JA <<Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación.>> *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* / coord. por José Antonio Gómez Segade, Angel García Vidal; Manuel Olivencia Ruiz (pr.), 2010, , pgs. 731-742, pg. 174

- Puede igualmente intentar negociar acuerdos de refinanciación previstos en el artículo 71 bis 1 LC. Se trata de negociaciones colectivas y no bilaterales o plurilaterales de las previstas en su segundo apartado. El objetivo es esa negociación colectiva protectora de la reintegración.
- Puede pretender iniciar un proceso negociador que finalmente podrá pretender la homologación, o no, del mismo conforme a la disposición adicional cuarta. En este caso se parte inicialmente de los créditos financieros.
- Puede ser una consecuencia de una solicitud de Acuerdo Extrajudicial de Pagos iniciado conforme a lo previsto en los artículos 231 y ss de la Ley Concursal.
- Puede pretender cualquiera de esos supuestos a los efectos de la mediación introducida en la normativa de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (Ley 20/2015) si bien conforme a las normas paraconcursoales que para estas entidades se recoge en la misma.

En los tres primeros supuestos la comunicación “podrá” -o no- ser realizada por el deudor. En el último esa comunicación se realizará, sí o sí, por el notario, por el registrador mercantil o por (tras la reforma del RDL 1/2015) la cámara de comercio²⁵⁴, de oficio y obligatoriamente.

En todos los supuestos, incluido en el del AEP, la comunicación supone el inicio²⁵⁵ de un periodo de negociaciones entre el deudor y sus acreedores. Estos se limitan de formas diferentes. En lo que a la disposición adicional cuarta se refiere esos acreedores:

- Son inicialmente acreedores de pasivos financieros. Estos deberán alcanzar como mínimo un 51% entendiendo por tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera y quedando excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.

²⁵⁴ Nueva redacción del artículo 233.3 LC: “El registrador o el notario procederá al nombramiento de mediador concursal. Cuando la solicitud se haya dirigido a una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, la propia cámara asumirá las funciones de mediación conforme a lo dispuesto la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, y designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal. Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador mercantil, el notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda, comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el “Registro Público Concursal”.»”

²⁵⁵ En referencia a si es solo inicio o la existencia de dichas comunicaciones y postulando por la primera vid HERNANDEZ RODRIGUEZ MM Y ORELLANA CANO N <<Deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5)>> en *Tratado Práctico Concursal*. Dr. Prendes Carril AAVV Tomo I , Cizur Menor 2009. pg. 212.

- Posteriormente podrán adherirse otros acreedores que no sean de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en la disposición adicional cuarta.
- El resto de los acreedores financieros, más allá del 51% firmante, podrán ser afectados dependiendo de nuevas mayorías que se computan en virtud de pasivos o conjunto de garantías.

Una problemática al efecto es considerar la posibilidad- ya avanzada- de presentar una comunicación simplemente indicando el inicio de dichas negociaciones y sin marcar un objetivo en concreto; otra la posibilidad de acumular varios de dichos objetivos.

En principio parece que dicha comunicación tiene anexo un objetivo esencial y por lo tanto deberá identificar el mismo a los efectos de la misma. Pero la incompatibilidad recogida en el último apartado, mezclando cualquiera de estas, hace que solicitada una no pueda presentarse otra, sea cual sea el objetivo perseguido, en la siguiente anualidad²⁵⁶.

Es claro que la comunicación del AEP conlleva un objetivo muy distinto a los demás. No solo no es realizada facultativamente por el deudor sino que deriva de la misma solicitud por ante el notario, registrador mercantil o cámara de comercio respectiva. El cierre se produce igualmente mediante una comunicación en tal sentido.

La comunicación de inicio de negociaciones para una disposición adicional cuarta conlleva un objetivo más concreto que cualquier otra negociación (al margen la de AEP); consiguiente a dicha comunicación debería seguir, de tener éxito, una nueva solicitud de homologación de dicho acuerdo. Por lo tanto se convierte en un primer paso, no necesario y sí facultativo, para proteger el periodo de negociaciones que se dirige a dicha homologación. De esta forma podríamos diferenciar dos objetivos diferentes:

- a) La comunicación para la disposición adicional cuarta se dirige a proteger el proceso de negociación con los acreedores financieros y facilitar a otros, que no sean de derecho público, su adhesión voluntaria.
- b) La solicitud de homologación se dirige a proteger el acuerdo mismo.

No distingue, por otra parte, la norma entre insolvencia actual e insolvencia inminente. Dicho de otra forma: si lo que se pretende es una refinanciación de deuda el objetivo final no puede partir de una base inicial de “*punto de no retorno*”. Distinto sería el supuesto de la pretensión dirigida a obtener adhesiones para un convenio. En este caso la insolvencia podría clasificarse de inminente o de actual y se toman en consideración las circunstancias concretas (objetivas) del artículo 2 de la LC. Sin embargo en materia de refinanciaciones debemos distinguir dos apartados: (i) Por un lado el supuesto de AEP. En estos casos la norma se desarrolla en el Título XI y parte de la necesidad de

²⁵⁶ Con anterioridad ya se habían pronunciado GARCÍA ALEMAN DE LA CALLA- *El presupuesto...*, op. Cit, pg. 194, ETXARANDIO HERRERRA E *J Manual de derecho concursal*. 2009. pg. 196 o ALONSO ESPINOSA FJ, <<Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el RDL 3/2009.>> *AdC*, 21. 2010-3, pg. 154, sobre ello entendiendo ese objetivo pero de forma cumulativa. Otros autores como AZNAR GINER *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Tirant. 2014, han justificado que ello no estaba amparado en el viejo 5.3 LC y que la ampliación actual no limita el que debe partirse de un objetivo concreto que no podrá ampliarse. Pg. 75.

garantizar, entre otros, que se tiene suficiente para atender los gastos derivados de dicho proceso. (ii) En segundo lugar cualquier supuesto de refinanciación del 71 bis LC o adicional cuarta, en donde se pretende también salir de esa situación de *distress*.

En el derecho inglés esta situación ha sido recientemente resuelta por la Corte Suprema²⁵⁷ partiendo de la necesidad, para poder entrar en un proceso de negociación, que la empresa tenga activos suficientes para atender la deuda respecto de la cual quiere acordar. Y utiliza para ello, también, un precedente importante en relación a los flujos de caja y por tanto en la necesidad de plantear la posible generación de flujos como elemento distorsionador de una situación de déficit²⁵⁸. Por tanto podría darse siempre que existan activos suficientes para atender a los pasivos e incluso en supuestos sin activos en función de los flujos de caja que pudiera derivarse de la gestión societaria en el plazo que se pretende atender la citada deuda.

No obstante en nuestro derecho podemos extraer implícitamente también que ello sea requisito imprescindible para entrar en el proceso de refinanciación a través de esa comunicación:

- a) Como hemos señalado así se prevé en el artículo 231 LC para los supuestos de AEP previstos también en la misma norma.
- b) En segundo lugar de las referencias que se recogen en su texto en tanto a que dicha comunicación lo es “...para alcanzar un acuerdo de refinanciación” y que “...podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5”.

Pero como hemos visto la norma evolucionó desde una “insolvencia actual” inicialmente hasta la eliminación de este requisito. Tan solo en el penúltimo apartado se recoge que, si no hay acuerdo, deberá solicitarse el concurso voluntario a menos que no se encontrara en estado de insolvencia.

La comunicación podrá realizarse, entonces, exista o no una situación de insolvencia; pero si finalmente no se alcanzan y se está en estado de insolvencia la consecuencia es la obligación de solicitar el concurso. El estado de insolvencia está implícito, por tanto, en aquellos segundos supuestos. Pero esta insolvencia debería partir de un punto de retorno y no de un punto de no retorno (*point of no return*). Este test de insolvencia, empero, ha sido eliminado tanto de la comunicación como, anteriormente, de la misma solicitud de concurso voluntario en nuestra normativa. Desde el principio el artículo 14 LC recoge la posibilidad de que el juzgador aprecie, en su conjunto, la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor. El apartado segundo del primero de los preceptos recogía que si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada. Este último apartado fue suprimido por la reforma de 2011²⁵⁹.

La actual redacción del apartado cuarto del artículo 5 bis LC puede parecer poner en duda esta argumentación, al recoger los efectos de dicha

²⁵⁷ Tribunal Supremo en el Fideicomisario BNY Corporate Services Ltd v Eurosail [2013] UKSC

²⁵⁸ BRIGGS J. *Re Cheyne Finance PLC* (No.2) [2008] Bus LR 1562

²⁵⁹ apartado 2 y se reenumera el 3 como 2 por el art. único.9 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Ref. BOE-A-2011-15938.

comunicación desde su solicitud *“hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias”* y enumerando por tanto cuales de ellas podrá suceder. Una mejor comprensión del sistema nos lleva a recoger la actual redacción, tras la reforma de la Ley 9/2015: Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1;

b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación Judicial del acuerdo de refinanciación;

c) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos;

d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio;

e) o tenga lugar la declaración de concurso.

Pero es evidente que la matización no es la apertura de posibilidades sino la extensión de los efectos en función del objetivo declarado con la solicitud y por tanto manteniéndose las razones que señalamos a tal efecto. De hecho las matizaciones de suspensión a los efectos de la adicional cuarta identifican que esa comunicación tendrá como objetivo la homologación posterior.

De igual forma al introducir la referencia que señala que el deudor deberá indicar en su solicitud cuales de dichos bienes son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial debemos delimitarlos en función del objetivo pretendido que será un instrumento a valorar a tal efecto por parte del juzgador.

3. Procedimiento.

3.1. Legitimación activa.

El artículo 5 bis se refiere al deudor sin más requisitos procesales. Ese deudor puede ser persona física o jurídica en los términos en que ya nos hemos referido. De esta forma será operativo lo previsto en los artículos 6 y 7 de la LEC. Debemos completar lo señalado con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley concursal que determina la legitimación para solicitar el concurso y por tanto – sin perjuicio de no ser aplicable el poder especial exigido en estos supuestos en el artículo 6.1 LC- el órgano de administración o liquidación en caso de personas jurídicas²⁶⁰.

²⁶⁰ En el periodo comprendido entre la entrada en vigor de la Ley 14/2013 y la Ley 40/2015, como ya señalamos en su momento, la redacción del artículo 3 había variado no recogiendo –

Si se trata de herencias la cuestión resulta aún más controvertida. El último apartado del artículo 3 señala, para los supuestos de concurso, que “[l]os acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario”. En este caso debemos considerar que los deudores (el deudor) no son ninguno de ellos sino la herencia misma pues queda limitada a los efectos de beneficio de inventario. En tal caso la comunicación podría ser presentada por cualquiera de estos legitimados para instar el concurso. La cuestión más polémica es si dentro de estos supuestos podemos considerar a los acreedores, en tanto no son deudor (tampoco ninguno de los anteriores en sentido puro), podrían motivar, tras la aceptación a beneficio de inventario esta negociación. Si bien hemos señalado que en puridad los herederos no son deudores lo cierto es que, del resultado de la satisfacción de deudas, estos serán los únicos que se verán privados o no de la herencia y por tanto (aun limitado en cuanto al caudal relicto) podríamos considerar que son “deudores” en la forma limitada establecida. De esta forma se excluiría al acreedor. El administrador de la herencia tendría facultad para solicitar el concurso y consecuentemente nada impediría incluir dentro de sus funciones la de negociación a los efectos de una mediación, negociación o refinanciación dentro de los términos de la más amplia posibilidad que se le otorga expresamente²⁶¹. En tal sentido el art. 1.026 del Código civil señala que el administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competen y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.

3.2. Competencia objetiva y territorial.

A todos los efectos la competencia es inicialmente clara en el marco del artículo 5 bis LC: “*El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso...*”; de igual forma el párrafo segundo cuando la comunicación la hace el registrador, notario o cámara de comercio. Esto nos llevaría- en cuanto a competencia objetiva- a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 86 ter) cuando en su apartado primero

como legitimado- al órgano de administración y liquidación. No obstante en la citada comunicación el problema es menor dado que se puede considerar incluido en el ámbito de las competencias del órgano de administración conforme a la Ley de Sociedades de Capital. Ello sin perjuicio de la posible avocación de competencias de gestión que el artículo 161 LSC permite tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (Ref. BOE-A-2014-12589).

²⁶¹ Ello sin perjuicio de los gastos derivados de la misma y de su concepto como acreedor. De conformidad al artículo 1020 del Código Civil: En todo caso el Juez podrá proveer, a instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescriba para el juicio de testamentaría en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y el artículo 1033 recoge que Las costas del inventario y los demás gastos a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y la defensa de sus derechos serán de cargo de la misma herencia. Exceptúense aquellas costas en que el heredero hubiese sido condenado personalmente por su dolo o mala fe. Lo mismo se entenderá respecto de las causadas para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero repudia la herencia

señala que “[l]os juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora”. Tras la reforma producida por la LOPJ 7/2015 la competencia en materia de personas físicas no empresarios es de los juzgados de primera instancia; y esta, a su vez- como competencia objetiva- nos determina su remisión a la ley concursal para delimitar la competencia territorial. En tal caso nos debemos ir al artículo 10 de la citada norma que es la que regula los diferentes supuestos que nos podemos encontrar.

No obstante lo anterior, la cuestión que se nos plantea no es esencialmente la de señalar las reglas de competencia que aparecen claras en cuanto a la normativa que ha de ser aplicada; sino, por el contrario, el posible planteamiento de supuestos derivados de la competencia (incrementados tras la citada reforma que otorga la competencia a los juzgados de primera instancia) en tanto a:

- a) Si el juzgado puede realizar algún tipo de exigencia en relación a esa comunicación de apertura de negociaciones para determinar su propia competencia.
- b) Si es posible que el juzgado se declare no competente territorialmente y sus efectos.
- c) Si es posible plantear, desde posiciones de terceros afectados, esta situación de incompetencia; y en tal caso si es posible plantear una declinatoria en estos supuestos.
- d) Cuál es el efecto de una comunicación realizada al órgano que no es competente pero que sin embargo ha admitido la comunicación.

Como la competencia en supuestos concursales es revisable de oficio de conformidad a lo previsto en el último apartado del artículo 5 de la Ley Concursal y la comunicación se realiza (salvo AEP) con origen y legitimación en el deudor común en la forma en que lo hemos definido, la competencia a los efectos de la comunicación del artículo 5 bis LC debería ser igualmente revisable de la misma forma.

Tengamos en cuenta que tras la comunicación la norma no recoge (o al menos no lo recogía hasta la Ley 9/2015) una resolución específica a tal efecto: *“El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen. Caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución.”* Es decir “extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor”.

Lo anterior ha hecho pensar que la publicación de dicho extracto parte de una resolución del secretario judicial que, primero, por aplicación del artículo 206.2.2º LEC deberá tener la consideración de admisión de demanda y por tanto se dictará decreto cuando se admita a trámite la demanda, cuando se ponga término al procedimiento del que el Secretario tuviera atribuida competencia exclusiva y, en cualquier clase de procedimiento, cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto.

Debemos ir a la redacción original del precepto introducido por la reforma 38/2011 para poder identificar las razones por las que inicialmente se ha considerado, en interpretación histórico-legislativa, que esta resolución corresponde al secretario judicial. El apartado tercero de dicha norma recogía, tras la presentación de la comunicación, que “[e]l secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor”.

Al margen de la anterior cuestión, lo cierto es que si partimos de una resolución tipo Decreto del Secretario Judicial la inadmisión a trámite o el planteamiento de oficio de la falta de competencia debería seguir, inicialmente lo previsto-conforme al anterior argumento- el régimen normal de una inadmisión de demanda o el planteamiento de oficio de una falta de competencia. Sin embargo nos encontramos con una simple comunicación en donde lo que se ha señalado por la doctrina es que se trata de un mero trámite que ninguna relación tiene con el posterior proceso salvo que este se dé finalmente.

Frente a ello se señala, cuando nos habla de los efectos de dicha comunicación que “[l]as ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación.” Lo cual no implica necesariamente que debamos partir de una resolución de la secretaría sino de un testimonio de dicha resolución, por ejemplo, de la misma.

La cuestión se complica aún más con la última reforma producida en 2014 en tanto esa comunicación da lugar a determinados efectos suspensivos respecto de determinados bienes y la posibilidad (discutida inicialmente e intentada aclarar con la tramitación parlamentaria que culmina en la Ley 9/2015) de que se señalen en una u otra jurisdicción la necesidad de los mismos. Es decir nos encontramos con una “comunicación” pero con efectos en otros procedimientos ejecutivos ya planteados o posibles que parecen competencia exclusiva del juzgador. A ello le añadimos la cuestión de la comunicación planteada desde el notario, registrador o cámara de comercio a partir de la admisión de un Acuerdo Extrajudicial de Pagos. Y por último la posibilidad (o no) de la personación de terceros en dicha causa.

A todo lo anterior hemos de añadir la modificación propuesta , y finalmente aceptada en la Ley 9/2015, con la enmienda del GP a la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 en donde se recogía – afectando al artículo 5 bis- que “[e]n su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado

siguiente.” Por lo tanto volviendo a una regulación anterior que ha sido arrastrada en cuanto a su interpretación.

Lo evidente es que el legislador ha querido que la citada comunicación se presente ante el órgano competente para conocer del concurso (y con la citada enmienda, ya aprobada, que se resuelva por Decreto del Secretario). Y por tanto cualquier presentación ante un órgano no competente no tiene o no puede tener la eficacia que finalmente se pretende o consigue. Es por ello que el resultado puede ser doble:

- a) Que el tribunal ante el que se presente entienda que no es competente para conocer y por ello dé traslado al Ministerio Fiscal y a la parte para que se pronuncien a los efectos de dicha competencia. Resuelta la cuestión la resolución a dictar no sería un Decreto por el que se tiene por hecha la comunicación sino un auto que así lo señalara a los efectos de una posterior apelación si utilizamos el criterio de inadmisión de demandas previsto en el artículo 206.1.2º. LEC.
- b) Que el tribunal ante el que se presente ni siquiera se lo plantee (en los términos en que se presenta esa comunicación y que serán vistos posteriormente); corolario de esto último es que se tendrá por hecha la comunicación pero sus efectos nunca se podrán dar al haber sido planteado ante un juez territorialmente no competente. En este caso el resultado podría ser igualmente doble:
 - a. En primer lugar que dicha falta de competencia se pueda hacer valer por ante el juzgado que ha tenido por hecha la citada comunicación. Como veremos es algo que viene siendo rechazado por los tribunales pero que en materia de la DA 4ª deberemos matizar.
 - b. En segundo lugar que no pueda hacerse valer por ante dicho tribunal (cuestión que parece ciertamente ilógica) y se haga valer por ante el juzgado que está conociendo o por ante el que se ha presentado una ejecución que resulte afectada por dicha comunicación. El efecto automático que quiere el artículo 568 LEC, tras su reforma, simplemente por el hecho de haber efectuado la comunicación por ante el juzgado mercantil competente afecta gravemente a la ejecución y por ello a la competencia constitucional atribuida a los juzgados y tribunales.

La práctica de los tribunales (arrastrada de su redacción histórica finalmente confirmada con la última reforma) puede ser también contrastada en el RD 892/13²⁶² en tanto la única referencia que se realiza a Decreto especificando la materia a la que se refiere es el 12.2 para los supuestos de admisión a trámite de un Expediente de homologación. El artículo 233.3 LC recoge específicamente la comunicación por parte del notario, registrador o Cámara de Comercio al juez competente para conocer el concurso.

La nueva redacción del precepto tras la Ley 9/2015 debería dejar zanjado el tema. En la misma se recoge que *“[e]n su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad*

²⁶² Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.

profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso.”

Lo anterior plantea por tanto una solución desde el legislativo amparada en un simple Decreto que señala que dichos bienes se consideran necesarios y que por tanto conlleva la posibilidad de controversia. Esta controversia surgirá normalmente respecto del ejecutante que podrá por ello personarse en la propia tramitación de la comunicación (algo que evidentemente no estaba antes previsto pero que presumíamos debería ser así). El régimen de recursos será el ordinario por tanto y la cuestión conllevará necesariamente los efectos de paralización de la ejecución en el juzgado en donde se esté tramitando hasta que se resuelva la cuestión objeto de discusión.

Pero por otro lado también nos encontramos con una posibilidad temporalmente no cerrada en tanto partimos de una comunicación en donde se señalan las ejecuciones respecto de bienes necesarios que se encuentren en tramitación. La posibilidad de ejecuciones posteriores conllevará necesariamente nuevo pronunciamiento por parte del juez competente. En este caso si el deudor comunica tres ejecuciones y posteriormente le es notificada otra (incluso comenzada antes de la comunicación) posterior a ella y antes de terminar el plazo de negociación es evidente que debe tener la posibilidad de señalar la necesidad del bien. En este caso deberá acudir nuevamente al juzgado y con ello una nueva resolución que también debe ser discutible mediante similar trámite que, por otro lado no está previsto.

En referencia a ello el trámite previsto inicialmente es comunicación con indicación de ejecuciones respecto de bienes que se consideren necesarios. Posibilidad de recurrir el citado Decreto por parte de los ejecutantes y resolución judicial. Si la comunicación es posterior el trámite similar debería ser un decreto del secretario (nuevo) también recurrible en el que se ponga de manifiesto esa necesidad respecto de esa nueva ejecución.

El plazo del recurso debería partir de la propia eficacia que se prevé en el procedimiento de ejecución y no desde la resolución por Decreto o la comunicación al deudor, si el ejecutante no está personado en el expediente.

La redacción actual de la norma prevé que las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Esto requiere por tanto una resolución del juzgador donde se ejecuta que será igualmente recurrible aunque nunca sobre la cuestión competencial que corresponde en exclusiva al juez del concurso; es decir sobre la necesidad o no del citado bien.

Sobre la posibilidad de que esa comunicación surta efectos al ejecutante o la misma resolución judicial que se dicte a efectos de poder recurrir el Decreto que se hubiera dictado entendemos aplicable lo previsto en el artículo 166.2 LEC: *“Sin embargo, cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiera dado por enterada en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal, surtirá ésta desde entonces todos sus efectos, como si se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de la ley.”*

4. Capacidad de postulación procesal.

Si bien no señala la norma si el deudor debe actuar representado por procurador y defendido por abogado, deberemos estar a las reglas generales de postulación y defensa previstas, y no matizadas en este caso, en la ley de enjuiciamiento civil. En tal sentido debemos partir de que se trata de una “comunicación” y que el precepto afirma que será el deudor el legitimado para ello. Cuando se trata de un acuerdo extrajudicial de pagos la norma recoge su solicitud a un notario, registrador o cámara de comercio y este será el que deba comunicar dicha situación al juzgado. A todos los efectos se trata de un proceso voluntario muy similar a lo previsto en el artículo 1811 de la LEC de 1881²⁶³ y hoy recogido en el artículo 1.2º de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria²⁶⁴ (Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas²⁶⁵). No obstante es un supuesto no excepcionado expresamente en la LEC de 2000 y cuya previsión en la citada norma de 1811, por esa analogía con la jurisdicción voluntaria, quedaría ciertamente insuficiente por remisión a sus artículos 4 y 10. Así tendríamos:

- a) No está expresamente previsto como exclusión en los artículos 23 y 31 de la LEC 1/2000.
- b) El régimen de los artículos 4 y 10 de la LEC de 1881 para jurisdicción voluntaria solo le sería analógicamente aplicable en tanto lo asemejáramos a dicho procedimiento. Y en tal caso el abogado sería necesario a partir de 2.404,048 euros. La nueva norma de jurisdicción voluntaria introduce en su artículo 3 importantes matizaciones que debemos destacar. Así se señala que tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley. Por lo tanto la analogía resulta ciertamente confusa en su aplicación. No obstante, - sigue diciendo- aun cuando no sea requerido por la ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente. En todo caso, será necesaria la actuación de Abogado y Procurador para la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición. De esta forma se matiza por ello la necesidad de postulación en los términos que señalamos.
- c) Se trata de un supuesto en donde la simple comunicación da lugar a efectos respecto de terceros y procedimientos ejecutivos que estos pudieran iniciar o hayan iniciado.

²⁶³ Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil

²⁶⁴ «BOE» núm. 158, de 03/07/2015

²⁶⁵ Debemos tener en cuenta que el proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria (ahora Ley 15/2015) ya se introdujo una mejor definición de estos expedientes. A tal efecto su artículo 1.2º señala: “Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta ley a todos aquellos que, estando legalmente previstos, requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso”. Serie A: Proyectos de Ley. 5 de septiembre de 2014 Núm. 112-1.

- d) Se trata de un supuesto en donde algunos tribunales han entendido que la calificación inicial de la naturaleza de un bien concreto como necesario puede exigir oír al solicitante. La reciente reforma de la Ley 9/2015 permite su discusión a través de las reglas del recurso de revisión pero en cualquier caso también con posibilidad de revisión posterior. Por lo tanto existe una oposición formal a ello.

Si tomamos en consideración el RD 892/2013 por el que se regula el registro público concursal resultaría que el régimen transitorio previsto en el artículo 8, en tanto no puedan ser remitidas las resoluciones de la sección primera de dicho registro (5 bis entre ellas) a través de la aplicación electrónica y el modelo por el personal judicial, las mismas serán entregadas al procurador del solicitante del concurso que de inmediato los remitirá al Registro Público Concursal. Si bien expresamente no señala nada al efecto de dicha comunicación la extensión del precepto nos llevaría a considerarlas incluidas en todos estos supuestos. Pero, de forma contraria, si el legislador así lo hubiera querido hacer valer lo habría recogido expresamente.

El artículo 22.1.2º LC añade a ello que “[A] los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada conforme al artículo 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo”. Esto conllevaría considerar la posibilidad de la aplicación de lo previsto en el artículo 6.2.1º LC (Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento apud acta).

En el acuerdo extrajudicial de pagos el artículo 233.3º LC sí establece que la comunicación que realiza el notario, registrador o cámara de comercio es una comunicación de oficio, lo que parece excluirla de ningún requisito más sobre postulación.

La doctrina²⁶⁶ se ha pronunciado señalando que no es necesaria esa postulación y defensa dado que, dice, no es aplicable el artículo 184.2 LC por no dar lugar a ningún procedimiento concursal, lo cual es evidente pero quizás no es ahí en donde se encuentre la cuestión objeto del presente. En sentido contrario²⁶⁷ otros autores consideran esa necesidad derivada de la falta de previsión.

A la vista de todo lo señalado parece más cercano a la realidad que no exista esa obligación de postulación y defensa en el momento de la comunicación por similitud con el régimen de acuerdos extrajudiciales de pago, dada su falta de previsión y por la naturaleza misma de esta comunicación. Sin embargo las modificaciones realizadas en el 5 bis parten de una inicial regulación en la que se manifiesta que el deudor pondrá en conocimiento del juzgado el inicio de las negociaciones e inmediato decreto del secretario del juzgado. Tras su

²⁶⁶ PULGAR EZQUERRA J, <<Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: Escudos protectores en el marco del RDL 3/2009.>> En *Implicaciones financieras en la ley concursal*. Dirs Alonso Ureba y PULGAR EZQUERRA, AAVV, Madrid 2009, pg. 72 y El Concurso, pg. 461 . Vid también manteniendo esta posición de la misma autora, << Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito.>> *RDCP* 23/2015. Pg. 35 .

²⁶⁷ ALCOVER GARAU G <<Aproximación al régimen jurídico contenido en el art. 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso.>> *RdCP* 20010-13, pg. 324.

modificación en el RDL 4/2014 (y anterior por la Ley 14/2013) se recoge que el secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario, por el registrador mercantil o cámara de comercio, en los términos que reglamentariamente se determinen. A continuación ello producirá los efectos previstos en el artículo 568 LEC:

1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo.
2. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución.

Se equipara por tanto el efecto de la declaración con el de la comunicación del 5 bis.

A lo anterior hemos de sumar que la citada comunicación conlleva:

- a) Determinados efectos que se recogen en el artículo 5 bis que son trascendentales para otros acreedores.
- b) Que las normas que hemos estudiado no recogen expresamente la excepción de postulación y defensa.
- c) Las comunicaciones previstas ante el Tribunal se recogen en el artículo 206.2.3ª LEC conforme a lo siguiente: “*Se dictarán diligencias de constancia, comunicación o ejecución a los efectos de reflejar en autos hechos o actos con trascendencia procesal.*” Si tiene trascendencia procesal deberíamos estar a lo dispuesto en el artículo 26.2.8º LC en el que se recoge como competencia del procurador: “*A la realización de los actos de comunicación y otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que su representado le solicite, o en interés de éste cuando así se acuerde en el transcurso del procedimiento judicial por el Secretario judicial, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales*”. Y ello porque el artículo 23 LEC no lo excluye expresamente.
- d) Que el plazo concedido para la presentación del concurso de acreedores tras la comunicación es un plazo procesal con requisitos de postulación.

Se habla, finalmente, de conveniencia y no exigencia derivado de la propia naturaleza de la comunicación. Pero ello pugna contra lo dispuesto en el artículo 543 LOPJ en tanto prevé la representación en exclusiva de procuradores en representación de las partes salvo que la ley autorice otra cosa.

Una reciente y última oportunidad para aclarar todo ello ha venido de la gran reforma rituaría que se produce con la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de

reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil²⁶⁸. El legislador modifica, entre otros, los artículos reguladores de la postulación y defensa. Cuando se refiere a ellos mantiene la no necesidad sin considerar estos actos de comunicación ni en un sentido ni en otro.

5. Plazo para la solicitud y efectos de su incumplimiento.

El artículo 5 bis se estructura en relación al artículo 5 LC y con importante referencia al 165.1.1º LC respecto de la calificación. Su apartado segundo señala que esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

Cuando se remite al citado precepto debemos entender que la citada comunicación debe hacerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Y con ello operando la presunción, salvo prueba en contrario, que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente.

Todo lo anterior tiene importancia respecto de la calificación culpable del concurso cuando el artículo 165.1.1º LC recogía, con anterioridad a la reforma de la Ley 9/2015, que se presume la existencia de dolo o culpa grave, como uno de los elementos de culpabilidad del artículo 164. 1 LC y salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso; entendiéndose por los tribunales que este incumplimiento se dará en los supuestos que excedan (con relatividad) lo previsto en el artículo 5. La actual redacción mantiene la presunción iuris tantum pero sin embargo lo hace no respecto de uno de los elementos de culpabilidad sino respecto de la misma culpabilidad del concurso.

La cuestión trascendental en este momento es determinar si una comunicación en tal sentido, y mayormente tras la reforma producida en el precepto con la Ley 9/2015, debe ser controlada o no por el tribunal en virtud de que el mandato recogido en la norma sea considerado imperativo. Si la ley señala que podrá realizarse en cualquier momento antes de que transcurra dicho plazo que se presume de dos meses: ¿Sería posible formular una comunicación con posterioridad? ; ¿Debe el órgano judicial controlar dicho plazo o simplemente sirve con la manifestación inicial del deudor y sin perjuicio de su valoración posterior en una posible calificación?

Nuevamente la práctica de los tribunales ha venido siendo la de tener por formulada la comunicación sin más requerimientos que los de la simple manifestación de quien la formula.

²⁶⁸ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 239, de 06/10/2015.

Pero la cuestión trascendental vuelve a estar en los efectos que se producen como consecuencia de dicha comunicación tardía. En tal caso no parece consecuente con la pretensión que se paralicen o suspendan ejecuciones si dicho criterio temporal ha sido incumplido; con ello se incumple el equilibrio que impone la citada Recomendación de 2014 de la Comisión Europea. Y esto nos lleva nuevamente a entender no solo la dificultad de ese planteamiento temporal en una simple comunicación sino también en el tribunal competente a tales efectos:

- a) ¿Podría entonces un acreedor acudir al expediente abierto en el juzgado para oponerse a esa resolución señalando que (simplemente por ejemplo con una publicación en boletín oficial de una sanción administrativa) se ha incumplido dicho plazo?
- b) ¿Podría, por otro lado, acudirse al juez donde se vaya a conocer la ejecución o se esté conociendo y que haya sido admitida a trámite y suspendida para alegar este incumplimiento temporal?

El legislador entiende, con esa formulación temporal, que el deudor que realiza la comunicación tardíamente no está ya en condiciones de realizar ningún supuesto de negociación a efectos de refinanciación. Sin embargo será muy posible que finalmente si se consiga en virtud de las características esenciales de su deuda. Incluso en estos supuestos tardíos es posible (y así lo ha apreciado la jurisprudencia en algún supuesto) que la tardanza por reproducir alguno de los supuestos del artículo 2 LC vaya acompañada de alguna medida realizada o intentada por el órgano de administración que , *ad limine*, pretenda evitar esa situación de insolvencia o salvarla.

Pero cuando se dicta una resolución por la que se tiene por hecha la comunicación la evidencia nos vuelve a llevar al artículo 568 LEC y con ello a los efectos automáticos de esa paralización o suspensión de ejecuciones. La reciente reforma producida por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil²⁶⁹ recoge, aunque para declaración de concurso, esa automaticidad también en supuestos de subasta (vid. arts.649.1.2º y 691.5 LEC). La reforma de la Ley 42/2015 añadirá efectos importantes a ello.

Esto ha llevado a algún autor²⁷⁰ a hablar de eliminación del requisito de tempestividad de la comunicación al no existir a priori un control judicial y manifestarse el mismo a posteriori en el proceso concursal. En tal sentido señala: *“En definitiva, la norma no prevé ese control judicial inicial, ni atribuye al juez una actuación que signifique la admisión de esta comunicación, a modo de condición necesaria, para que la misma surta los efectos dispuestos en el tan citado art. 5 bis LC (modificación del ámbito temporal de la exigibilidad del deber de instar el concurso).”* Claro que lo anterior se plantea, por el mismo autor, desde la redacción anterior de la norma que expresamente preveía la intervención del secretario en la forma ya señalaba y que abogaba por la afirmación que el mismo realizaba conforme a lo siguiente: *“Por otra parte, no habrá que dejar de lado cómo con la presentación de su comunicación el deudor no impetra tutela judicial alguna sino que, antes bien, se limita a realizar*

²⁶⁹ «BOE» núm. 167, de 14/07/2015

²⁷⁰ GARCÍA CRUCES, JA. <<Deber de instar el concurso>> *Enciclopedia de derecho Concursal* 2012. Pgs. 988 y ss.

una mera comunicación, que constituye un hecho al que la LC anuda ciertas consecuencias (vid. inciso final art. 5 bis.2 LC). Con su escrito de comunicación, el deudor comunicante no pretende «la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la Ley» (art, 5LE Civ).». Ahora, al introducirse nuevos efectos derivados de esa comunicación y que se refieren a la tutela judicial efectiva solicitada por terceros en otros procesos la cuestión resulta ciertamente afectada.

Lo anterior supone entonces la recuperación de la necesidad de atender al criterio temporal para que se produzcan dichos efectos pero su análisis en la comunicación resulta no solo problemático sino prácticamente imposible. Será un análisis posterior que podrá dar lugar a generar daños y perjuicios. Esto no exime al deudor de señalar las circunstancias iniciales que motivan esa petición en ese momento y que esa afirmación pueda ser tomada en consideración en esos momentos posteriores.

Por otro lado estaría la extensión de esa comunicación en cuanto al periodo de negociaciones abierto. En tal caso el citado precepto señala que transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia. La trascendencia procesal de lo señalado parte de la expresa regulación del plazo de un mes como hábil y por tanto la consideración de plazo procesal con los efectos del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El computo inicial de la misma parte de la presentación de la comunicación como *dies a quo* pero no desde la resolución (Decreto) que la tenga inicialmente como hecha. Desde la presentación de la comunicación se producen los efectos que la misma señala aunque algunos limitados a la constancia en el proceso ejecutivo concreto. Las limitaciones previstas quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en dicho apartado, añadiéndose, tras la reforma de la Ley 9/2015, que las limitaciones previstas quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos para negociación.

6. Formalidades de la solicitud.

Planteada como una simple “comunicación” de carácter facultativo (salvo lo dispuesto para el AEP una vez iniciado) bastaría con determinar los elementos esenciales que motivan los efectos que señala la norma²⁷¹. En tal caso:

²⁷¹ La profesora SENES MONTILLA C, <<La limitación de derechos....>> op. Cit. señala a tal efecto que “La norma no exige, de forma explícita, un contenido concreto, y ni siquiera la aportación de un principio de prueba del inicio de las negociaciones. Pero tal omisión no puede –no debe– suponer que la sola afirmación del deudor sea suficiente para desencadenar la

- Identificación expresa y legítima de quien presenta esa comunicación.
- Acreditación de los criterios de competencia del juzgado. Quizás en este caso y como comunicación simplemente su referencia.
- Identificación de los bienes que se consideran necesarios a la actividad. En este caso debemos tener en cuenta los diferentes criterios, que posteriormente veremos al respecto de los efectos que produce.
- Representación procesal conforme hemos señalado anteriormente en los supuestos en que así se ha optado por ello.
- Petición del carácter reservado o no de dicha solicitud. En tal sentido la petición parte de que el deudor solicite expresamente el carácter reservado de la comunicación de negociaciones. El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento. Como vemos es la primera y única vez, en referencia a dicha comunicación, que el precepto se refiere a ello como “solicitud”.
- Enumeración (tras la reforma de la Ley 9/2015) de las ejecuciones que se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial.
- Enumeración, en su caso, de las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

Es interesante en este sentido detenernos inicialmente en ello puesto que cuando el precepto habla de la comunicación la diferencia de la solicitud de homologación de los acuerdos derivados de la disposición adicional cuarta que posteriormente veremos. Esa comunicación se convierte, en cuanto al carácter reservado, en solicitud expresa al órgano judicial. Por tanto se trata de una institución de carácter mixto, cuanto menos.

7. Admisión, inadmisión, desistimiento y recursos.

Ya hemos señalado que la “comunicación” tiene un carácter híbrido en cuanto a tal comunicación y a ser, igualmente, una herramienta en la que puede instrumentarse la solicitud de privacidad y carácter secreto que hemos referido. También que la competencia viene determinada por una regla concursal: será competente el juez que lo fuere para tramitar el posterior concurso. De igual forma hemos señalado algunos requisitos esenciales formales que debe contener esa solicitud y los objetivos pretendidos con la misma.

De conformidad a ello el siguiente planteamiento es la posibilidad de que la citada comunicación se tenga por no presentada por no cumplir esos

limitación del derecho de los acreedores a la ejecución forzosa. En este sentido, parece conveniente la justificación, al menos, de una propuesta inicial que dé sentido a las negociaciones, so pena de propiciar el fraude procesal (art. 247.2 LEC).”

requisitos²⁷² o por no ser el tribunal competente; y en estos supuestos el planteamiento de una posible falta de competencia de oficio planteada por el Tribunal, la posibilidad de subsanación en su caso, la posibilidad de desistimiento de la misma y los recursos que pudiera haber respecto de cada uno de los mismos, incluida la admisión en tanto imperfecta e incluso respecto de otros posibles interesados.

Si de lo que hablamos, conforme al apartado cuarto del artículo 5 bis LC, es de “*la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación*” la misma deberá instrumentarse por decreto tal y como ha aclarado la reforma de la Ley 9/2015. La referencia a decretos es la única que se realiza, cuando de ello se trata aunque sin distinción, en el RDL 892/2013 sobre publicidad concursal. El Decreto, conforme al artículo 206.2.2º LEC, se dictará en cualquier clase de procedimiento, cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto. No vamos a entrar en una nueva discusión acerca de la citada resolución; partimos de que pueda ser esta la que se dicte. En cualquier caso también diligencia de constancia de conformidad al siguiente apartado. Si lo consideramos una simple comunicación sin más trascendencia la resolución inicia y pone fin a lo que del citado “procedimiento” pudiera derivarse. Resulta nuevamente difícil conciliar esto con lo previsto en el artículo 208.2 LEC en tanto que señala que los decretos serán siempre motivados y contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo. Pues si es simple comunicación y se deja constancia, simplemente, de ello no se entiende la necesidad de fundamento. Hemos, no obstante, señalado más arriba que además la norma establece la necesidad de control de oficio de la competencia, de las formalidades y documentos acreditativos de la legitimación, postulación y defensa en su caso y, finalmente, lo que pudiera incidir en los efectos derivados de la consideración o no de un bien como necesario a efectos de la suspensión o imposibilidad de ejecución. En tal sentido podría entenderse esta necesidad de fundamentación más allá de una simple diligencia. A su vez el incumplimiento de esos requisitos podría conllevar el no tener por bien hecha la comunicación y en tal caso el Decreto conllevaría el final del citado “procedimiento”. En uno y otro caso se inicia y termina con el citado decreto al margen de la necesidad de publicación del mismo conforme hemos señalado. No sería por tanto aplicable el artículo 451.1

²⁷² Tengamos en cuenta en este sentido la STC. 36/86 de 12 de marzo (requisitos formales y subsanación de defectos) Fto. Jco. 2: «...los trámites formales no deben ser exigencias cuyo incumplimiento presente siempre el mismo valor obstativo que operaría con independencia, en principio, de cuál sea el grado de inobservancia del requisito, su trascendencia práctica o las circunstancias concurrentes en el caso. Al contrario, han de analizarse teniendo presente la finalidad que pretende lograrse con ellos para, de existir defectos, procederse a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con la entidad real del derecho mismo, medida en función de la quiebra de la finalidad última que el requisito formal pretendía servir. De esta suerte cuando esa finalidad pueda ser lograda sin detrimento alguno de otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto, más que a eliminar los derechos o facultades que se vinculan a su cauce formal, lo que, con mayor razón, debe sostenerse cuando el efecto que pueda producir la inobservancia de un requisito formal sea precisamente el cierre de la vía de recurso. Esta interpretación finalista y su corolario, la proporcionalidad entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto, no es sino una consecuencia más de la necesaria interpretación de la legalidad ordinaria en el sentido más favorable a la efectividad de un derecho fundamental.»

LEC (Contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el Secretario judicial que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la ley prevea recurso directo de revisión) sino el art. 454 bis LEC en tanto cabrá recurso directo de revisión, que resolverá el juzgador, contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto. Frente a dicho auto procederá recurso de apelación de conformidad a lo previsto en el artículo 455.1 LEC: autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale, serán apelables.

Si hablamos de auto la resolución tiene los mismos efectos de terminación del proceso y por tanto con la posibilidad de recurso de apelación en el mismo sentido.

La problemática vuelve a plantearse sobre la consideración de la naturaleza del acto de comunicación en tanto a “acto procesal” y por ello en la posibilidad de desplegar ese carácter que, como hemos visto, sí que reconoce el citado RD sobre publicaciones. Los autores²⁷³ señalan que “[l]a doctrina suele afirmar que son actos procesales aquellos que desarrollan sus efectos primarios, directos y específicos, legalmente previstos, en la constitución, desarrollo y fin del proceso. A este conjunto de actos ordenados legalmente se le suele llamar procedimiento. Dicho de esta manera, parece oportuno hacer dos observaciones: La primera, es que siendo el proceso ese conjunto de actos que lo conforman, no puede ser algo distinto al propio acto procesal; desde este punto de vista, parecería mucho más acertado afirmar que acto procesal es no sólo el que conforma el proceso sino también el que hace posible una relación o una situación procesal, deduciéndose de él un derecho, una carga, una facultad, etc. procesal. La segunda observación es que no todo acto que produce efectos procesales puede considerarse un acto procesal.” Algún autor²⁷⁴, antes de las citadas reformas, ha señalado que “dado que con la comunicación no se deduce acción alguna y que se trata de una actividad orientada a crear las condiciones para que puedan prosperar la pretensión que se desea plantear, como es la de ampliar el margen de maniobra del deudor para que pueda obtener las adhesiones precisas para promover la declaración de concurso voluntario y acompañar a la solicitud la correspondiente propuesta” su finalidad es instrumental.

En tanto voluntaria también deberá estar sujeta a la posibilidad de desistimiento por parte de quien la presenta. En tal sentido la petición de desistimiento es un acto procesal que puede encontrar límites en el apartado 6 de la citada norma en tanto parte de la imposibilidad de volver a realizar una nueva comunicación si ya la ha realizado anteriormente. Pero si la inadmisión se produce por no cumplir alguno de los requisitos antes señalados o por falta de competencia es evidente que esa posibilidad no está cerrada. El precepto habla de “formulación” (Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año) pero esta debe ser matizada en tanto a su “admisión” en cualquiera de los supuestos y de

²⁷³ CORTES DOMINGUEZ V, *Introducción al derecho procesal*. Pg. 239. Tirant. 5ª edición 2011.

²⁷⁴ DAMIÁN MORENO 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)*. Pg. 172.

conformidad a cualquiera de las formas (actos procesales) que hemos señalado.

Siguiendo en este sentido a la doctrina²⁷⁵ “[C]uando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad judicial, el «lado extremo de la actividad procesal » (Prieto-Castro), «una consideración meramente formal del proceso» (Gómez Orbaneja) o «el fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo» (De la Oliva).” Y por lo tanto y siguiendo al mismo autor existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en que el juez no actúa jurisdiccionalmente); de esta forma la comunicación sería uno de esos actos que suponen un procedimiento judicial por haberlo así querido el legislador. La nueva redacción del artículo 5 bis LC , que incluye efectos importantes respecto del mismo plantea la problemática de considerar la citada comunicación tan solo como un acto no jurisdiccional. El legislador ha querido que el juez que pueda conocer del procedimiento concursal posterior sea también quien controle el periodo de negociación que pudiera dar lugar, en caso de fracaso, al posterior concurso de acreedores. Incluso en nuestro supuesto la homologación posterior de esos acuerdos a efectos de su eficacia y protección.

La reforma producida por la Ley 9/2015 parte de decreto del Secretario y posterior recurso por ante el juzgador que deberá resolver mediante auto. El régimen pretende con ello distinguir entre un simple acto de comunicación sin discusión y una resolución judicial cuando se plantee un conflicto. Pero la resolución sigue siendo trascendente hasta tal punto que si queremos hacer valer la misma en otro juzgado (el que está ejecutando) será el juzgador de dicho procedimiento el que tendrá que resolver paralizando la ejecución como no podría ser de otro modo.

8. Publicidad.

Ya hemos señalado que la publicidad parte de uno de los requisitos formalmente previstos en la comunicación. El deudor podrá o no darle a ello un carácter reservado.

Esa publicidad parte igualmente de una resolución del secretario judicial que ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor. Para ello debemos atender a lo dispuesto primero en el artículo 198 LC y , en segundo lugar, por el RD 892/2013²⁷⁶ cuyo objeto es también, proclamado, de carácter procesal en su primer artículo: al objeto de asegurar la difusión y publicidad de las resoluciones procesales dictadas al amparo de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y de los asientos registrales derivados del proceso concursal, así como los mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que deban constar la declaración del concurso y sus vicisitudes.

²⁷⁵ MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* I. pg. Tirant 19ª edición. 2011.pg. 303.

²⁷⁶ Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal

Debemos tener en cuenta que el artículo 198 LC no recoge ninguna referencia a la comunicación del artículo 5 bis y que es este mismo el que se refiere al citado registro público. Dicho registro tiene, conforme a dicho precepto, un valor meramente informativo o de publicidad notoria²⁷⁷. El mandato del legislador es que reglamentariamente se desarrollarán la estructura, contenido y sistema de publicidad a través de este registro y los procedimientos de inserción y acceso, bajo los principios siguientes:

1.º Las resoluciones judiciales podrán publicarse en extracto, en el que se recojan los datos indispensables para la determinación del contenido y alcance de la resolución con indicación de los datos registrables cuando aquéllas hubieran causado anotación o inscripción en los correspondientes registros públicos.

2.º La inserción de las resoluciones o sus extractos se realizará preferentemente, a través de mecanismos de coordinación con el Registro Civil, el Registro Mercantil o los restantes registros de personas en que constare el concursado persona jurídica, conforme a los modelos que se aprueben reglamentariamente.

3.º El registro deberá contar con un dispositivo que permita conocer y acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de las resoluciones e información que se incluyan en el mismo.

4.º El contenido del registro será accesible de forma gratuita por Internet u otros medios equivalentes de consulta telemática.

En la sección primera, de las tres que existen en el mismo en la actualidad y pendiente del desarrollo del artículo 198 por reglamento (Sección primera, de edictos concursales) se insertarán, ordenadas por deudor o concursado y dentro de cada procedimiento por fecha de su adopción, la resolución por la que se deje constancia de la comunicación de negociaciones prevista en el artículo 5 bis y las resoluciones procesales que deban publicarse conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Ley Concursal y demás preceptos que a aquél se remiten. Conforme al artículo 8.2 del citado RD en

²⁷⁷ En tal sentido existe cierta contradicción entre las publicaciones recogidas en la ley concursal y los efectos que las mismas pudieran tener en el derecho de las partes. Así por ejemplo el apartado dos del artículo 95 Lc recoge, a efectos del informe de la administración concursal, que la presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se notificará a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. Y de la misma forma el 96.1 LC señala que las partes personadas podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Para los demás interesados el plazo de diez días se computará desde la última publicación de las previstas en el artículo anterior. La contradicción deviene de la modificación del artículo 96.1 por el RDL 3/2009 y su no adecuación en el artículo 198 LC. No obstante lo anterior se mantiene por el legislador ese carácter informativo o de publicidad notoria. Conciliarlos nos lleva al 95.3 LC en donde se señala que el juez podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible, en medios oficiales o privados. Y por tanto esa posibilidad de impugnación de cualquier interesado no personado se computará si existe esta publicidad complementaria y no desde la publicación en el Registro Público por cuanto este tiene, y así es expresamente declarado, ese carácter. Ello no afecta a los derechos de esos otros interesados no personados en tanto ya se realizan las publicaciones del auto de declaración de concurso conforme a lo previsto en el artículo 23 LC que a tal efecto previene esa otra publicidad complementaria y además su publicación en el Registro conforme a lo que reglamentariamente se desarrolle.

relación con cada una de las resoluciones objeto de publicidad en la sección primera el documento remitido por el juzgado, contendrá los siguientes datos:

- a) Clase de resolución procesal en atención a su contenido tipificado.
- b) Identidad del deudor o concursado por su nombre o denominación social y el número de identidad fiscal si lo tuviere.
- c) La denominación y número de Juzgado, del Tribunal u Oficina judicial que la hubiere dictado, la identidad del Juez o, en caso de Tribunales colegiados, del ponente o del Secretario judicial cuando se trate de un decreto, el número de autos y la fecha de la resolución, con expresa indicación de si es o no firme.
- d) El contenido literal del edicto.
- e) Firma del secretario.

El artículo 6 de la citada norma recoge que los datos de carácter personal incluidos en las resoluciones concursales y en los asientos registrales insertados en el Registro Público Concursal en cualquiera de sus secciones serán cancelados dentro del mes siguiente a que finalicen sus efectos, sin perjuicio de su disociación para su utilización posterior.

El carácter reservado también ha sido cuestionado en tanto a su alcance limitado al citado registro o a las bases de datos que pudieran derivarse a través de los sistemas del CENDOJ como órgano encargado del Consejo General del Poder Judicial para la recopilación de las resoluciones judiciales de los juzgados y tribunales. En tal sentido se ha defendido la compatibilidad en cuanto al contenido de la resolución y a los afectados por dicha comunicación. Ello tiene sentido en tanto al carácter meramente informativo y de publicidad notoria que tiene el citado registro puesto que la misma se dirige a un conocimiento público de quienes están en dicha situación sin afectar a la posibilidad de conocimiento de las resoluciones judiciales por cuanto a lo que ellas pudieran contener a efectos ilustrativos.

9. Efectos generales derivados de la comunicación.

Los efectos derivados de la disposición adicional cuarta se estudiarán en su apartado correspondiente. Procede ahora plantear los efectos que derivan del artículo 5 bis LC en relación o interdicción con los efectos que, en sí misma, introduce la adicional cuarta y que han sido matizados, ligera pero trascendentalmente, tras la reforma de la Ley 9/2015.

El artículo 5 bis parte, como ya se ha visto, de la inexistencia de más efectos que lo previsto en el juego de dicho artículo y los artículos 15 y 22 de la LC. Es decir, durante el periodo de negociaciones no se permite proveer una solicitud de declaración de concurso necesario. Esa es la protección que inicialmente se quiso con la reforma de 2009. Con posterioridad y conforme avanza la reforma del mismo se introducen otros efectos más importantes cercanos a un posible “*term sheet*” con comunicación legal en donde la manifestación parte de dos premisas importantes:

- a) Comunico al Tribunal y por tanto a mis acreedores que me encuentro en un supuesto de insolvencia.

- b) Esto hará que por un cierto plazo de tiempo estos acreedores, en los términos fijados en la norma, no puedan continuar o iniciar ejecuciones respecto de mis bienes con el objetivo de facilitar la negociación y de impedir la obstaculización de ese periodo de negociaciones.

No prevé la norma, como hemos visto, que exista un control de la situación de retorno o no retorno para entrar en dicho periodo de negociaciones. Así que el efecto se producirá, sí o sí, una vez que se produce la comunicación.

Por otro lado debemos distinguir entre los efectos de la comunicación de los efectos del inicio del proceso de homologación previsto en la adicional cuarta. De esta forma:

- a) *Carácter reservado o no de la comunicación*²⁷⁸. Tal y como se ha expuesto la posibilidad de ese carácter reservado o no lo será a petición de parte y por tanto de quien comunica. En cualquier momento podrá solicitarse el levantamiento de dicho secreto. A tales efectos deberemos tomar en consideración que el nuevo Reglamento (UE) 2015/848 del parlamento y del consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (aplicable desde junio de 2017) matiza esa consideración de “no reservado” como “carácter público” y que ello dependerá su aplicación en tal sentido.
- b) *Imposibilidad de solicitudes de concurso necesario*²⁷⁹: Conforme al artículo 15.3 LC una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal. Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes:
- a. Tengamos en cuenta que para ello es importante lo dispuesto en el artículo 22 LC en tanto el concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario. Pero, conforme a su apartado segundo, la solicitud del deudor realizada conforme al artículo 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo. Esto, sin embargo, es matizado en el último apartado del señalado artículo, cuando recoge que por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior,

²⁷⁸ Nos remitimos en ello a lo ya señalado respecto de la publicación.

²⁷⁹ Vid a tal efecto FERNANDEZ 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 núm. 9 y Mercantil de Córdoba de 10 de septiembre de 2009).>> RdCP, o ALONSO ESPINOSA FJ, <<Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el RD-Ley 3/2009. >> AdC, Nº. 21, 2010, pgs. 143-162 pg. 154.

el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado.

- b. Lo anterior nos lleva a plantearnos si esa solicitud inicial de concurso necesario, antes de la comunicación, debería o no quedar paralizada o suspendida como consecuencia de la presentación de dicha comunicación. En principio la norma se refiere a dos supuestos concretos: (i) por un lado a solicitudes presentadas con posterioridad a la citada comunicación. En tal caso se dice que no se admitirán a trámite. (ii) En segundo lugar a solicitudes presentadas con posterioridad al transcurso del plazo de tres meses que fija la norma y antes de que transcurra el plazo de un mes hábil que la misma da para, en caso de no haber superado la situación de insolvencia, solicitar el concurso voluntario. Quedaría por resolver el tema de las solicitudes de concurso necesario que se hubieren presentado antes y partiendo de tres supuestos diferentes: (1) Que aún no hubieran sido admitidas a trámite. (2) Que si hubieran sido admitidas a trámite pero el deudor no hubiere sido todavía emplazado. (3) Que hubieran sido admitidas a trámite y el deudor emplazado. Dentro de esta última además en dos supuestos: (3.1) Que no hubiera transcurrido el plazo para oponerse. (3.1) Que hubiera transcurrido el plazo para oponerse pero aún no hubiere recaído auto resolutorio.
- c. De la redacción del artículo 15.3 LC parece claro que una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes. Y esto conlleva que se incluyan tanto las presentadas con anterioridad como las posteriores a dicha comunicación. Y también que las comunicadas con posterioridad al periodo de tres meses pero dentro del mes hábil siguiente deberán quedar suspendidas, de oficio, y proveídas una vez transcurrido dicho plazo. Si el deudor solicitar el concurso en dicho periodo se acumularán al concurso voluntario. Las presentadas, por tanto, con posterioridad a dicho plazo deberán proveerse. La única salvedad estaría en las admitidas a trámite con anterioridad a la comunicación en donde la norma parece no haberse detenido; quizás porque ya están admitidas a trámite y producen sus efectos y respecto de ellas nada se dice. Entonces la comunicación tendría ese límite en tanto no podría tenerse por hecha si ya hay una solicitud de concurso necesario admitida a trámite, esté o no emplazado el deudor. Si bien cuando el legislador ha querido este efecto lo ha señalado expresamente. Así el artículo 231.4 LC para AEP en donde se señala que no podrá solicitar un AEP el deudor cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite. Desvirtúa el sistema el art. 22.2 LC en tanto su redacción no ha sido acomodada a la situación concreta y parece permitir una suspensión de las mismas en

beneficio de esa posible negociación. La casuística que se puede generar es importante en tanto a la dilatación del proceso. Sirva por ejemplo el deudor que no puede ser localizado para ser emplazado y el colapso del juzgado. Podría conllevar un periodo más o menos amplio de localización una vez admitida a trámite la solicitud de concurso necesario. Si emplazado presenta la comunicación y le damos el efecto paralización o suspensión para negociar la dilación se proyecta un periodo mayor. No parece que esta sea la solución que quiere el legislador que específicamente no ha previsto esta situación²⁸⁰.

- c) *Retroacción de la fecha de solicitud*: De conformidad al artículo 22.1.2º LC a los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada conforme al artículo 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo. Al introducir el legislador la referencia de “ a los efectos de este artículo” se inclina en la interpretación del concurso voluntario o necesario al margen de los posteriores necesarios que se pudieran haber presentado. Sin embargo la presentación posterior y en el plazo de tres meses de negociación no va a ser proveída. Son solo los presentados en el plazo de un mes hábil siguiente el que quedan en espera de los acontecimientos futuros; es decir si se solicita o no el concurso voluntario. En tal caso y aunque el concurso se solicite con posterioridad, pero dentro de dicho mes, a una solicitud de concurso necesario (que queda en suspenso en el trámite de admisión) el concurso se considerará como voluntario. No obstante otros efectos derivados pueden ser, por ejemplo, el de la retribución del letrado y procurador director del procedimiento o incluso de los gastos derivados de la comunicación en tanto créditos contra la masa (84.2.1 LC) en lo que la AP de Pontevedra²⁸¹ ha venido a señalar como “Unidad de gasto”.

²⁸⁰ Posiciones diferentes mantienen FERNANDEZ DEL POZO L , <<Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los "acuerdos de refinanciación": el expediente registral preconcursal.>> *AdC*, Nº. 21, 2010, pgs. 9-80, pg. 208, QUINTANS EIRAS R. << Luces y sombras en la reforma de la propuesta anticipada de convenio concursal.>> *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* / coord. por José Antonio Gómez Segade, Angel García Vidal; Manuel Olivencia Ruiz (pr.), 2010, pgs. 755-768PG 762 Y AZNAR GINER E, *La comunicación el Artículo 5.3 de la Ley Concursal*. Tirant. 2011. Pg. 25.

²⁸¹ ST AP de Pontevedra, Sección 1, 13 de octubre de 2014. Rollo: 283/14. Asunto: Incidente concursal. Acción de reintegración) Número: 172 del CV 527/12. En tal sentido señala :” En primer lugar, porque la diferenciación o separación entre los honorarios o derechos de pre concurso y de concurso, o, dicho de otra manera, entre los honorarios para preparar el concurso y para presentar la declaración de concurso, es ficticia o meramente formal, al menos en los casos en que se decide presentar la solicitud, puesto que esa presentación responde necesariamente a un estudio o preparación previa que tiene como resultado la petición de declaración del concurso, en cumplimiento de lo establecido en el art. 5, en relación con el art. 2.3 y el art. 3.1 y 3, todos de la Ley Concursal. Si el deudor debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente, es evidente que la solicitud requerirá un análisis de la situación económica y la preparación de la documentación a la que se refiere el art. 6 de la Ley Concursal, en un proceso que terminará con la solicitud de declaración de concurso, que a su vez dará paso al trámite previsto en el art. 14 del mismo

- d) *Inicio o continuación de ejecuciones*²⁸²: Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales²⁸³ de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor²⁸⁴. Las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente o incluso antes cuando así lo resuelva el juzgador concursal cuando se ha planteado recurso contra la resolución del secretario. Distingue por lo tanto dos supuestos diferentes si bien referidos a “*bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*”²⁸⁵. A ello se unen varias excepciones:
- a. No impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado.
 - b. Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

La reforma producida por la Ley 9/2015 introduce a este respecto un apartado que no estaba en la norma con anterioridad, ni siquiera en la que deviene de la

texto. En este sentido, el art. 84.1.2º LC atribuye la consideración de créditos contra la masa “[L]os de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso”, lo que por supuesto incluye el pago de tasas judiciales, pero también los gastos generados para preparar la solicitud en cuanto que necesarios a tal efecto.”

²⁸² Un análisis general de ello realiza SENES MONTILLA C, <<La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”. *Anuario de Derecho Concursal* 33 Septiembre - Diciembre 2014

²⁸³ La reforma 17/2014 introdujo la referencia “extrajudiciales” que anteriormente no se encontraba.

²⁸⁴ En tal sentido la profesora SENES MONTILLA C, << la limitación...>>op. Cit señala :”... en el bien entendido sentido que el contenido de la prohibición es el embargo de estos bienes, que no el despacho de la ejecución –como erróneamente dispone el apartado 1 del artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, en la medida en que el auto de despacho no proyecta la actividad ejecutiva sobre bienes concretos del deudor (art. 551.1 LEC), ni siquiera en el supuesto en que el ejecutante haya designado bienes en la demanda ejecutiva (art. 549.1-3º LEC), sino que la afectación a la ejecución tiene lugar en un momento ulterior y mediante decreto del secretario (art. 551.3-1º LEC). Queda a salvo de esta consideración la ejecución contra bienes hipotecados o pignorados (art. 681.1 LEC), para los que la nueva norma dispone, precisamente, la limitación del contenido del derecho a la ejecución al mero inicio del procedimiento (art. 568.1 in fine LEC).

²⁸⁵ Esto dejaría fuera de cualquier supuesto a los deudores que no fueran empresarios.

misma (RDL 11/2014). A tal efecto establece que las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente. Esto no será aplicable a los supuestos de suspensión previstos para homologaciones con mayorías del 51% que se encuentra en el apartado posterior.

Al recoger la anterior referencia lo hace en relación (injustificada como redacción) al primer párrafo de ese mismo apartado; en tal caso a: “*Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación*”. Podríamos discutir al efecto si ello es aplicable a otras posibles ejecuciones posteriores iniciadas tras la presentación de la comunicación o que se pongan en conocimiento (y por tanto no se hayan recogido a tal efecto en la misma) del deudor con posterioridad a la misma. Es evidente que se trata de un defecto de redacción y que por lo tanto- tal y como hemos señalado- si también el régimen es aplicable a estas el efecto deberá serlo con extensión a las mismas.

La posibilidad de levantar esa suspensión o paralización parte igualmente del juzgador pero el trámite previsto parece limitarse a resolución judicial. Es decir no recoge la posibilidad de una comunicación posterior en el que el bien haya dejado de ser necesario para la continuidad de la actividad empresarial y con ello una resolución del secretario que a tal efecto así lo señale. Ello puede ser contradictorio con el efecto que se temporaliza al momento de la presentación de la resolución al juzgado que está ejecutando.

No obstante lo anterior entendemos que ambos supuestos son posibles. Tanto la comunicación voluntaria, la no presentación en el juzgado que está ejecutando y la resolución judicial que acuerde, finalmente, que no es necesario tras su tramitación en los términos en que hemos visto.

Los dos mayores problemas que se han planteado respecto de dichos efectos son:

a) El carácter o no automático de la citada suspensión.

Partamos o no de uno u otro tipo de resolución judicial conforme hemos visto, el artículo 568 LEC parece querer un efecto automático respecto de esa suspensión. En tal sentido señala que no se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución. De igual forma la reforma producida por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil en el artículo 551 de la misma requiere que previo a despachar ejecución el Secretario consulte el Registro Público concursal y comunique al mismo el

despacho de ejecución que se hubiera dictado. En el juego de dicha excepción se requiere por tanto:

- a. Que se haya efectuado la comunicación del art. 5 bis.

La cuestión inicial al respecto parece situarnos en una nueva problemática en tanto a la propia comunicación y a la resolución judicial por la que se tiene por hecha la misma. El artículo 568 LEC se refiere a que el deudor “haya efectuado la comunicación” sin más referencia. No obstante la resolución judicial del juzgado que deberá tramitar el concurso se hace necesaria en tanto, como hemos visto, existen límites y limitaciones que pueden conllevar a no tener por efectuada debidamente la misma.

- b. Que así se haga constar en el juzgado correspondiente.

La referencia que hace la norma a “que coste al Tribunal” no es desconocida en derecho concursal. Así en el artículo 56.2 LC²⁸⁶, referido a supuestos de paralización de ejecuciones de garantías reales, utiliza la misma expresión.

La problemática surgirá en tanto a situaciones en las que no conste, y se haya realizado la formulación y dictado la resolución judicial, al tribunal correspondiente y por lo tanto se hubiere admitido a trámite la citada ejecución. La redacción del precepto contradice la imposibilidad de inicio de ejecuciones a las que se refiere el 5 bis LC; y si la misma se puede conciliar con esta lo cierto es que también se contradice con la excepción prevista sobre la posibilidad de plantear ejecuciones de garantías reales y despachar ejecución si bien con posterior paralización.

El artículo 56.2 LC introduce igualmente una nueva situación cuando recoge, como supuesto de paralización, que las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán, si no hubiesen sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis. La norma se refiere a otros supuestos más allá de ejecuciones de garantías reales²⁸⁷ pero parece admitir la idea de que algunas ejecuciones sobre garantías reales referidas a bienes o derechos necesarios puedan continuar aún a pesar del 5 bis. La conclusión solo puede ser debida a situaciones concretas que hayan motivado cualquier supuesto extraño y que en cualquier caso están llamadas a ser suspendidas.

²⁸⁶ Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán, si no hubiesen sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis, desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

²⁸⁷ Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo: a) Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles. b) Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad. c) Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

En líneas generales habrán de integrarse ambas normas produciéndose la suspensión conforme señala la ley concursal y cuando conste al Tribunal concreto esa resolución del juzgado de lo mercantil.

- c. Que se refiera a bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Sobre la necesidad y/o afectación a la actividad empresarial o profesional de un concreto bien o derecho se han dictado una multitud de resoluciones judiciales en diferentes sentidos²⁸⁸. La ley rituaría se remite para ello a lo dispuesto en el artículo 5 bis. Es este el que determina el carácter de bienes o derechos necesarios para la continuidad y por tanto dentro del marco de insolvencia en donde se recoge la citada regulación.

Se había afirmado por algún tribunal²⁸⁹, con anterioridad a la reforma que se produce por la Ley 9/2015, que el juez mercantil no era competente objetivamente para conocer del carácter necesario o no del bien, correspondiendo al juez de primera instancia (el ejecutor en general)²⁹⁰ que estuviera conociendo la ejecución. Se fundamenta para ello en que *“al no haber concurso abierto, no contar con el título ejecutivo para valorar el carácter necesario del bien, no estar personado el ejecutante en este incidente, y que la nueva redacción del art. 568 LEC parece atribuirle al Juez de Instancia cuando dispone que no despachará ejecución cuando el demandado esté en situación de concurso o haya efectuado la comunicación del art. 5 bis de la LC respecto a los bienes necesarios para su actividad”*²⁹¹. En opinión contraria otros juzgados habían matizado, como ya hemos visto anteriormente²⁹², que basta con que así lo señale en su comunicación el deudor para considerar, sin entrar en mayor análisis, que es un bien necesario y que será posteriormente, en el supuesto de concurso, en donde se podrá valorar lo afirmado en ese precurso²⁹³. Este criterio fue seguido por la propuesta de enmienda del GP²⁹⁴ en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014: *“En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de*

²⁸⁸ AAP Ávila (Sección 1) 14.06.2011 (Auto 31/2011; Rollo 130/2011). (AAP, Civil sección 15 del 22 de Septiembre del 2010 (ROJ: AAP B 5121/2010); AAP, Civil sección 1 del 13 de Diciembre del 2011 (ROJ: AAP B 7158/2011); AAP, Civil sección 11 del 15 de Septiembre del 2011 (ROJ: AAP B 5499/2011); AAP, Civil sección 2 del 12 de Mayo del 2009 (ROJ: AAP GI 789/2009); AAP, Civil sección 14 del 15 de Diciembre del 2011 (ROJ: AAP B 6874/2011). II: AAP Barcelona (Sección 14) 08.06.2012 (Auto 135/2012; Rollo 314/2012). AAP Las Palmas (Sección 4) 07.04.2011 (Auto 62/2011; Rollo 314/2010). AAP Madrid (Sección 8) 09.05.2011 (Auto 90/2011; Rollo 201/2010). AAP Madrid (Sección 8) 22.12.2011 (Auto 279/2011; Rollo 709/2011). AAP Sevilla (Sección 5) 20.09.2011 (Auto 182/2011; Rollo 5265/2011). AAP Zaragoza (Sección 4) 17.02.2011 (Auto 72/2011; Rollo 573/2010)

²⁸⁹ Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, en Auto de 25 de abril de 2014

²⁹⁰ Por extensión a cualquier otro juez de cualquier otra jurisdicción.

²⁹¹ No obstante, este auto ha sido revocado recientemente por la Audiencia Provincial de Jaén (Auto nº 172/2014, de 26 de junio), al entender la Sala que ya que el Juzgado Mercantil es el competente para tramitar el expediente de comunicación, también debe serlo para determinar la necesidad o no del bien para la actividad del deudor.

²⁹² Auto de 16 de junio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada

²⁹³ Vid comentario de ambos supuestos en GURREA MARTINEZ A . <<La problemática paralización de las ejecuciones tras la reforma del artículo 5 bis de la Ley Concursal por el RDL 4/2014, de 7 de marzo.>> En *Revista e-Dictum* Nº 32, agosto de 2014.

²⁹⁴ Se produce como consecuencia de la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 mediante propuesta de enmienda número 26 del GP.

ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso.” Con posterioridad se introducirá, como hemos señalado, en la Ley 9/2015.

En el mismo sentido el Juzgado de lo Mercantil 2 de Barcelona²⁹⁵, señalaba que la aplicación del artículo 56.2 LC podrá hacerse analógicamente como proyección de los efectos de un posterior concurso. No tendría sentido poder ejecutar cuando el objetivo de la refinanciación es precisamente evitar la misma. Para algún autor²⁹⁶ la razón se sitúa en el ejecutor; y ello partiendo de que no se discute la competencia del juez del concurso en el ámbito concursal (56 LC) pero la misma – recoge- no se extiende al ámbito preconcursal (comunicación del art. 5 bis), al igual que no es extensible la atribución para conocer de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación (disp. ad. 4ª 5 LC).

“La competencia del juez ejecutor- según la reputada autora- viene avalada por varias razones: en primer lugar, por la falta de atribución expresa al juzgado de lo mercantil competente para la «comunicación del artículo 5 bis», cuya atribución se limita a dejar constancia de su presentación, mediante diligencia del secretario (cfr. art. 85.1 LOPJ; 45 LEC); en segundo lugar, y a remolque de la limitación anterior, porque el juzgado de lo mercantil no cuenta con datos concretos sobre la actividad y patrimonio del deudor, no pudiendo determinar qué bienes del deudor se verán afectados por las limitaciones ejecutivas al ser necesarios para el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor; y en tercer lugar, porque el tenor del artículo 5 bis –apartado 4– da por supuesta la competencia del órgano ejecutor para acordar la suspensión de las ejecuciones a partir de «la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación», pues no tendría sentido tal presentación si el órgano competente para acordarla fuera el mismo que la hubiera tenido por presentada. En todo caso, corresponde al deudor la carga de acreditar la actividad que se desarrolla a fin de que el órgano ejecutor pueda acordar la suspensión de la ejecución sobre los bienes necesarios para su continuidad.”

Otros juzgados han venido a realizar una inicial función de control mediante la solicitud de acreditación de dicha necesidad. Aunque referida a la reforma de 2011 los criterios adoptados por los juzgados de lo mercantil de Madrid con la citada reforma en el Seminario ²⁹⁷celebrado en 2012 recogían, aunque confundiendo la comunicación con la homologación en la redacción que se aprobaba, que *“las ejecuciones singulares comprendidas serán exclusivamente las despachadas a instancias de entidades financieras. No quedarán comprendidas otras ejecuciones seguidas a instancias de sujetos distintos. Tampoco quedarán comprendidos ni los apremios administrativos ni las ejecuciones de garantías reales, en este último caso ni siquiera aunque hayan sido instadas por entidades financieras. La solicitud deberá expresar cuáles*

²⁹⁵ AJM2 BCN de 10 de abril de 2013

²⁹⁶ SENES MONTILLA C, << La limitación...>> op. Cit.

²⁹⁷ « Novedades de la Ley Concursal introducidas por la Ley 38/2011. Criterios de la Audiencia Provincial de Barcelona en materia de arrendamientos urbanos tras la Ley de Medidas de Agilización Procesal

son las ejecuciones de esa clase (seguidas a instancias de entidades financieras, que no se destinen a la realización de garantías reales) que estén pendientes, con expresión de su número de procedimiento y Juzgado ante el que se tramiten. Si la solicitud no incluye tales datos, deberá disponerse su subsanación con carácter previo a la admisión a trámite.”

Con la nueva redacción parece que la limitación a acreedores financieros no estaría justificada en la actual redacción.

- d. Que se trate (por conjugación con la excepción anterior) de créditos privilegiados con dicha garantía. En concreto señala la norma que se trate de bienes o derechos (del deudor) sobre los que recaiga la respectiva garantía.

La cuestión que ello nos suscita es determinar si el acreedor (dado que el bien o derecho si entra en la esfera del activo del deudor) que ve paralizada su ejecución respecto de dichos bienes ha de serlo exclusivamente del deudor o también quedan sujetos a la norma otros acreedores cuando, por ejemplo, el deudor sea hipotecante no deudor. Aunque es evidente que el ámbito de aplicación es a los acreedores del deudor también cuando este actúe como garante aparece igualmente como una suerte de deudor²⁹⁸ en tanto a la propia garantía. No obstante el efecto de la negociación parte de dos importantes afirmaciones de la ley sin distinción entre tipos de acreedores:

- no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
- Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado.

A ello coadyuvaría lo señalado igualmente en el párrafo segundo del apartado 4 del art. 5 bis LC en tanto recoge específicas matizaciones en relación a los acreedores financieros.

- e. Que esa paralización respecto de la ejecución de dicha garantía real se realiza a los efectos del artículo 57.3 LC y para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución.

²⁹⁸ La STS Sentencia de 3 Feb. 2009, rec. 3128/2002 señala a tal efecto :” En segundo lugar debe también resaltarse con carácter prioritario que el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago, pero, en cualquier caso, ello carece, aquí y ahora, de interés, puesto que la condición de deudor o no (que entendemos no lo es); de mero "obligado" al pago o no (que consideramos que tampoco lo es, sin que quepa configurar un "tertium genus" entre deudor y no deudor, distinguiendo un obligado en sentido propio y un "obligado" sin dicho carácter); obligado de la propia obligación (de garantía) por él asumida; responsable no deudor; tercero o no (y ya cabe advertir que el ordinal tercero del art. 1.210 CC, a diferencia del ordinal segundo, no se refiere a tercero); fiador real (asimilado a la fianza) o no; etc., resulta irrelevante, porque lo que importa radica en "si tiene interés en el cumplimiento", que es la exigencia expresada en el precepto.”

Esta referencia se recoge exclusivamente en el artículo 568 de la LEC lo cual matizaría lo afirmado anteriormente aunque con ciertas reticencias. Si la relación existente entre la comunicación y la paralización lo es a los efectos de un precepto concursal es evidente que ello afectaría solo en cuanto también lo estuviere por este último y para el supuesto proyectado en que sucediera. Esto excluiría otros supuestos que no tuvieran dicha afectación proyectada concursal. Siguiendo con el ejemplo anterior (hipotecante no deudor que coincide con el deudor en precurso o concurso²⁹⁹) el planteamiento concursal será diferente si atendemos a las resoluciones que hemos señalado también de carácter distinto. Nos encontramos con tres supuestos: (i) Los que consideran que no están sujetos al concurso. (ii) Los que consideran que si debe contemplarse pero sujetos al proceso de ejecución concursal. (iii) Los que consideran que deben contemplarse por estar sujetos al marco concursal. En fase preconcursal lo cierto es que se trata de bienes o derechos del deudor en esa situación y que la normativa no distingue los tipos de deuda. Que en principio el marco de la refinanciación también afecta o puede afectar a los acreedores que tienen dicha garantía y por lo tanto el periodo- sin perjuicio de que deban aparecer o no a efectos de mayoría³⁰⁰- debería igualmente afectarles a ellos.

b) La naturaleza de bien o derecho necesario y el órgano competente para su declaración.

Nos remitimos a lo ya dicho al respecto sobre el tema al analizar, más arriba, la referencia a bienes o derechos necesarios.

10. Especial referencia a los efectos de la comunicación en materia de refinanciación.

Como efecto particular debemos resaltar lo señalado por el apartado cuarto del artículo 5 bis LC al que ya hemos hecho alguna referencia. La redacción anterior a la reforma de la Ley 9/2015 recogía: *“Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares³⁰¹ promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las*

²⁹⁹ Vid ST Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada de 18 de junio de 2014 (SJM GR 115/2014). En el mismo sentido del mismo tribunal ST 25 de febrero de 2014. En diversos sentidos JM Oviedo 3 de septiembre de 2007, Juzgado Mercantil de Madrid de 11 de enero de 2011, SAP de Pontevedra de 26 de septiembre de 2011, JM 1 de Bilbao de 9 de junio de 2009, JM 1 de Las Palmas de 24 de noviembre de 2009, SAP de Burgos de 16 de diciembre de 2011, AP de Córdoba de 7 de julio y 23 de septiembre de 2013.

³⁰⁰ Analizaremos este apartado posteriormente.

³⁰¹ La propuesta de enmienda 26 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 recogió: *judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor*

negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.” Con la citada reforma el texto queda de la siguiente forma: *“Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia”*.

El ámbito de aplicación de la citada norma es diferente:

1º. En primer lugar porque subjetivamente se refiere ya a acreedores financieros por la remisión al 51% que se recoge en la disposición adicional cuarta.

2º. En segundo lugar porque exige justificación de que ese porcentaje mínimo ha apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia. Se trata por lo tanto de un “*term sheet*” concreto con un *pactum de non petendo* y respecto de las ejecuciones singulares comprometidas que pudieran quedar al margen del ámbito de la norma general. Pero en sí mismo considerado carece de justificación que se inicie ejecución cuando se está negociando respecto de la propia deuda. El sentido se encuentra en lo que diremos a continuación.

3º. En tercer lugar porque el planteamiento es diferente en relación a esas afectaciones dado que no solo se produce respecto de los créditos y ejecuciones de los que sumen la mayoría que estén negociando, siempre que esta sea del 51% o más, sino que se produce un efecto arrastre de otros créditos con anterioridad a una homologación. Ello tenía, con anterioridad a la reforma, razón de ser en tanto posteriormente podrán ser arrastrados por la citada homologación en virtud de las mayorías que se señalan en la citada disposición adicional cuarta. Quizás podríamos pensar que no tiene razón de ser recoger algo que privadamente puedan ya las partes pactar entre sí y por ello extender el efecto de paralización previsto con mayorías, al menos, del 51% a otros acreedores en tanto se concluye dicho proceso. Esta explicación parece más lógica aunque la redacción seguía siendo confusa: a) Por un lado se refiere a acreedores financieros de la disposición adicional cuarta. b) por otra a mayorías como mínimo del 51%. Ambos supuestos nos llevan a la extensión de efectos de paralización a estos y a los demás acreedores financieros. Por otro lado se recoge el compromiso de los que han iniciado de no ejecutar. Esta última parece derivarlo a un ámbito subjetivo limitado a ellos mismos en virtud de la autonomía de la voluntad. Nuevamente si esto último es así no se entendería que se exigiera una mayoría mínima puesto que bastaría con el compromiso privado de estos. La norma podía, antes de la reforma, interpretarse en el sentido de afectar a todos los que inicien el proceso de refinanciación cuando al menos el 51% de los que lo han iniciado se hayan comprometido a no iniciar ejecuciones y por ello extensible a quienes si participen pero no se quieran comprometer. Pero dejaría nuevamente de tener lógica en tanto bastaría con salirse del proceso para poder ejecutar y quedar

fuera. La única explicación entonces es entender que esa mayoría vincularía también al resto de acreedores financieros siempre que al menos un 51% así lo hubiere acordado. Efecto extensivo y de arrastre de los efectos- valga la expresión- del inicio de negociaciones con comunicación del 5 bis LC y que no se daría si no hay comunicación. Y esto es lo que ha recogido la reforma de 2015 al determinar que se producirá sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio.

4º. Lo anterior nos llevaría a tratar igualmente si esas ejecuciones singulares que se suspenden por arrastre lo son igualmente de los acreedores financieros exclusivamente o no. Ciertamente en ello la redacción dada por la Ley 9/2015 nos lleva a plantearnos nuevas dudas. Así según esta reforma – literalmente- “[t]ampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor ...” ; pero la cuestión de paralizar otras actuaciones debería incluirse en tanto debemos entender que no lo es por el mismo hecho de que , como veremos, los acreedores comerciales o laborales podrán adherirse voluntariamente a ello. Por tanto se requiere la mayoría prevista de financieros pero afectará no solo a sus créditos financieros sino a cualquier otro que tuvieren y al resto de los acreedores que pudieran estar afectados por arrastre o finalmente pudieran adherirse. Ello nos llevaría a plantearnos un ámbito de suspensión aún mayor que la referencia a bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial; cuestión lógica cuando se prevé la homologación y arrastre al tener al menos esas mayorías que la norma indica.

5º. Todo lo anterior seguirá teniendo como límite los créditos de derecho público a los que la norma se refiere de esta forma: “*Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.*”

La reciente resolución de 28 de abril de 2015 del Juzgado de lo Mercantil 8 de Madrid³⁰² ha venido a plantear una cuestión novedosa acordando que son bienes necesarios, de conformidad al apartado cuarto del 5 bis, para la continuación de su actividad económica - con el efecto de paralización o suspensión- las compensaciones contractuales por entidades financieras de derechos de crédito en las cuentas bancarias abiertas en la misma por la solicitante y que se fundamentan en cláusulas previstas en los contratos bancarios.

La propia resolución viene a plantearlo desde el análisis de la prohibición de aplicación dichas cláusulas contractuales como consecuencia de los efectos no señalados por la norma y que (con toda prudencia conforme afirma) entiende que diferentes argumentos avalarían esta suspensión en analogía con lo dispuesto para ejecuciones extrajudiciales:

(i).- El espíritu de la norma contenida en el art. 5 bis LC es que el deudor con posibilidades efectivas y reales de reconducir su situación financiera mediante una refinanciación, ya concursal ya extraconcursal, pueda contar con un periodo general de espera de ejecuciones, si con ello va a mantener una actividad productiva en funcionamiento. Todo ello además, y de modo especial,

³⁰² Auto de 28 de abril de 2015. Juzgado de lo Mercantil 8 de Madrid. CLC 104/15-7ª.

con el periodo de tranquilidad frente a solicitudes de concurso necesarios, art. 15.3 LC.

(ii).- Dicho periodo general de espera es tan fuerte que incluso alcanza a ejecuciones de créditos que gocen de garantía real, al disponer el art. 5 bis.4 pf. 3º LC que “Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado”, efecto de paralización que en cambio es meramente relativo cuando ya está declarado el concurso, arts. 56 y 57 LC, lo que evidencia hasta que punto pretende el art. 5 bis LC ofrecer dicho beneficio de espera.

(iii).- El propio precepto se refiere tanto a ejecuciones judiciales como “extrajudiciales”, es decir, aquellos medios de realización que hayan podido establecer bajo pacto las partes contractuales, cuales quiera que sea su forma, siempre y cuando recojan la efectiva actuación de un derecho de crédito vencido, líquido y exigible contra el patrimonio del deudor, y siempre fuera del ámbito estricto de la compensación de créditos del art. 1.195 CC, que opera con automatismo legal.

(iv).- De hecho, en este sentido, en el ámbito concursal se prohíbe por tal razón el ejercicio o mantenimiento de derechos de retención, incluso aún que el mismo tuviere origen legal, no ya siquiera convencional, al disponer el art. 59 bis LC que “Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa”, y ello con la única y exclusiva excepción del ap. 3 del citado art. 59 bis LC, al señalar “no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social”, pero sí a todas las demás.

(v).- Los pactos contractuales que obran en los contratos de financiación aportados evidencian que la posibilidad de retención de saldos, y de realización de depósitos está constituida como forma de garantía de los derechos de crédito que resulten a favor de las entidades financieras, con toda abstracción a derechos de compensación legal. Por tanto, son equiparables, a estos meros efectos y en el marco estricto de esta valoración, a formas abiertas de realización del propio derecho, fuera de la vía judicial, pactadas contractualmente.

(vi).- Cuando la realización automática y unilateral del derecho de crédito por el propio acreedor, en atención al cobro contra bienes de naturaleza pecuniaria, vd. art. 634.1 LEC, se realiza con base en un pacto contractual, es equiparable a una ejecución extrajudicial, y resultaría contrario al espíritu del art. 5 bis LC, apuntado en el ap. (i) de este argumentario, excluirlo de los efectos de la norma.

(vii).- Tanto es así, que cuando la legislación ha querido proteger como forma propia de realización extrajudicial del derecho de crédito la compensación prevista contractualmente, lo ha explicitado, como ocurre en los supuestos de autotutela de las garantías financieras, en el Decreto Ley 5/2005, extremo que no parece extensible a garantías diferentes, asentadas en pactos contractuales de retención y cobro contra depósitos.

(viii).- Desde luego la objeción más seria a las anteriores conclusiones debe provenir de la doctrina jurisprudencial expuesta en la STS 428/2014, de

24 de julio, pt. Sr. Sancho Gargallo, FJ 5º, que admite pese a la pendencia del concurso la compensación de cantidades siempre que la relación contractual siga vigente tras la declaración de concurso, al existir un interés en ello por parte del concurso, y esté prevista como parte de tal relación el pacto de compensación con depósitos del concursado. Parecería que si esto ha de ser así con el concurso pendiente, con mayor razón debería serlo dentro del plazo de espera de la comunicación del art. 5 bis LC. No obstante, concurren circunstancias de hecho especiales que determinan que este supuesto sea cobijable bajo dicha doctrina jurisprudencial:

(viii.1).- Cuando opera la paralización de ejecuciones judiciales o extrajudiciales el art. 5 bis.4 LC, lo es respecto de bienes estrictamente necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor. Esa es su especialidad respecto de aquella doctrina jurisprudencial de la STS 428/2014, donde dicha compensación no se realiza sobre numerario que se haya estimado necesario para la continuidad de tal actividad, y puede entenderse que tal doctrina que admite la compensación, de modo excepcional a la disposición del art. 58 LC, precisamente porque no se estimaron precisas las sumas depositadas sobre las que debía recaer dicha compensación.

(viii.2).- La admisión de la eficacia de la cláusula de compensación lo fue en atención al interés del concurso en mantener la vigencia del contrato del que dicha cláusula pendía, de modo que la conservación de tal contrato permitía sostener la actividad productiva del concursado, y resultaba injusto imponer su mantenimiento al contratante in bonis, y en cambio extirparle parte de él, la cláusula de compensación. En cambio, en este supuesto, ocurre lo contrario, la aplicación de dicha cláusula conlleva el cercenamiento de toda posibilidad de continuación de la actividad empresarial del deudor, lo que no parece el espíritu de aquella doctrina.

(viii.3).- La duración del concurso, al que se somete la vigencia del contrato y de su pacto de compensación, en aquella doctrina de la STS 428/2014, es indefinida, sometida a lo que duren sus plazos procesales en la realidad judicial, mientras que la del expediente del art. 5 bis LC, y su plazo de espera, es taxativa y limitada, lo que justifica dicha paralización de ejecuciones y realizaciones asimilables a las mismas.

Aunque la cuestión plantea serias dudas en el régimen general entendemos que no es así tras la reforma de la Ley 9/2015 en los supuestos que hemos analizado anteriormente en relación a las mayorías del 51% de los acuerdos que van a ser objeto de homologación. En estos casos la referencia a "*cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor*" permitiría esa paralización o suspensión³⁰³.

³⁰³ La doctrina se ha pronunciado al respecto señalando la complejidad de la materia pero también la necesidad de una reforma legal que asegure una única interpretación judicial. En tal sentido PULGAR EZQUERRA J, <<Ley 9/2015 de reforma urgente....>> op.cit. pg. 42 , afirma que "...La decisión del juez de extender los efectos de suspensión o paralización de acciones ejecutivas a los pactos de compensación y retención de saldos previstos en los contratos bancarios suscritos por la sociedad deudora, incide en la función de garantía de la compensación como protección frente al riesgo de insolvencia del deudor, desactivándose esta función en virtud de una decisión judicial desatendiéndose, en consecuencia, la tutela de las expectativas de compensación que se habían formado las partes y que el derecho material considera legítimas y por tanto tutela." Construye en las siguientes páginas una suerte de argumentos que inciden esencialmente en supuestos de cumplimiento o incumplimiento y

11. Conclusión del periodo de negociaciones.

Si hemos señalado que el objetivo esencial de la comunicación del 5 bis LC es, en el caso que nos conmina, una refinanciación orientada a una posterior homologación, la conclusión del periodo de negociaciones parte de la idea de la necesidad de acudir al proceso concursal en supuestos de insolvencia³⁰⁴. Y ello tanto se hubiere alcanzado o no ese acuerdo de refinanciación. La obligación subsiste pero ahora apremia a partir del plazo de un mes hábil previsto en la norma y las posibles solicitudes de concurso necesario que pudieran haberse presentado o se presentaren posteriormente. La doctrina ha considerado la necesidad de instar esa situación de insolvencia (con el antiguo 5.3 LC) incluso en estos supuestos. Otros autores³⁰⁵ ya adelantaron el efecto pretendido, no existiendo ese análisis que hemos señalado de punto de no retorno, de suspensión de esa obligación.

Por lo que aquí interesa la conclusión del periodo de negociaciones no tiene, en sí mismo, que comunicarse al juzgado, pues no está previsto; y tampoco será necesario agotar el máximo del tiempo que la norma prevé pudiendo, en los términos en que hemos señalado, acudir a la figura del desistimiento.

No se prevé una resolución específica para la finalización aunque sí en el marco de los acuerdos extrajudiciales de pago en donde habrá una posterior comunicación en tal sentido por parte del notario o registrador que se hará constar en el expediente abierto en el juzgado.

El transcurso del periodo de negociaciones y el archivo definitivo deberá cumplir los requisitos procesales de cualquier procedimiento con resolución en tal sentido por parte de la secretaría del juzgado.

Tampoco estaba prevista la personación de acreedores o interesados, sin perjuicio de lo que analizaremos con la tramitación de la adicional cuarta, aunque estos podrán estar interesados en conseguir un testimonio de archivo a los efectos de continuar la ejecución o a los efectos de aportar la existencia o subsistencia o no de dicho procedimiento en otros procedimientos o instancias.

No obstante lo anterior hemos de tener en cuenta que conforme al artículo 6 del RDL 892/2013 de publicidad concursal solo los datos de carácter personal incluidos en las resoluciones concursales y en los asientos registrales insertados en el Registro Público Concursal en cualquiera de sus secciones serán cancelados dentro del mes siguiente a que finalicen sus efectos, sin perjuicio de su disociación para su utilización posterior. Y que el citado registro

eficacia o ineficacia del contrato (ineficacia atípica) que nos llevarían a considerar la imposibilidad de su aplicación esencialmente por incidir en las relaciones entre privados.

³⁰⁴ En tal sentido JIMENEZ SANCHEZ GJ y DÍAZ MORENO A, << Algunas cuestiones en Torno a la Reforma del Régimen del Convenio Concursal Operada Por el Real Decreto-Ley 3/2009. >> *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI (Homenaje al Prof. Fernández- Novoa)*. Madrid. Marcial Pons. Pg. 743-754 pg. 745

³⁰⁵ ALVAREZ VEGA MJ *La protección*, op. Cit. pg. 475 en JIMENEZ SANCHEZ GJ Y DÍAZ MORENO, A <<Algunas cuestiones...>> op. Cit. pg. 745. Asimismo FERNÁNDEZ DEL POZO L <<Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los "acuerdos de refinanciación": el expediente registral preconcursal>> *AdC* Nº. 21, 2010, pgs. 9-80pg 208 y GARCÍA-ALEMAN DE LA CALLE B << El presupuesto objetivo de la insolvencia y los problemas de su concreción práctica>> *Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales / coord. por Antonio Fernández Rodríguez, Manuel María Sánchez Álvarez, 2010, ISB, pgs. 171-204*pg. 193.

no determina esos efectos sino la propia resolución de comunicación lo que necesariamente debería conllevar que se publicitara el archivo para evitar incertidumbres a los acreedores.

CAPITULO IV.

CAPITULO IV: EL PROCESO DE HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: CARÁCTER POTESTATIVO DE SU SOLICITUD, SU PROTECCIÓN INICIAL Y ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN.

1. Carácter potestativo de la solicitud de homologación judicial y su protección inicial.

“*Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación*”. Esta es la forma con la que comienza la redacción de la disposición adicional cuarta, al objeto de dejar claro que la homologación que se persigue de dichos acuerdos de refinanciación es facultativa para quienes están legitimados. Por tanto ese “*podrá*” inicial, derivado de la reforma de 2011 y que venía referido exclusivamente al deudor como legitimado, pasa a ser una facultad abierta tanto a este como a los acreedores que intervienen en el mismo si bien, y por ello, la facultad de iniciar ese proceso de homologación queda limitada al deudor, por un lado, y a otros acreedores (cualquier acreedor según la norma) que haya suscrito el acuerdo de refinanciación. Y consecuentemente a ello la facultad se convierte en una sujeción obligatoria al proceso en tanto haya sido iniciada (solicitada) por cualquiera de ellos.

Debemos tener en cuenta que la homologación judicial de determinados acuerdos, conforme a nuestra norma procesal civil, parte del desarrollo del principio dispositivo que tiene su reconocimiento positivo esencial en el artículo 19 LEC: “*Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.*” Se trata de uno de los supuestos de crisis procesales existentes junto a otros posibles como acuerdos extrajudiciales, renunciaciones, desistimiento, allanamiento, transacción o caducidad. La homologación judicial de acuerdos (art. 415.2 LEC³⁰⁶) da lugar a que surtan los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial³⁰⁷ y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados³⁰⁸. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.

El acuerdo o transacción entre las partes conlleva la voluntad de poner fin a un procedimiento ya iniciado o evitar uno que pudiera plantearse. La homologación judicial de aquellos se produce en el seno de un procedimiento judicial iniciado y al que mediante dicha homologación, en la forma prevista ritualmente, se le pone fin; la homologación judicial de un acuerdo que pretende evitar un procedimiento no está prevista en nuestro derecho. Mediante la adicional cuarta se introduce en nuestro derecho una tercera vía a efectos de homologación: se trata de una homologación judicial realizada

³⁰⁶ “Debe recordarse que la transacción, según el art. 1809 CC es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito (extraprocesal) o ponen término al que había comenzado (procesal); cuando la transacción incide sobre un proceso pendiente poniéndole fin puede ser extrajudicial (la que las partes realizan fuera de la presencia judicial) o judicial (la que se realiza en presencia judicial). En el caso del art. 415 LEC estamos ante una transacción extrajudicial que, sin embargo, acaba siendo homologada judicialmente, con lo que surte los efectos de la transacción judicial. “MONTERO AROCA J. *Derecho Jurisdiccional II*. Tirant 2011. Pg.232

³⁰⁷ Vid op cit nota 5: “A pesar del tenor literal del art. 1816 CC la transacción judicial no surte los efectos propios de la cosa juzgada, se entiende material, porque en ella no se decide por el tribunal el conflicto existente entre las partes. Una cosa es que el auto que aprueba la transacción sea título ejecutivo y otra que produzca cosa juzgada. La mejor demostración de ello es que la impugnación de la transacción no se hace por medio del “juicio” de revisión, sino por el proceso ordinario y por la causas que invalidan los contratos.” Pg. 233.

³⁰⁸ Volveremos a tratar estos aspectos cuando hablemos de la ejecución de dichos acuerdos.

mediante la utilización de un procedimiento concreto y sin existir proceso judicial iniciado.

Además la citada homologación judicial tendrá efectos, conforme a mayorías concretas requeridas, no solo respecto de los que intervienen en el acuerdo sino extensivos respecto de otros acreedores no intervinientes o disidentes. Por lo tanto esa homologación es, más que eso, un verdadero procedimiento de validación del cumplimiento de los requisitos (primero formales y posteriormente – en su caso- de contenido) exigidos legalmente a solicitud indistinta de las contrapartes que hayan negociado y firmado los acuerdos cuya homologación se pretende y que tendrá efectos concretos que podemos distinguir en tres grupos:

- a) Efectos entre las partes firmantes del acuerdo.
- b) Efectos respecto de otros no firmantes o disidentes o que posteriormente puedan adherirse.
- c) Efectos respecto de todos los anteriores en supuestos posteriores de concurso de acreedores del deudor.

Ese carácter facultativo parte también de distinguir tres supuestos concretos:

1º. Es facultativo para el deudor como parte esencial de esos acuerdos de refinanciación que se someten a homologación judicial. Pero siendo facultativo para este solo lo es para iniciarlo en tanto será obligatorio en cuanto a su intervención en el proceso si este se pone en marcha. Su facultad se limita a la posibilidad de iniciarlo no de intervenir en el mismo. Una vez iniciado es parte en el citado procedimiento en la forma que finalmente veremos.

2º. Es facultativo también para los acreedores que hubieren suscrito el acuerdo. De la misma forma que hemos señalado anteriormente el proceso se podrá iniciar tanto por el deudor como por estos acreedores lo que significa que una vez iniciado, por uno o por otros, el mismo afectara a todos ellos. En relación a ello la norma recoge que lo sea a solicitud de *“cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación”*; no se exige, como sería deseable, un porcentaje concreto o la actuación conjunta de todos los acreedores sino la posibilidad de solicitud por cualquiera de los que hayan suscrito el acuerdo. En tal sentido y a razón del contenido de la norma:

- La misma se refiere inicialmente a pasivos financieros³⁰⁹ entendiendo por tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero con

³⁰⁹ De conformidad al plan general contable los pasivos financieros se clasificarán en alguna de las siguientes categorías: débitos y partidas a pagar (fundamentalmente, proveedores), pasivos financieros mantenidos para negociar y otros pasivos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias. Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. «BOE» núm. 278, de 20/11/2007. De conformidad a las normas de registro y valoración (9ª) un instrumento financiero es un contrato que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra empresa. Deberíamos considerar como incluidos: 1. Pasivos financieros propiamente dichos: – Débitos por operaciones comerciales: proveedores y acreedores varios;– Deudas con entidades de crédito;– Obligaciones y otros valores negociables emitidos: tales como bonos y pagarés;– Derivados con valoración desfavorable para la empresa: entre ellos, futuros, opciones, permutas financieras y compraventa de moneda extranjera a plazo;– Deudas con características especiales, y– Otros pasivos financieros: deudas con terceros, tales como los préstamos y créditos financieros recibidos de personas o empresas que no sean entidades de crédito incluidos los surgidos en la compra de activos no corrientes, fianzas y depósitos recibidos y desembolsos exigidos por terceros sobre

independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera³¹⁰. Y quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público que, salvo estos últimos, podrán adherirse posteriormente. Se produce por ello y con la reforma un tránsito del concepto “entidad financiera” al de “pasivos financieros” que los autores³¹¹ habían venido limitando a los supuestos del artículo 8 de la Ley 13/1985³¹², de 25 de mayo de Coeficientes de Inversión,

participaciones.2. Algún supuesto de instrumentos de patrimonio propio complejo. 3. Derivados financieros y coberturas financieras: Un derivado financiero es un instrumento financiero que cumple las características siguientes:1. Su valor cambia en respuesta a los cambios en variables tales como los tipos de interés, los precios de instrumentos financieros y materias primas cotizadas, los tipos de cambio, las calificaciones crediticias y los índices sobre ellos y que en el caso de no ser variables financieras no han de ser específicas para una de las partes del contrato.2. No requiere una inversión inicial o bien requiere una inversión inferior a la que requieren otro tipo de contratos en los que se podría esperar una respuesta similar ante cambios en las condiciones de mercado.3. Se liquida en una fecha futura. Asimismo, esta norma es aplicable en el tratamiento de las coberturas contables y de las transferencias de activos financieros, tales como los descuentos comerciales, operaciones de «factoring» y cesiones temporales y titulizaciones de activos financieros. En relación a ello y a estos productos complejos deberíamos tener igualmente en cuenta que la exposición de motivos de la reforma de 2014 aclara que “Debe recordarse que las modificaciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, introducidas en este real decreto-ley se circunscriben exclusivamente a su ámbito de aplicación y, por lo tanto, la legislación especial seguirá rigiendo el concurso de entidades financieras y sus situaciones preconcursales. Adicionalmente, quedan a salvo, entre otras, las previsiones del capítulo II del título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.” Y por ello debemos atender a lo previsto en la Disposición Adicional 2ª de la LC.

³¹⁰ Para PULGAR EZQUERRA J, Conferencia Fundación de Derecho Concursal y Mercantil de Granada, septiembre de 2014, no se incluirán en los supuestos de pasivos financieros, derivado de la expresión acreedores por operaciones comerciales, a los supuestos del plan general contable u otros que pasen , por ejemplo, del corto al largo en virtud de cualquier acuerdo que pudiera realizar la empresa. A su entender solo estarían incluidas las entidades recogidas en las letras b) y c) del apartado 1 del art. 4 del RDL 5/2005, de 11 de marzo, los organismos de inversión colectiva, así como sus compartimentos de inversión definidos en la Directiva 2011/61UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, por la que se modifican las Directivas 2003/41CE y 2009/65 y los Reglamentos (CE) 1060/2009 y (UE) núm. 1095/2010, con independencia de su naturaleza jurídica o contractual o de la vía o vehículo a través del cual hayan instrumentado su participación directa o indirecta en el pasivo objeto del acuerdo de refinanciación; fondos o vehículos de finalidad especial de titulización, con independencia- de nuevo- de su naturaleza legal o contractual, así como cualquier vehículo fiduciario, fondo de cualquier tipo o cualquier otra entidad o persona jurídica, cualquiera sea su naturaleza y cuyo objeto social contemple como actividad conceder, participar y/o invertir en préstamos, créditos, activos financieros análogos y otras operaciones de naturaleza equivalente. Reconociendo que en todos estos supuestos hablamos de esos “ pasivos financieros” a los que se refiere la norma sin embargo la delimitación realizada entre “acreedores por operaciones comerciales” y esos de pasivos financieros no lo es en cuanto – y solo eso- al sujeto sino en relación , precisamente- al sustantivo (operaciones). Se trata por tanto de operaciones y si estas se adjetivan como comerciales o financieras, independientemente del sujeto que tenga la titularidad, deberán ser contempladas o no en uno u otro supuesto.

³¹¹ Vid en tal sentido DE CÁRDENAS SMITH Y GARCÍA RODRIGUEZ << El concepto de entidad financiera a los efectos de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal>> *Diario La Ley*, número 8192, de 15 de noviembre de 2013.

³¹² Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. «BOE» núm. 127, de 28/05/1985.

Recursos Propios y Obligaciones de Información de Intermediarios³¹³ (hoy derogada). Y por ello acomodando las posibilidades de refinanciación a cualquier supuesto, en los términos que hemos señalado, de pasivos financieros al margen de quien sea el financiador³¹⁴.

- En relación a lo anterior la norma señala que no se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías necesarias, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2³¹⁵ del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta Disposición adicional. En este apartado entonces deberíamos aclarar que la distinción puede partir de considerar la posibilidad de que estos suscriban el acuerdo aunque no se computen como mayoría. La norma señala en este sentido que no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías pero sin excluirlos de la posibilidad de suscripción³¹⁶.
- En relación al ámbito subjetivo, y por lo que respecta a este apartado legitimador, también hemos de considerar que se recoge que a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, se entenderá, en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta comunidad de suscripción parte de una vinculación de mayorías a minorías. La propia exposición de motivos justifica su aplicación señalando que *“se establece una medida destinada a evitar la sobreponderación artificial de determinadas*

³¹³ Esta disposición ha sido derogada. Vid Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. «BOE» núm. 156, de 27 de junio de 2014,

³¹⁴ Debemos tomar en consideración lo previsto en la disposición final 7ª de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias, equiparando la posición de SAREB y de quienes por cualquier título adquieran préstamos o créditos de esta, a la de entidades financieras a los efectos de la adicional 4ª LC

³¹⁵ Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

1.º Los socios y, cuando éstos sean personas naturales, las personas especialmente relacionadas con ellos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. 2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la Disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad. 3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado.

³¹⁶ Debemos considerar igualmente el cambio producido en relación al artículo 93.2.2ºLC.

participaciones minoritarias en acuerdos sindicados de financiación que hasta la fecha estaban dificultando enormemente la homologación de algunos acuerdos. De este modo se establece un límite al porcentaje de votos favorables en el sindicato cuando se trata de un acuerdo global de refinanciación del deudor. Se evitan de este modo ciertos comportamientos oportunistas que no buscaban otro beneficio que el ligado a la sobrevaloración de un pasivo por parte del resto de acreedores que veían de este modo incrementado su propio sacrificio.”

La cuestión en cuanto a legitimación para solicitar el proceso de homologación parte igualmente de considerar si esa suscripción debe entenderse en conjunto o de forma diferenciada para cada uno de los acreedores que la conforman. Y a estos efectos y dada la redacción parece que , por la propia naturaleza y dinámica de funcionamiento del pacto de sindicación, la legitimación para la solicitud la tendría el conjunto al margen de la individualidad que no estaría, por ello, legitimada sino a través de la administración (normalmente agente) del propio estructurado³¹⁷.

- Por último se recoge que voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta Disposición. La cuestión entonces parte de la necesidad de que el acuerdo esté homologado y por lo tanto no estarían legitimados para la solicitud de homologación.

3º. Un tercer supuesto es la posibilidad de que concurren varias solicitudes de deudor y acreedores. En tal caso y habiendo señalado que la homologación parte de su consideración como un verdadero proceso (inicialmente de jurisdicción voluntaria en los términos señalados) nos encontraríamos con la existencia de litispendencia (análogamente art. 410 LEC). La cuestión radica en determinar si esos otros procesos posteriores deben ser directamente inadmitidos a trámite o bien acumulados al primero que se hubiera presentado partiendo de una actuación similar a lo previsto para las diferentes solicitudes de concurso de acreedores previsto en el artículo 15 de la Ley Concursal. Evidentemente con el límite de la homologación judicial ya realizada en cuanto a *dies ad quem*. Sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de desistir de dicha petición inicial y por tanto haber retrasado un proceso, artificialmente, cuya legitimación se estructura desde las dos orillas del acuerdo cuya homologación se pretende.

La legitimación en todos los supuestos debe partir , primero, de aquel a quien la norma legitima- conforme a lo visto- pero también en tanto sea suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros. La cuestión es dilucidar si esa solicitud debe ser inadmitida a trámite en tanto el acuerdo aportado no recoja ese mínimo porcentaje que la

³¹⁷ En tal sentido la reforma propuesta en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 viene a aclarar – y posteriormente se reflejó en la Ley 9/2015- estos términos: “A los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo se entenderá que, en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.”

norma exige y si es requisito de procedibilidad el que así se recoja en el mismo para su admisión a trámite. En principio la norma aparece, nuevamente, contradictoria en su redacción; en dos apartados diferentes recoge:

- El juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación. (apartado 5.2 in fine).
- El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta Disposición y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto. (apartado 6).

En el primer supuesto mandata al juez “examinar la solicitud” mientras que en el segundo – y ya para otorgar o no la homologación- señala que la otorgará siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero que recoge la mayoría exigida del 51% mínimo. Quizás deberíamos distinguir entre “admisibilidad” y “procedibilidad”. A tal efecto la doctrina³¹⁸ considera como requisito o condición de procedibilidad el carácter preceptivo siendo así que tal y como se construye la norma y por los efectos que la misma produce en cuanto a paralización de ejecuciones singulares , la admisión a trámite quedaría condicionada a la presentación de dichos documentos y por tanto nos situaríamos en el marco del artículo 403 LEC , en tanto señala que no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales. Ese examen judicial de la solicitud parte de que la misma deberá acompañar el acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso, de los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme al artículo 71 bis.4 y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado. Si se hubiera emitido certificación, tasación o informe de los previstos en el apartado 2 de esta Disposición, también se acompañarán a la solicitud. Por lo tanto no solo es formal en cuanto a la certificación del auditor o del experto sino también en cuanto al contenido de la misma en lo que se refiere a esas mayorías; y todo ello independientemente del examen final a efectos de la homologación que pudiera o no realizarse. En tal sentido lo previsto en el artículo 5 bis , apartado cuarto, cuando señala que tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares³¹⁹ promovidas por los acreedores de

³¹⁸ SENES MONTILLA C, <<Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.(Ley 14/2013, de 27 de septiembre).*Revista General de Derecho Procesal* 32 (2014)

³¹⁹ La propuesta de enmienda 26 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 recogía a tal efecto y fue introducida por Ley 9/2015: *judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor*. La reforma que se produce en la tramitación parlamentaria del RDL 4/2014 y que culminó con la Ley 17/2014 terminó incluyendo ejecuciones judiciales y extrajudiciales pero en el párrafo primero del apartado cuarto.

pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

Al margen de lo anterior y por el carácter facultativo que hemos señalado la homologación no tiene por qué darse incluso en aquellos supuestos en que exista un acuerdo con esas mayorías. Sin embargo es la homologación la que dará lugar a determinados efectos que de no producirse no desplegarán su eficacia.

Si el acuerdo cumple todos y cada uno de los requisitos previstos en la norma pero no se somete a homologación tendrá la consideración de un acuerdo entre partes fruto de una negociación y desplegará su eficacia contractual en los términos en que así lo hayan pactado entre las partes. La problemática surgirá respecto de aquellos acuerdos sometidos a homologación tardíamente y en relación a las actuaciones que terceros disidentes o afectados no firmantes o adheridos puedan haber iniciado.

Algún juzgado³²⁰ se ha pronunciado sobre ese carácter potestativo en referencia a un mandato judicial. Se señala al efecto que *"[a]unque en el apartado primero del citado precepto se pronuncia en términos potestativos "podrá homologarse judicialmente el acuerdo", ello no significa que el juez tenga la facultad de decidir si homologa o no el acuerdo, sino que el juez está obligado a ello siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero, tal como dispone de manera imperativa el apartado 6".* Entendemos que ese mandato no va dirigido al juzgador sino a la facultad de las partes a tal efecto. Completarían el carácter potestativo el apartado quinto que se refiere a solicitud de parte y el apartado sexto en tanto señala que el juez otorgará la homologación siempre que reúna los requisitos. La fórmula viene de su anterior redacción (y quizás también en referencia a la personación de otros interesados conforme señalaremos) que ya puso de manifiesto el Auto de fecha 20 de febrero de 2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Madrid³²¹ : *" Dado que la homologación del acuerdo parece obligada siempre que no suponga un sacrificio desproporcionado y que obviamente, el hecho negativo de "no constituir un sacrificio desproporcionado" por su propia naturaleza no puede ser acreditado, obtenemos como resultado que la denegación del Juez Mercantil únicamente sería viable en caso de que alguien personado en las actuaciones hubiera practicado en el expediente prueba bastante sobre la resultancia del sacrificio desproporcionado respecto de la espera aprobada en el acuerdo de refinanciación". O, en la misma línea, este Juzgado en Auto de fecha 23/04/2013³²². En este caso y a falta de otras circunstancias que pudieran ser puestas de manifiesto en sede impugnación no se considera que la homologación del acuerdo con los efectos que de ello se derivarán para el acreedor no suscriptor, pueda considerarse un sacrificio*

³²⁰ Juzgado de lo Mercantil 7 de Barcelona, Auto de 28 de agosto de 2014. Homologación judicial de acuerdos de refinanciación nº 666/14-B

³²¹ el Auto de fecha 20 de febrero de 2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Madrid. Se vuelve a citar en el Auto del Juzgado de lo Mercantil 12 de Madrid de 22 de septiembre de 2012. AJM M 73/2014

³²² Auto del Juzgado de lo Mercantil 12 de Madrid de 23 de marzo de 2013.

desproporcionado para dichos acreedores, ello teniendo en cuenta la cuantía mínima de sus créditos la ausencia de garantías en los mismos, la naturaleza de las garantías prestadas en el acuerdo de refinanciación y la previsible producción de activo que pueda suponer que la continuación de la actividad empresarial”.

2. Protección inicial del citado proceso y su concurrencia con los efectos del artículo 5 bis LC y 568 de la LEC.

Señala la adicional cuarta que el juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación.

La citada medida de admisión y efectos de la admisión³²³ nos lleva a plantearnos la compatibilidad entre esos efectos y los derivados de la comunicación del artículo 5 bis LC.

Sin entrar a analizar, por tanto, esa paralización de ejecuciones singulares lo cierto es que partimos de dos supuestos diferentes:

1º. A los efectos de la homologación la legitimación corresponde, como hemos visto, al deudor y a los acreedores (estos últimos conforme hemos expuesto).

2º. La citada homologación puede ir precedida de una comunicación de inicio de negociaciones para alcanzar esos acuerdos. Entonces nos encontramos en el artículo 5 bis LC cuya legitimación corresponde exclusivamente al deudor.

La comunicación del 5 bis LC es, como la solicitud de homologación, facultativa. El deudor podrá comunicar la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo, entre otros, de refinanciación o reestructuración³²⁴ de deuda³²⁵; tras la última reforma esta comunicación conllevaría determinados efectos que, en lo que a la adicional cuarta se refiere, se distinguen en su apartado cuarto:

- Desde la presentación de la comunicación y hasta que se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la

³²³ En cuanto a la paralización de ejecuciones lo trataremos posteriormente en otro apartado.

³²⁴ V.. PULGAR EZQUERRA, "Preconcurso y acuerdos de refinanciación", *El concurso de acreedores. Adaptado a la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, (Pulgar, Dir.), Madrid, 2012, pgs. 42 y ss.).

³²⁵ A estos efectos SENES MONTILLA C, op cit. <<Implicaciones procesales...>> op.cit., pone de manifiesto que junto a los acuerdos de refinanciación, el acuerdo extrajudicial de pagos comparte la consideración de "instituto preconcursal", en el bien entendido sentido que constituye una alternativa al concurso de acreedores, siendo por ello incompatible con la admisión a trámite de la solicitud de concurso -ya voluntario, ya necesario-, incluida la comunicación al juzgado de la negociación de una propuesta anticipada de convenio (arts. 231.4; 5 bis.1 LC). El procedimiento extrajudicial es incompatible también con el inicio por el deudor del proceso negociador para la consecución de un acuerdo de refinanciación, precisamente, porque antagónicos son los objetivos que persiguen la refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos: en un caso, la superación de la insolvencia; en el otro, la flexibilización de los pagos por causa de ésta. De ahí que la coherencia interna de la Ley Concursal aboque a la restricción de tal incompatibilidad, circunscribiéndola únicamente a los acuerdos de refinanciación susceptibles de homologación judicial.

continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos de tres meses y uno hábil más para presentar, en su caso, el concurso de acreedores.

- Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares³²⁶ promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.
- Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado.
- Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

Como podemos comprobar el efecto de paralización de ejecuciones singulares previsto en la adicional cuarta se relaciona directamente con el segundo de los efectos que hemos señalado se producen como consecuencia de la presentación de la comunicación del 5 bis LC. Si bien existen matices que debemos distinguir:

- a) En primer lugar los efectos recogidos en el 5 bis lo son como efectos derivados de la comunicación de inicio de negociaciones previsto en la misma en los términos que ya hemos examinado. Los efectos de paralización de ejecuciones que recoge la adicional cuarta lo son como consecuencia de la admisión a trámite, en los términos señalados, de la solicitud de homologación.
- b) La norma del 5 bis parece limitarse a los acreedores firmantes aunque, como ya dijimos esto no es así. En tal sentido señala que tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor

³²⁶ La propuesta de enmienda 26 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 recogió a tal efecto: *judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor. Finalmente sería así recogido en la apartado 4 por el art. único. Cuatro.1 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo.*

siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia. Sin embargo la adicional cuarta se refiere a todo tipo de ejecuciones singulares sin distinción. Esto nos llevará a analizar la extensión (ámbito subjetivo) de dicha paralización por cuanto tendrá o no justificación en relación a los efectos posteriores de la homologación.

- c) La norma del 5 bis parte de un proceso de negociación privada que todavía no se ha iniciado o que se ha iniciado en los términos señalados. La adicional cuarta se refiere a una homologación de un acuerdo ya finalizado.

De conformidad a lo anterior tendríamos la posibilidad de acompañar o no, el proceso de negociación con dicha comunicación. Entonces desplegará los efectos que le son propios y que hemos estudiado detenidamente. En el supuesto de no hacerlo existirán los riesgos de ejecuciones y de solicitudes de concurso necesario y los efectos de paralización de ejecuciones deberían esperar a la solicitud de homologación y su admisión. Nada impide por otro lado que el mismo acuerdo que tomen las partes como pacto de *non petendo* también se recoja privadamente³²⁷.

Por lo tanto la única explicación a la duplicidad de normas parte de conciliarlas, en los términos señalados, para lo cual formulamos la siguiente propuesta:

1º. La comunicación del art. 5 bis produce determinados efectos que se extienden en el tiempo hasta la conclusión de dicho periodo de negociaciones.

2º. Si el resultado es una petición de homologación judicial la adicional cuarta entra en funcionamiento y por ello sustituye los efectos de la comunicación del 5 bis por los que ya recoge aquella adicional.

3º. Los efectos del 5 bis se extienden al periodo previsto en el mismo y hasta la admisión de la solicitud de homologación que es cuando se producen los efectos que la norma señala.

4º. En virtud de lo anterior la afectación y limitaciones previstas en el 5 bis LC dejan de operar. Decimos por tanto efectos y limitaciones y por ello la

³²⁷ Quizás podríamos pensar que no tiene razón de ser recoger algo que privadamente puedan ya las partes pactar entre sí y por ello extender el efecto de paralización previsto con mayorías, al menos, del 51% a otros acreedores en tanto se concluye dicho proceso. Esta explicación parece más lógica aunque la redacción sigue siendo confusa: a) Por un lado se refiere a acreedores financieros de la disposición adicional cuarta. b) por otra a mayorías como mínimo del 51%. Ambos supuestos nos llevan a la extensión de efectos de paralización a estos y a los demás acreedores financieros. Por otro lado se recoge el compromiso de los que han iniciado de no ejecutar. Esta última parece derivarlo a un ámbito subjetivo limitado a ellos mismos en virtud de la autonomía de la voluntad. Nuevamente si esto último es así no se entendería que se exigiera una mayoría mínima puesto que bastaría con el compromiso privado de estos. La norma puede interpretarse en el sentido de afectar a todos los que inicien el proceso de refinanciación cuando al menos el 51% de los que lo han iniciado se hayan comprometido a no iniciar ejecuciones y por ello extensible a quienes si participen pero no se quieran comprometer. Pero dejaría nuevamente de tener lógica en tanto bastaría con salirse del proceso para poder ejecutar y quedar fuera. La única explicación entonces es entender que esa mayoría vincularía también al resto de acreedores financieros siempre que al menos un 51% así lo hubiere acordado. Efecto extensivo y de arrastre de los efectos- valga la expresión- del inicio de negociaciones con comunicación del 5 bis LC y que no se daría si no hay comunicación.

suspensión de ejecuciones se generaliza. El problema será determinar si esto afecta a todas en general incluidos aquellos supuestos de créditos que no resultarán afectados (como los públicos) o no o su posible extensión a ejecuciones judiciales, extrajudiciales y/o administrativas que la reforma producida por la Ley 9/2015 ha intentado aclarar.

Otra de las cuestiones a considerar es si ese despliegue de efectos se produce de forma automática o no en virtud de esa comunicación o de la admisión a trámite de la solicitud de homologación. Desde otra vertiente también cabría preguntarse si es o no renunciable por quien lo solicita, sobre todo teniendo en cuenta que si no lo hace el deudor al acreedor o acreedores solicitantes podrían no interesarles.

En principio el mandato de la adicional cuarta parece imperativo: El juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación. También los supuestos del apartado cuarto del 5 bis salvo el ya referido del párrafo segundo en donde la norma exige además esa justificación de mayorías en el inicio del acuerdo. Este, por tanto, parece disponible por el deudor que es el único, en esa comunicación, legitimado a tal efecto.

Un último problema se plantea en cuanto a lo previsto en la adicional cuarta respecto de la suspensión de ejecuciones singulares y su conciliación con el artículo 568 de la LEC. Si nos vamos a la redacción de este último la razón de suspensión de ejecuciones obedece siempre a que exista una comunicación del artículo 5 bis LC habiéndose olvidado el legislador de recoger este supuesto. Esto nos lleva a plantear una conciliación de normas conforme a lo siguiente:

- En caso de comunicación del artículo 5 bis o de inicio del proceso concursal parece que esa paralización de ejecuciones se produce en virtud de una resolución del juez del concurso que finalmente materializa el órgano en donde se está ejecutando. Esto conllevaría que la competencia para suspender o paralizar corresponde al órgano en donde se esté tramitando la ejecución aunque con carácter automático conforme al mismo. En este sentido el Auto de 28 de octubre de 2011 de la AP de Las Palmas de Gran Canaria³²⁸ es expresión de esta posición que y la evolución jurisdiccional que en la comparación que venimos realizando, se expone: *“Como punto de partida puede afirmarse que la práctica totalidad de la jurisprudencia menor que ha recaído sobre la redacción original de los artículos 56 y 57 de la LC entendió que no todas las ejecuciones de garantías reales previstas en el art. 56 de la LC habían de suspenderse sino sólo las ejecuciones sobre bienes expresamente declarados previamente afectos a la actividad empresarial o profesional o necesarios para ella y ello, pese a la dicción literal del párrafo primero del art. 56,2 LC y del art. 57,1 LC. Sobre esta premisa general, las Audiencias hicieron diversos pronunciamientos en relación con: Qué Juzgado es el competente para declarar que el bien está afecto o no a la actividad del concursado o es necesario para la continuidad de la misma. Sobre esta cuestión se puede considerar que unánimemente la jurisprudencia menor de todas las Audiencias*

³²⁸ AAP GC 2065/2011

Provinciales y la Dirección General de los Registros y el Notariado han entendido que la competencia corresponde al Juez del concurso, e incluso así lo ha entendido la sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción dictada el 22 de diciembre de 2006 en un conflicto de jurisdicción entre la Administración y el juez del concurso (si bien en un supuesto del art. 55,1 de la LC) que entendió que la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que éste decidiese sobre si los bienes integrantes del patrimonio del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor. Qué Juzgado es el competente para acordar la suspensión del procedimiento por razón de ser el bien objeto de ejecución un bien afecto a la actividad empresarial o necesario para su continuidad. La práctica totalidad de las Audiencias Provinciales entendía, por el contrario, que la competencia para acordar la suspensión del proceso de ejecución de garantías reales ya iniciado la tenía el Juez de Primera Instancia que de él venía conociendo -lo que era congruente con la previsión de que la suspensión se acordaría "desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento", si bien a la constancia de la declaración del concurso se añadía por la mayoría de las Audiencias Provinciales el requisito de que también constara en el procedimiento la declaración de que el bien era afecto o necesario para la actividad del deudor. Los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de fechas 11 de octubre de 2007 y 18 de marzo de 2011 entendían que era competente el Juez de Primera Instancia porque cuando el bien no era necesario para la continuación de la actividad del deudor, si se partía de que sólo excepcionalmente se suspendían las ejecuciones, sería necesario conocer en qué estado de tramitación se encontraba el proceso de ejecución según los casos -publicados o no los anuncios de la subasta. Qué Juzgado es el competente para conocer del procedimiento, iniciado ante el Juzgado de Primera Instancia y suspendido por él, desde el momento de la suspensión previa declaración de la afectación del bien a la actividad de la concursada o su necesidad para la continuación de la misma (partiendo la mayoría de las resoluciones examinadas de la premisa, normalmente no expresada, de que cuando no se había acordado la suspensión de la ejecución conservaba la competencia el Juzgado de Primera Instancia hasta la terminación del procedimiento). Sobre esta cuestión es sobre la que se aprecia más discrepancia entre las distintas Audiencias Provinciales, entendiendo unas que desde la declaración de afectación o necesidad del bien para la continuidad de la actividad del concursado la competencia reside en el Juez del concurso y a él debe remitirse el procedimiento -como el auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de julio de 2010 - y otras (como el auto ya citado de 18 de marzo de 2011 de la sección 28a de la Audiencia Provincial de Madrid) que, partiendo de que el Juzgado de Primera Instancia mantiene la competencia, entienden que sólo pasaría a ser competente el juez del concurso para el conocimiento de la ejecución hipotecaria si en el momento de alzarse la suspensión la declaración de concurso mantiene sus efectos. La reforma producida por la Ley 9/2015 ya lo recoge en su contenido: "Las ejecuciones de dichos bienes que

estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación.”

- En el supuesto de la adicional cuarta y en cuanto a esa paralización de ejecuciones nada se prevé en el artículo 568 LEC. Ello nos lleva a considerar que la competencia para dicha paralización es del juez que tramita la citada homologación con efectos por tanto en todos los procesos de ejecuciones singulares que resulten afectados. Y por ello no será necesaria ni la constancia en el respectivo procedimiento ni una distribución de competencias conforme a lo dicho. Otra posible interpretación es partir de un olvido y aplicar analógicamente la doctrina y posterior regulación que hemos citado para el supuesto del 5 bis. Pero si tenemos en consideración que las modificaciones de todos estos preceptos parten de las mismas normas ello conlleva más que interpretación creación del derecho y por ello ajena a la labor judicial.

La reforma producida mediante la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil afecta al artículo 551 de la citada norma. En dicho precepto se recoge, para los supuestos de demanda ejecutiva, que con carácter previo el Secretario judicial del juzgado executor llevará a cabo la oportuna consulta al Registro Público Concursal a los efectos previstos en el apartado 4 del artículo 5 bis de la Ley Concursal³²⁹. De esta forma se pretende conciliar dicho precepto con la comunicación y la paralización o imposibilidad de ejecución cuando se den los supuestos de aquel.

3. Ámbito subjetivo.

3.1. El deudor como sujeto inscribible en el Registro.

En principio debemos partir del deudor. Ese deudor deberá acompañar a su solicitud³³⁰:

- El acuerdo de refinanciación adoptado. Este incluye el plan de viabilidad.
- Certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso y de los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme al artículo 71 bis.4.
- Certificación, en su caso, del acuerdo de aumento de capital que ya hubiera sido adoptado.

³²⁹ A dichos efectos también impone que el Secretario judicial ponga en conocimiento del Registro Público Concursal la existencia del auto por el que se despacha la ejecución con expresa especificación del número de identificación fiscal del deudor persona física o jurídica contra el que se despacha la ejecución. El Registro Público Concursal notificará al juzgado que esté conociendo de la ejecución la práctica de cualquier asiento que se lleve a cabo asociado al número de identificación fiscal notificado a los efectos previstos en la legislación concursal. El Secretario judicial pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la finalización del procedimiento de ejecución cuando la misma se produzca.

³³⁰ Analizaremos posteriormente estos requisitos.

Por lo tanto y en primer lugar el deudor no es cualquiera sino que lo es en función de que exista ya un acuerdo de refinanciación adoptado, a cuyos efectos podrá presentar la comunicación- con anterioridad- del art. 5 bis LC para proteger dicho proceso.

A su vez ese deudor, en la adicional cuarta, debe serlo de, entre otros, acreedores de pasivos financieros. La inexistencia de esos pasivos financieros conllevaría la imposibilidad de mayorías de arrastre que la norma prevé y la homologación carecería de uno de los esenciales objetivos perseguidos con la misma.

Una cuestión a discutir es si un deudor con un solo acreedor financiero podría llegar a cerrar un acuerdo y posteriormente someterlo a homologación con la finalidad de arrastre que la adicional establece. Incluso en el supuesto de un solo acreedor financiero pero cuando la deuda obedezca a varios supuestos de pasivos financieros.

De igual forma el marco subjetivo del artículo 1 de la Ley Concursal vino a ser discutido sobre la pluralidad de acreedores la adicional cuarta señala que “[p]odrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores...” ; por lo tanto la referencia es siempre a múltiples sujetos y por ello a un “deudor común”. A tal efecto la posibilidad de acuerdos bilaterales ya está previsto (aunque limitado a efectos de reintegración y no de arrastre) en el artículo 71 bis.2 LC; en este caso , entonces, el acuerdo bilateral podrá ser protegido siempre que se trate de actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse a lo previsto para los colectivos en el anterior apartado, pero cumplan todas las condiciones que la norma recoge, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación. La remisión constante de la adicional cuarta al 71 bis 1 LC para acuerdos colectivos parte por ello también del citado concepto en la homologación que se persigue.

Aunque la norma nada dice sobre la naturaleza empresarial del deudor o de su condición de empresario individual o colectivo; y en este último caso de la forma concreta que debe revestir la sociedad (civil o mercantil) lo cierto es que el legislador parece estar pensando en empresario colectivo con una sociedad con forma mercantil o cooperativa³³¹. Tendría cierta razón de ser lo anterior si nuevamente comparamos las instituciones preconcursales existentes y el objetivo o protección concedida. Así y conforme a ello:

- a) El Acuerdo Extrajudicial de Pagos se dirigía (antes de la reforma del RDL 1/2015³³²) expresamente (art. 231 LC) al empresario persona natural que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que

³³¹ Algunos autores consideran que una diferencia entre el Acuerdo Extrajudicial de Pagos y los Acuerdos de refinanciación es precisamente el ámbito subjetivo limitado de los primeros a personas inscribibles en el registro mercantil. En tal sentido se afirma: “El expediente de AEP no está al alcance de todos los deudores, en particular no está a disposición de todas las personas físicas, en lo que constituye una primera diferencia con el AR”. Vid CABANAS TREJO R, “Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos”. *Diario La Ley*, N° 8285, 2014

³³² Con la reforma que se produce mediante dicho RDL 1/2015 de segunda oportunidad el artículo 242 bis de la LC ya recoge determinadas especialidades aplicables al AEP en supuestos de personas naturales no empresarios. El texto ha sido mantenido en la Ley 25/2015 de 28 de julio que es fruto del resultado de su tramitación parlamentaria.

- no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones³³³. También podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan las condiciones allí requeridas. Posteriormente se aclarará el régimen también para personas naturales no empresarios.
- b) De la misma norma que introduce los acuerdos extrajudiciales de pago se extrae igualmente la limitación de responsabilidad, y por tanto protección, del empresario persona física de responsabilidad limitada³³⁴.
 - c) En acuerdos colectivos el 71 bis 1 b) 2º recoge como requisito formal que “[s]e emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, del de la sociedad dominante.” Conforme a la Ley de Sociedades de Capital³³⁵ las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión deberán ser revisados por auditor de cuentas en el supuesto de sociedades anónimas y limitadas con las excepciones señaladas en la misma³³⁶. Puede parecer entonces que esta exigencia parte de la posibilidad de su inscripción en dichos términos en el Registro Mercantil. Conforme a lo dispuesto en el artículo 81 del RRM³³⁷ solo podrán inscribirse en tal registro las señaladas en el mismo, incluidos aquellos otros supuestos previstos en otras normas.
 - d) Las referencias del artículo 92 LC o del 165.2 para no subordinar o no afectar, respectivamente, en supuestos de capitalización de deudas vuelven a indicar esa preferencia respecto de empresario colectivo.

Al respecto de otros supuestos de personas jurídicas no inscritas en el Registro Mercantil o que no tengan forma de sociedad de capital, la previsión de homologación sigue estando en su ámbito subjetivo. No se excluyen y pueden cumplir todos los requisitos allí previstos.

No obstante lo anterior lo cierto es que la norma no excluye expresamente la posibilidad de empresario individual ni de persona física no empresario en particular aunque la reciente reforma RDL 1/2015 haría no operativo la misma en virtud de la nueva redacción de los AEP y las consecuencias de un posterior

³³³ Siguiendo la estela de la reforma que lo incorpora (Ley 13/2014) a dichos efectos, señala la norma, se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.

³³⁴ Vid a tal efecto SANJUÁN Y MUÑOZ E (Coord.) *Entrepreneurship: las claves del emprendedor*. AAVV Sepin. 2014.

³³⁵ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161, de 03/07/2010

³³⁶ Estas excepciones se recogen en el artículo 263: a) Se exceptúa de esta obligación a las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros. B) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros. C) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta. Las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

³³⁷ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

concurso en donde la remisión de deuda dependerá precisamente de haber utilizado o no el mismo con efectos, en teoría, más beneficiosos para el primer supuesto. Al respecto del primero cierto es que parece evidente que el mismo podrá someterse a dicho ámbito en la medida en que tiene igualmente los deberes formales y materiales contables previstos en la norma y que su inscripción (obligatoria para el naviero y facultativa para el empresario individual de responsabilidad limitada) si está prevista. Tras la reforma producida por la Ley 14/2013 se recogió, en su artículo 9, que “[l]a condición de emprendedor de responsabilidad limitada se adquirirá mediante su constancia en la hoja abierta al mismo en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio.” Dicha inscripción, voluntaria, se practicará en la forma y con los requisitos previstos para la inscripción del empresario individual, lo que nos lleva al Reglamento del Registro Mercantil³³⁸. Sobre si esa facultad cumple el requisito de “sujeto inscribible” al que se refiere la ley concursal ha habido opiniones doctrinales³³⁹ diversas considerando al mismo desde su dimensión anterior o posterior inscrita en el registro para determinar la competencia³⁴⁰. Pero el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma pasa también porque los registros mercantiles acepten que en el ámbito de su reglamento también se incluye, al decir de la norma, la posibilidad de designar auditor y, en su caso, experto independiente para estos supuestos. Dicho de otra forma, el registro mercantil se tendrá que pronunciar (y la DGR aceptar) que un empresario individual no inscrito (sujeto inscribible no obstante) puede solicitar- a los efectos de un acuerdo de refinanciación- la designación de un auditor y, en su caso, de un experto independiente; opinión que defienden algunos autores³⁴¹ desde la distinción entre lo preconcursal y lo concursal y la

³³⁸ Será título para inmatricular al emprendedor de responsabilidad limitada el acta notarial que se presentará obligatoriamente por el notario de manera telemática en el mismo día o siguiente hábil al de su autorización en el Registro Mercantil o la instancia suscrita con la firma electrónica reconocida del empresario y remitida telemáticamente a dicho Registro.

³³⁹ En tal sentido y analizando el ámbito subjetivo de los AEP la obra citada de CABAJAS TREJO R, <<Algunas....>> viene a señalar : “Por eso, en mi opinión corresponden al registrador todas las personas jurídicas inscribibles, aunque lo sean en un registro público distinto del RM, y al notario todas las naturales, quizá con la excepción de aquellos empresarios que ya figuren inscritos en el RM, bien con carácter necesario (ERL), bien por haberlo sido voluntariamente con anterioridad, o por solicitud en ese mismo momento . Quedan en un terreno difuso las personas jurídicas que no se inscriben en algún registro público, como las sociedades civiles (salvo las profesionales), aunque tengan personalidad jurídica y aparezcan como deudoras. Como quiera que la atribución de competencia al notario no está ceñida estrictamente a las personas naturales, sino que aparece definida por exclusión de la previamente atribuida al RM, cabe entender que se extiende a las personas jurídicas que no sean inscribibles en algún registro jurídico.”

³⁴⁰ En igual sentido BERGÉZ ANGÓS, I., “El acuerdos extrajudicial de pagos en la Ley de Apoyo de los Emprendedores”, *Diario La Ley*, número 8.214, 2014, pp. 1-6, esp. p. 3.

³⁴¹ Para CABANAS TREJO, R, <<Algunas....>>op cit. si bien referido a Acuerdos Extrajudiciales de Pago: “Se demarca con ello una clara línea de separación entre la situación concursal y la meramente preconcursal. En un concurso el sujeto inscribible ha de ser objeto de previa inscripción para que la hoja abierta sirva de soporte al largo historial de resoluciones que surgen en el mismo (arts. 24.2 LC y 320 RRM), y que puede acabar, incluso, con una sentencia de calificación que le inhabilite. Completamente distinta es la situación en el AEP, pues el RM/N intervienen en su condición de funcionarios para cimentar un procedimiento extrajudicial que se ha querido autónomo, donde la publicidad final se consigue a través de la puesta a disposición del expediente en el RM/N, y para ello, y mientras tanto, se da publicidad al AEP mismo y a su tramitación mediante el BOE, el Registro Civil –RC- y el RPC, por no hablar de los registros de bienes (aunque esto último me parece un exceso del legislador, no

consideración de funcionarios públicos, para dicha función, atribuida por la legislación³⁴². Quizás aparece en este caso, también, la figura señalada por el Tribunal Supremo – para otros supuestos- de “arbitrador” en Sentencia de 2 de noviembre de 2012³⁴³. En tal sentido señalaba el alto Tribunal, para un supuesto de intervención de auditor a efectos de valoración (valor razonable) de acciones que “[p]ese a que el apartado 10.b.5 de la resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas que fija la norma técnica para la valoración de acciones de 23 de octubre de 1991, califica al auditor como árbitro en la determinación del valor de transmisión o reembolso de las acciones”, como hemos declarado en la sentencia 926/2007, de 21 de septiembre, se trata de un arbitrador legal, figura distinta a la del árbitro, ya que, como precisa la sentencia 765/2010, de 30 de noviembre, “este último resulta encargado de dirimir una cuestión entre las partes, mientras que el arbitrador, desempeña una función por encargo de las partes³⁴⁴”. De hecho el artículo 2 de la derogada Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre 1953, disponía que “no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente”. El control del “arbitrio”- sigue diciendo- parte de la posibilidad de impugnación (como también es el caso) ante los Tribunales (en este sentido, sentencia 87/2010, de 9 de marzo, y las en ella citadas), afirmando la de 10 de marzo de 1986, con referencia al arbitrador del artículo 1447 del Código Civil, que “a pesar de que ese precepto no regula la posibilidad de impugnación como lo hiciera el derecho histórico (Partida Quinta, título quinto, ley noventa: “... e si éste, en cuya mano lo meten, señalase el precio desaguissadamente, mucho mayor o menor de lo que vale la cosa, entonces deve ser endereçado el precio según alvedrío de omes buenos”), tanto la doctrina científica, que acude por analogía al artículo mil seiscientos noventa del propio Código, como la jurisprudencial contenida en las sentencias de veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y seis y veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y seis, dan paso a la posibilidad de tal censura”. A su vez la sentencia 822/2006, de 1 de septiembre, declaró que “la llamada a la equidad no es autónoma, sino ligada a la desviación de las instrucciones señaladas por las partes a los arbitadores”. En definitiva- termina la referida sentencia- cabe el control de la actuación del auditor y su ajuste al mandato legal (como vuelve a ser el caso) o estatutario de tal forma que su incumplimiento, además de la responsabilidad a que pudiere dar lugar, permite, cuando el indicado no fuera “razonable”, su

deja de estar ahí), sin perjuicio de las comunicaciones directas a los propios acreedores interesados. El precurso para nada demanda la carga de la inscripción previa necesaria, salvo que interesadamente se quiera utilizar sólo como excusa para conseguir nuevas inscripciones”

³⁴² Nuevamente la reforma producida por el RDL 1/2015 pretende distribuir, en el 232.3 LC, esta competencia a la que ahora se unen las Cámaras de Comercio. El art. 242 bis deja claro que cuando se trata de personas naturales no empresarios la competencia es notarial; pero la atribución de competencia a las Cámaras de comercio para persona jurídica o persona natural empresario parece volver a realizar la citada distinción. La adicional primera de la Ley 20/2015 desarrolla la función de estas Cámaras.

³⁴³ STS 7812/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7812

³⁴⁴ En este supuesto el encargo de las partes también se inicia con el periodo de negociaciones o con el acuerdo mismo.

impugnación sin necesidad de *manifesta iniquitas* (manifiesta iniquidad) o de una actuación de mala fe.

Es la persona natural no empresario la que más problemática puede suscitar a tal efecto sin que, como decimos, esté excluida expresamente. No obstante la última reforma producida por la LO 7/2015 introduciendo la competencia del juzgado de primera instancia para conocer de los concursos de personas jurídicas contradice el apartado 5 de dicha DA 4ª en tanto atribuye la competencia al juzgado de lo mercantil. En tal caso la norma pudiera ser aclaratoria de su regulación de cara exclusivamente al empresario. De otro lado el cumplimiento de los requisitos exigidos a los efectos de homologación y arrastre puede plantear serios problemas en un posterior concurso de acreedores³⁴⁵. Se habla de pasivos financieros, comerciales o laborales; se remite al 71 bis 4 para el nombramiento, en su caso, de experto independiente que, a su vez, se remite a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil³⁴⁶. Aumentos de capital, conversión de deuda, etc nos lleva nuevamente a excluir esta posibilidad. Pero lo más grave es, precisamente, que se remite a los requisitos del 71 bis (letra a y apartados 2º y 3º de la letra b del apartado primero) que recoge lo siguiente:

a) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y

b) Con anterioridad a la declaración del concurso:

- Se emita certificación del auditor de cuentas³⁴⁷ del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.
- 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.

No existe problema en cuanto a la posibilidad de un plan de viabilidad pero el mismo va condicionado a que su valoración permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y por otro lado se exige certificación del auditor de cuentas en los términos previstos³⁴⁸. Es por ello que en principio parece, por tanto, excluirse de la citada norma de

³⁴⁵ Incluso ahora se complica un poco más con la redacción del artículo 242 bis LC aplicable específicamente a la persona natural no empresario.

³⁴⁶ El nombramiento de un experto independiente corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. 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

³⁴⁷ En tal sentido nada dice la nueva Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. «BOE» núm. 173, de 21/07/2015, a la que habrá que atender actualmente y queda por ello pendiente de desarrollo. En cualquier caso no es una simple auditoría que en líneas generales, conforme a dicha norma y su exposición de motivos “...debe señalarse que la auditoría que se regula no supone garantía alguna respecto a la viabilidad futura de la entidad auditada ni de la eficiencia o eficacia con que la entidad auditada haya dirigido o vaya a dirigir su actividad”.

³⁴⁸ Este último puede salvarse igualmente en la misma apreciación que hemos señalado referida al “arbitrador” y a la sentencia de 2012 del Tribunal Supremo ya citada.

homologación a la persona natural no empresario³⁴⁹ aunque expresamente no se señale nada.

No se ha excluido de este ámbito lo previsto en el apartado 15 de la Recomendación de 12 de marzo de 2014 de la Comisión que recoge: *“Conviene excluir del ámbito de aplicación de la presente Recomendación a las empresas de seguros, las entidades de crédito, las empresas de inversión y otras entidades de inversión colectiva, las entidades de contrapartida centrales, los depositarios centrales de valores y otras entidades financieras que estén sujetas a marcos de cobro y resolución especiales en los que las autoridades nacionales de supervisión dispongan de amplios poderes de intervención.”* Pero a tal efecto debemos señalar que respecto de entidades sujetas a esa intervención tenemos la disposición adicional segunda de la ley concursal en donde se recoge lo que la doctrina denomina el derecho paraconcursal aplicable a estos supuestos.

3.2. Acreedores de pasivos financieros.

Al tratar el supuesto de legitimación al objeto de solicitar la homologación ya hemos señalado que el legislador ha recogido inicialmente a pasivos financieros. Decíamos entonces que de conformidad al plan general contable (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad³⁵⁰) los pasivos financieros se clasificarán en alguna de las siguientes categorías: débitos y partidas a pagar (fundamentalmente, proveedores), pasivos financieros mantenidos para negociar y otros pasivos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias³⁵¹.

De conformidad a las normas de registro y valoración (norma 9ª) un instrumento financiero es un contrato que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra empresa. Deberíamos considerar como incluidos entonces:

1. Pasivos financieros propiamente dichos:
 - Débitos por operaciones comerciales: proveedores y acreedores varios;
 - Deudas con entidades de crédito;
 - Obligaciones y otros valores negociables emitidos: tales como bonos y pagarés;
 - Derivados con valoración desfavorable para la empresa: entre ellos, futuros, opciones, permutas financieras y compraventa de moneda extranjera a plazo;– Deudas con características especiales, y
 - Otros pasivos financieros: deudas con terceros, tales como los préstamos y créditos financieros recibidos de personas o empresas que

³⁴⁹ La Recomendación de 12 de marzo de 2014 de la Comisión expresamente señala que : Aunque el sobreendeudamiento y la insolvencia de los consumidores no entran en el ámbito de aplicación de la presente Recomendación, se insta a los Estados miembros a estudiar la posibilidad de aplicar estas recomendaciones también a los consumidores, ya que algunos de los principios recogidos en la presente Recomendación también les pueden ser aplicables

³⁵⁰ «BOE» núm. 278, de 20/11/2007

³⁵¹ Pensemos que la deuda de la empresa es toda financiera y por tanto todo puede considerarse como pasivo financiero. El concepto es meramente jurídico y se obtiene desde una interpretación por eliminación excluyendo de estos los créditos públicos, laborales y los créditos derivados de actividad comercial por así requerirlo la norma.

no sean entidades de crédito incluidos los surgidos en la compra de activos no corrientes, fianzas y depósitos recibidos y desembolsos exigidos por terceros sobre participaciones.

2. Algún supuesto de instrumentos de patrimonio propio complejo.
3. Derivados financieros y coberturas financieras.

En supuestos de sindicación se matiza que a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, se entenderá, en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última³⁵². A este respecto la norma, de redacción confusa había dado lugar a dos supuestos diferentes:

- Por un lado a la consideración del mismo acuerdo que se pretende homologar como pacto de sindicación. En este caso la mayoría exigida sería del 75% vinculando por tanto este porcentaje al minoritario restante. Parecería entonces que el porcentaje exigido sería superior al 51% que como regla se exige y estándar a ese 75% para el resto de los supuestos (calculado sobre el pasivo y no en la distinción de pasivos y garantías) respecto del otro 25%. Pero exigiría que todos hubieran firmado el pacto de sindicación o, por otro lado, que el acuerdo recogiera por un lado pacto de sindicación entre algunos de los acreedores y por otro acuerdos no sujetos al mismo que exigirían las mayorías de arrastre que ordinariamente se fijan. No parece lógico a tal efecto que se diga que el propio pacto puede recoger otras mayorías inferiores y habría de estarse a ellas pero la redacción, acomodada conforme lo hemos señalado, podría dar lugar a esta interpretación. Cuestión que debe rechazarse porque en sí mismo el pacto de sindicación conlleva el acuerdo de dichos acreedores pero que justifica la necesidad de reinterpretarlo en tanto pueda contener otros acuerdos que extiendan efectos, en caso de homologación, a otros acreedores disidentes o incluso a esa minoría no afectada por el efecto que se quiere automático del arrastre.
- Por otro lado entender que esa mayoría del 75% se refiere a una mayoría de votos que vincularía al total cuando se obtengan si se trata de acreedores que ya tienen un pacto de sindicación anterior y que se someten a la refinanciación.

³⁵² Con el mismo efecto pretendido por la reforma 4/2014 se introduce un supuesto en la reforma 11/2014 para los casos de convenio. En tal sentido se señala el 121.4 LC: “En caso de acuerdos que, tras la declaración del concurso, sigan sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que los acreedores votan a favor del convenio cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta previsión se aplicará para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes.”

La exposición de motivos justifica dicha medida conforme a lo siguiente: *“Por otro lado, se establece una medida destinada a evitar la sobreponderación artificiosa de determinadas participaciones minoritarias en acuerdos sindicados de financiación que hasta la fecha estaban dificultando enormemente la homologación de algunos acuerdos. De este modo se establece un límite al porcentaje de votos favorables en el sindicato cuando se trata de un acuerdo global de refinanciación del deudor. Se evitan de este modo ciertos comportamientos oportunistas que no buscaban otro beneficio que el ligado a la sobrevaloración de un pasivo por parte del resto de acreedores que veían de este modo incrementado su propio sacrificio.”* La referencia a “acuerdo global de refinanciación del deudor” y su relación con el sindicato parece querer que sea la segunda de las opciones. Corrobora esto la reforma producida respecto de los convenios en el 121.4 LC cuando señala que *“[S]e introduce igualmente la regla ya aprobada respecto a los convenios pre-concursales en lo referente a las mayorías máximas exigibles para los pactos de sindicación, que será del 75 por ciento (artículo 121.4)”* y en donde claramente no se puede referir a un convenio con pacto de sindicación por la propia naturaleza del mismo. Pero de cualquier forma la redacción permite la interpretación máxime cuando no se recoge en el marco de las mayorías sino dentro del apartado del ámbito subjetivo³⁵³. La reforma propuesta en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 y que finalmente culmina en la redacción dada por la Ley 9/2015, recoge expresamente, con modificación de los artículos 71 bis y adicional cuarta:

- *“A los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo se entenderá que, en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.”*
- *En caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.*

3.3. Acreedores excluidos de la solicitud, pero no de la posibilidad de adhesión.

³⁵³ Otra cuestión a tratar, que veremos en efectos del acuerdo, es ciertamente el resultado de ese acuerdo y la supervivencia del pacto de sindicación.

De conformidad a la citada adicional quedarían excluidos de tal concepto, por indicación de la propia norma, los acreedores por créditos laborales³⁵⁴, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público que, salvo estos últimos, podrán adherirse posteriormente.

Se produce por ello y con la reforma un tránsito del concepto “entidad financiera” al de “pasivos financieros” que los autores³⁵⁵ habían venido limitando a los supuestos del artículo 8 de la Ley 13/1985³⁵⁶, de 25 de mayo de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de Intermediarios³⁵⁷ (hoy derogada). Y por ello acomodando las posibilidades de refinanciación a cualquier supuesto, en los términos que hemos señalado, de pasivos financieros al margen de quien sea el financiador³⁵⁸.

En relación a lo anterior la norma señala que no se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías necesarias, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta Disposición adicional. De conformidad a ello se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado (en este caso deudor) persona jurídica³⁵⁹:

1.º Los socios y, cuando éstos sean personas naturales, las personas especialmente relacionadas con ellos conforme a lo dispuesto en el apartado primero del precepto, que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. El apartado primero del precepto es extremadamente amplio³⁶⁰.

³⁵⁴ De conformidad al artículo 94.2.1º de la Ley Concursal se entiende por tales “... los acreedores de derecho laboral. Quedan excluidos los vinculados por la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en lo que exceda de la cuantía prevista en el artículo 91.1.º” La enmienda número 2 introducida en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 recoge a tal efecto una modificación: “A estos efectos tendrán igualmente consideración de acreedores de derecho laboral los trabajadores autónomos económicamente dependientes en cuantía que no exceda de la prevista en el artículo 91.1.º.”

³⁵⁵ Vid en tal sentido DE CÁRDENAS SMITH Y GARCÍA RODRIGUEZ << El concepto de entidad financiera a los efectos de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal >> *Diario La Ley*, número 8192, de 15 de noviembre de 2013.

³⁵⁶ Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. «BOE» núm. 127, de 28/05/1985

³⁵⁷ Esta disposición ha sido derogada. Vid Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. «BOE» núm. 156, de 27 de junio de 2014,

³⁵⁸ Debemos tomar en consideración lo previsto en la disposición final 7ª de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias, equiparando la posición de SAREB y de quienes por cualquier título adquieran préstamos o créditos de esta, a la de entidades financieras a los efectos de la adicional 4ª LC

³⁵⁹ Tomamos cuenta aquí de la reforma que del artículo 93.2 se produce con el RDL 1/2015 y de la Ley 25/2015.

³⁶⁰ A tal efecto recoge como personas relacionadas: 1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. 2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior. 3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los

2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Con anterioridad a la reforma del RDL 1/2015 en este mismo apartado se recogía el siguiente contenido: “*Salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la Disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad.*” Tras dicha reforma se suprime esta referencia y la primera de las normas nos lleva a una limitación mucho más estricta pero ya sin presunción. Se introduce, sin embargo, otra que señala que “[L]os acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente³⁶¹ todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio³⁶². Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.”

descendientes y de los hermanos del concursado. 4.º Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio. 5.º Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior. 6.º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho.

³⁶¹ La referencia a acreedores que “directa o indirectamente” hayan capitalizado debe considerarse desde la suscripción; es decir solo será aplicable a quienes hubieren suscrito el acuerdo y no a aquellos que como consecuencia del arrastre hayan capitalizado. La norma habla de suscripción y la capitalización indirecta lo es porque se realice a través de sociedades participadas u otros supuestos similares.

³⁶² La referencia a dicha limitación (“como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio”) podría delimitarse en virtud de la distinción entre lo que si se refinancia y lo que no es objeto de refinanciación en su consideración de acreedores. Si bien la norma parece querer que por la simple refinanciación (de todo o parte) ya no tendrán esa consideración de administradores de hecho (con presunción iuris tantum) lo cierto es que debemos delimitarlo en función de:

1º. Se deriva de la suscripción y de la existencia de capitalización de deuda.

2º. Solo lo es respecto de los nuevos cargos que hubieren obtenido como consecuencia de dicha capitalización y no porque tuvieron esa consideración anteriormente. Es decir no se purifica la relación.

3º. Sobre su extensión nos remitimos al último de los capítulos en cuanto a la incidencia concursal en la triple opción de considerar que lo es en relación a la totalidad de los créditos que ostenta el acreedor que ha capitalizado, a los créditos por los que ha participado en la refinanciación (por lo tanto excluyendo los que no han sido objeto de refinanciación) o simplemente a la nueva refinanciación (fresh money) que pudiera haber concedido.

3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado.

En este apartado entonces deberíamos aclarar que la distinción puede partir de considerar la posibilidad de que estos suscriban el acuerdo aunque no se computen como mayoría. La norma señala en este sentido que no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías pero sin excluirlos de la posibilidad de suscripción³⁶³. De hecho la norma señala que “*podrán quedar afectados*” y no que quedarán afectados en función de las mayorías, lo que nos lleva a plantear la posibilidad de que no lo sean o, a sensu contrario, que expresamente han de recogerse como afectados si se produce la homologación. Como expresamente se señala que podrán quedar afectados por la homologación lo lógico es también pensar que lo serán en función de que no lo suscriban y de que se produzca el efecto arrastre por las mayorías que la norma exige.

La adicional cuarta se remite al 93.2 LC y no al apartado tercero que recoge que “*[s]alvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.*” No hay por lo tanto una presunción en este sentido para los supuestos de homologación que, sin embargo podrá operar en supuestos concursales.

Pero en lo que respecta al ámbito subjetivo de la norma debemos distinguir entre su extensión inicial a los efectos de la solicitud de homologación y de las mayorías necesarias y la final en cuanto a quienes producirá sus efectos. Los acreedores comerciales y los laborales podrán adherirse posteriormente al acuerdo homologado lo que permite por tanto que el mismo se extienda. De esta forma podemos también distinguir entre aquellos que voluntariamente lo suscriban, los que voluntariamente se adhieran y a quienes el citado acuerdo va a afectar por arrastre:

- a) Quedan incluidos por tanto en el ámbito de la homologación quienes voluntariamente suscriban el acuerdo y lo firmen. En este supuesto debemos plantearnos si es posible una “adhesión” posterior de otros pasivos financieros que inicialmente no lo suscribieron. Y a tal efecto convendría señalar que nada impide esta adhesión si bien con las matizaciones que posteriormente haremos, al tratar del ámbito temporal. El párrafo 5º del apartado primero de la adicional señala que “*Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público*”. Esta norma no implica, a nuestro entender, la imposibilidad posterior de adhesión de acreedores de pasivos financieros sino una norma de adhesión para supuestos concretos que no tengan esa naturaleza. Quizás, entonces, deberíamos de hablar de suscripción posterior.
- b) Con las limitaciones señaladas a efectos de mayorías se podrán adherir los acreedores comerciales y laborales como hemos visto.

³⁶³ Debemos considerar igualmente el cambio producido en relación al artículo 93.2.2ºLC .

- c) Con las limitaciones y mayorías previstas quedarán igualmente afectados otros acreedores de pasivos financieros que no lo hubieran suscrito o disidentes tanto en relación a los créditos que tengan o no tengan garantía real en los términos indicados en la norma.

Ya hemos señalado las excepciones que la norma concursal establece respecto de la aplicación de los supuestos de compensación contractual y garantías financieras recogidas en el ámbito del RDL 5/2005. En tal sentido los juzgados de lo mercantil de Madrid³⁶⁴, en las citadas conclusiones, han venido a señalar una matización importante a este respecto que reproducimos³⁶⁵: *“Esta precisión viene a significar que la posición del acreedor con garantía financiera es igualmente inmune dentro y fuera del concurso, por lo que el pasivo con garantía financiera computará para el volumen total del pasivo financiero (ninguna disposición expresamente lo excluye, como sí hace en relación con el pasivo de personas especialmente relacionadas) y los titulares de las garantías financieras que se adhieran también serán tenidos en cuenta respectivamente a los efectos de las mayorías de pasivo financiero total y con garantía que en la Disposición Adicional 4ª se exigen. Sin embargo, los titulares de pasivos con garantía financiera no podrán verse afectados contra su voluntad por lo pactado en los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente”*. La matización realizada es que deberá entenderse la misma conforme a lo siguiente: *“Debe matizarse que esa protección exclusivamente vendrá referida al privilegio de tutela ejecutiva instaurado por el artículo 15.4³⁶⁶ del Real Decreto-ley 5/2005, siendo posible la afectación del crédito garantizado en los mismos términos que el de cualquier otro acreedor con garantía real.”* En relación a ello debemos considerar tres apartados importantes; por un lado su inclusión en el ámbito subjetivo de la norma; por otro en relación a la conformación de las mayorías para la adopción y arrastre que la misma exige y en tercer lugar en cuanto a los efectos. Limitándonos en este apartado solo al primero (aunque necesariamente relacionado con el resto de los supuestos) se señala en la norma que *“tendrán la consideración de medidas de saneamiento”*; ello nos lleva al citado RD 5/2005 en donde se definen en el artículo 14 del mismo lo que conlleva que esos acuerdos de refinanciación deban ser incluidos en el ámbito del mismo aunque realmente el legislador haya vuelto a utilizar una técnica de referencia (en este caso de similitud³⁶⁷). Si partimos de ello la protección que se otorga lo es en relación a la protección frente a la nulidad, la rescisión o a la limitación, restricción o

³⁶⁴ Nota aclaratoria de 20 de enero de 2015 publicada respecto de las conclusiones respecto de la modificación del RDL 11/2014.

³⁶⁵ Lo es en referencia a la Disposición Adicional 1ª del Real Decreto Ley 11/2014: *“A los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.”*

³⁶⁶ El citado precepto recoge: *“Los acuerdos de garantía financiera no se verán limitados, restringidos o afectados en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa, y podrán ejecutarse, inmediatamente, de forma separada, de acuerdo con lo pactado entre las partes y lo previsto en esta sección.”*

³⁶⁷ Hubiera sido más interesante modificar el citado apartado incluyendo entre los supuestos de saneamiento expresamente la homologación de estos acuerdos.

afectación en cualquier forma por tres supuestos: la apertura de un procedimiento concursal, la liquidación administrativa y, conforme a lo señalado, los acuerdos de homologación; y podrán ejecutarse, inmediatamente, de forma separada, de acuerdo con lo pactado entre las partes y lo previsto en esta sección. Ello nos lleva a considerar que nada de ello impide que voluntariamente se puedan someter a dicho acuerdo y por tanto (de forma contraria a lo que señalan las conclusiones de Madrid) nada impide que puedan entrar en el ámbito de dichos acuerdos. Pero a nuestro entender lo que hace la norma es establecer un derecho de separación (de forma similar a como se recoge para algunos supuestos concursales) que motivará que se tenga en cuenta a los mismos siempre que se sometan pero no para el supuesto en que ejerciten dicho derecho. El problema se sitúa entonces en la extensión de dicho derecho de separación y en su operatividad respecto del efecto arrastre cuando no estén incluidos. En este último apartado las citadas conclusiones parten de dos premisas: 1º . Que no están expresamente excluidos como si lo están los subordinados. 2º. Que computan para las mayorías. En relación al primero es evidente que no están expresamente excluidos precisamente porque se reconoce ese derecho de separación optativo y facultativo y por lo tanto dependerá de esa opción para poder incluirlos o no. En relación al segundo de los apartados también debemos considerar que si es facultativo no es lógico entender que siempre estarán incluidos puesto que la naturaleza de ese mismo derecho de separación (similar a lo previsto para el convenio concursal) determinará el mismo dado que ningún perjuicio se causa a estos precisamente por haber optado por esa ejecución separada. Y de igual forma decíamos que el problema también se sitúa en la operatividad respecto del efecto arrastre cuando no estén incluidos. A tal respecto las conclusiones de Madrid señalan que serán computados para las mayorías y que les podrá afectar (el acuerdo homologado por otros) en cuanto al crédito garantizado pero no en cuanto a las garantías. A tal efecto con ello resultará que el acuerdo será en sí mismo modificado en cuanto al crédito; si tomamos en consideración el artículo quinto del citado RD 5/2005 resultará que el mismo se define (partiendo del acuerdo de compensación contractual) en tanto *“prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones. El saldo neto deberá ser calculado conforme a lo establecido en el acuerdo de compensación contractual o en los acuerdos que guarden relación con este”*. El artículo sexto recoge que *“Se entiende por obligaciones financieras principales aquellas obligaciones garantizadas mediante un acuerdo de garantía financiera que dan derecho a un pago en efectivo o a la entrega de instrumentos financieros”*. El acuerdo de garantía financiera debe cumplir simplemente las formalidades del apartado octavo de la citada norma. Por tanto, y en tanto entre dentro del ámbito de la misma, resultará igualmente aplicable “la limitación a la limitación” que un efecto arrastre pudiera producir incluso con la matización realizada de que solo afecta al crédito garantizado. La casuística y los productos definidos en la norma son complejos y la exposición realizada parece solo haber tomado en consideración un simple acuerdo en donde se recoja un crédito (sin referencia al producto o servicio) con una garantía que pudiera considerarse financiera en relación a dicho real decreto. Ya hemos señalado al

respecto que la propuesta de enmienda 28 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 añade un nuevo supuesto a ello. Es interesante aquí resaltar la justificación de la misma que se pronuncia conforme a lo siguiente: *“Dado que la definición de las medidas de los procedimientos de insolvencia que realiza el artículo 12 de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, no comprende explícitamente actuaciones anteriores a la apertura de un procedimiento concursal, podría suscitarse alguna duda interpretativa sobre el hecho de si las medidas adoptadas en fase preconcursal quedan sometidas a los límites que establece el capítulo IV de dicha ley. Ciertas medidas adoptadas en el ámbito preconcursal como la suspensión de ejecuciones tras la comunicación del inicio de un acuerdo de refinanciación y la homologación de los acuerdos de refinanciación y, en particular, su extensión a aquellos acreedores disidentes, no deben aplicarse en el ámbito de los sistemas de pagos y liquidación de valores, regulados por la Ley 41/1999, de 12 de noviembre.”*

En relación a la posibilidad de aplicar dicho régimen al grupo societario nada dice la norma de homologación y no recoge que sea aplicable el marco de trabajo del art. 71 bis 1.b.1º en donde se recoge que *“[E]n 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.”* No parece en principio lógico que pudieran estar excluidos y así lo ha recogido el Auto de homologación de 12 de enero de 2015 del Juzgado de lo Mercantil 10 de Barcelona que ya hemos citado.

Un último aspecto a considerar en dicho ámbito es si sería posible la participación por suscripción de determinados acreedores financieros por pasivos que tuvieran dicha naturaleza pero limitados a determinados productos y no lo suscribieran (sometiéndose incluso al efecto arrastre en su caso si es posible) por otros pasivos de la misma naturaleza; en definitiva si un mismo acreedor puede participar en el citado acuerdo solo respecto de determinados créditos que tengan naturaleza de pasivos financieros y no por otros que también tuvieran dicha naturaleza. Nada opone la norma a ello siempre que el acuerdo obtenga las mayorías indicadas. Esto tendrá trascendencia en el efecto arrastre y en la legitimación a efectos de impugnación.

3.3.1. Acreedores excluidos de la solicitud y de la adhesión.

La norma expresamente excluye, tal y como hemos indicado, a los “acreedores de derecho público” tanto respecto de los conceptos de acreedores por pasivos financieros como a los efectos de una adhesión voluntaria que si permiten para comerciales o laborales.

La nomenclatura utilizada en la adicional cuarta es diferente a la que se ha venido recogiendo en la ley concursal. Así en el art. 91.4º LC, al respecto de los créditos con privilegio general, el legislador ha recogido literalmente lo siguiente: *“Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la*

Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe.” Con la reforma que se produce mediante el RDL 11/2014 (y posteriormente por el RDL 1/2015 y Ley 25/2015) la nueva clasificación de créditos con privilegio (general o especial) que regula el 94.2.5º LC – a los efectos del informe de la administración concursal- cambia la descripción desde la primera definición por la deuda a la segunda por la naturaleza del acreedor: “2.º Públicos, entendiéndose por tales los acreedores de derecho público”. Por lo tanto se ve un cambio importante en el concepto desde el crédito al acreedor siendo este, y no aquel, el que va a determinar la calificación y clasificación concursal.

En tal sentido ya se había pronunciado el Tribunal Supremo³⁶⁸ al señalar que *“[l]a ubicación sistemática de esta mención a los “demás (créditos) de derecho público”, a continuación de la referencia a los créditos tributarios y antes de que se añada “así como los créditos de la Seguridad Social”, permite equiparar la referencia completa a “(l)os créditos tributarios y demás de Derecho público” con la contenida en el art. 5.2 Ley General Presupuestaria (LGP) a los “derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal”, que comprende “los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas”. De este modo, los “demás créditos de derecho público” mencionados en el art. 91.4.º LC son, aparte de los tributos, los otros derechos de contenido económico que cumplan estos dos requisitos: i) sean titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos³⁶⁹; y ii) deriven de potestades administrativas”.*

Cuestión derivada de lo anterior es, a la vista de lo señalado, saber si la transmisión o subrogación por cualquier concepto por parte de la administración pública de determinados créditos que inicialmente fueron pasivos financieros que podrían estar sujetos, o comerciales o laborales que se pudieron adherir, se convierten en supuestos excluidos por la citada transmisión o subrogación. Nos referimos entonces a los supuestos de transmisión a SAREB³⁷⁰ o a aquellos que hubiera pagado, por ejemplo, el FOGASA³⁷¹.

La primera de las normas citadas ha sido modificada en varias ocasiones en cuanto al artículo 36³⁷² de la misma para los supuestos de transmisión de

³⁶⁸ Sentencia T.S. 472/2013 (Sala 1) de 16 de julio

³⁶⁹ En el ámbito de la adicional cuarta debemos considerar que se extiende a todas las administraciones.

³⁷⁰ Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. «BOE» núm. 275, de 15/11/2012. Ha sido derogada en su mayor parte y sustituida por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras («BOE» núm. 168, de 15/07/2015) en un régimen similar a la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

³⁷¹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. «BOE» núm. 75, de 29/03/1995. Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. BOE» núm. 92, de 17/04/1985. Ha sido derogado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

³⁷² •Se añade la letra k) al apartado 4 por la disposición final 2 del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre. Ref. BOE-A-2014-9133. •Se modifica la letra h) del apartado 4 por la

activos a la sociedad de gestión de activos que la norma regula por parte de entidades de crédito sujetas a actuación temprana, reestructuración o resolución. La reforma que se produce , posterior , por el RDL 11/2014 nos vino a aclarar este supuesto , añadiendo una letra K a dicho precepto con el siguiente contenido: *“Los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, aun cuando la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria³⁷³ tuviera la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor conforme al apartado 2 del artículo 93 de la Ley Concursal”*. Por lo tanto debemos entender que no tiene esa consideración de crédito de derecho público que lo exime y por tanto aplicándosele los mismos efectos en caso de adopción del acuerdo y posterior homologación³⁷⁴. Es conforme a ello la posterior derogación de la norma que se produce con la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en donde ya no se recoge dicha referencia.

En el supuesto del Fondo de Garantía Salarial el artículo 33.4.2º del Estatuto de los Trabajadores señala que *“[p]ara el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32 de esta Ley. Si dichos créditos concurriesen con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos*

disposición final 4.1 del Real Decreto-ley 14/2012, de 29 de noviembre. Ref. BOE-A-2013-12529. •Se añaden las letras h), i) y j) al apartado 4 por la disposición final 3.1 del Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo. Ref. BOE-A-2013-3199. •Se añade la letra g) al apartado 4 por la disposición final 4 del Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero. Ref. BOE-A-2013-2029.

³⁷³ Tengamos en cuenta a tal efecto que la norma solo habla de supuestos de reestructuración y no de actuación temprana o resolución. El artículo 2 de la misma define los supuestos: a) Actuación temprana: El procedimiento aplicable a una entidad de crédito cuando, de conformidad con lo previsto en el capítulo II, incumpla o existan elementos objetivos conforme a los que resulte razonablemente previsible que no pueda cumplir con los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa o control interno, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios, sin perjuicio del apoyo financiero público excepcional y limitado previsto en el artículo 9.f) de esta Ley. b) Reestructuración: El procedimiento aplicable a una entidad de crédito cuando, de conformidad con lo previsto en el capítulo III, requiera apoyo financiero público para garantizar su viabilidad y resulte previsible que dicho apoyo será reembolsado o recuperado de acuerdo con lo previsto en el capítulo V, o cuando no pudiera llevarse a cabo su resolución sin efectos gravemente perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero. c) Resolución: El procedimiento aplicable a una entidad de crédito cuando, de conformidad con lo previsto en el capítulo IV, esta sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, y por razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal.

³⁷⁴ La exposición de motivos de la reforma recoge: “La disposición final segunda matiza, con el objeto de evitar interpretaciones restrictivas, que los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) se tendrán en consideración a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para adoptar los acuerdos regulados en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.” Pero la cuestión es mucho más grave respecto de aquellos acuerdos que hayan sido homologados y que pudieran no haber computado dichos créditos. Los efectos en un posterior concurso pueden ser demoledores en tal sentido. Aunque el legislador haya querido darle un carácter interpretativo entendemos que solo a partir de su entrada en vigor con la nueva reforma esas mayorías deberán incluir igualmente a los créditos así transmitidos.

importes.” A este respecto la STS de 12 de febrero de 2010³⁷⁵ ya se pronunció (en un supuesto de tercería de mejor derecho por la existencia de un embargo) señalando que “[L]os créditos salariales, reclamados por los trabajadores o por FOGASA en virtud de la mencionada subrogación personal, gozan de privilegio, en virtud de la preferencia que les otorga la artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores que también se ha mencionado y transcrito, frente a cualquier otro crédito excepto el caso en que éste se halle garantizado con derecho real. La jurisprudencia ha sido reiterada en orden a mantener que no es el caso de la anotación de embargo que no atribuye por sí sola rango preferente al crédito objeto de la anotación (sentencia de 14 de diciembre de 1968) y no prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos (sentencia de 17 de marzo de 1978), lo que es reiterado por otras sentencias (sentencia de 12 de septiembre de 1983) en el sentido de que la anotación preventiva de embargo tiene por finalidad el garantizar las responsabilidades nacidas del crédito, "pero en manera alguna esa anotación modifica la naturaleza jurídica del crédito, ni convierte en derecho real sobre la finca anotada el personal" (sentencia de 30 de diciembre de 1986). En definitiva, el crédito de los trabajadores tiene "la condición de singularmente privilegiado y el goce de una preferencia sobre cualquier otro crédito a excepción de los créditos con derecho real..." que no es el caso ya que "la anotación de embargo no puede configurarse como un derecho real" (sentencia de 3 de julio de 1990),"cualidad que no tienen los créditos asegurados con una anotación preventiva de embargo" (sentencia de 1 de febrero de 1994).” Si a estos efectos la subrogación del FOGASA no cambia la naturaleza jurídica de los créditos y estos deben considerarse a tales efectos “laborales” nada impediría la adhesión posterior en el acuerdo de refinanciación lo que se adveniría con lo dispuesto en el artículo 84.5 LC cuando , tratando créditos contra la masa, recoge que “[s]atisfechas las prestaciones conforme a su normativa específica, el FOGASA se subrogará en los créditos de los trabajadores con su misma clasificación y en los términos del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores³⁷⁶ .”

³⁷⁵ STS 289/2010

³⁷⁶ Vid también 97.4.1º LC: Respecto de los créditos salariales o por indemnización derivada de extinción laboral, únicamente se tendrá en cuenta la subrogación prevista en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores

CAPITULO V.

CAPITULO V: COMPETENCIA, FORMALIDADES, ADMISIÓN, EFECTOS y PUBLICIDAD DE LA SOLICITUD DE HOMOLOGACIÓN.

1. Consideraciones previas.

Situados ya en la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal y determinada su naturaleza pre-concursal a los efectos de una refinanciación o reestructuración de deuda cuya homologación judicial se pretende, lo primero que debemos destacar de la misma y en cuanto a sus caracteres es:

- a) Se trata de una norma de naturaleza mixta procesal y sustantiva. En ella se regula el proceso de homologación y los recursos contra el mismo pero también las posibilidades, arrastres o vinculaciones, mayorías de acuerdos, efectos y consecuencias del cumplimiento o incumplimiento.
- b) Es única en cuanto a homologación pero comparte su vigencia con otros supuestos de protección de refinanciaciones (71 bis y 231 y ss LC) tanto colectivas como bilaterales o plurilaterales³⁷⁷.
- c) La homologación tiene como base un acuerdo de refinanciación de deuda entre privados con unas formalidades y mayorías concretas pero dirige su finalidad homologable a dos objetivos esenciales: (1) El arrastre o vinculación de otros posibles acreedores en función de esas mayorías. (2) La protección absoluta frente a un posterior proceso concursal. El primero conseguiría globalizar el proceso a los efectos de superar cualquier supuesto de crisis empresarial derivado, esencialmente, del crédito financiero; la segunda pretende dotar al sistema de seguridad jurídica con el fin de favorecer esos procesos respecto de los acreedores.
- d) Es un proceso potestativo si bien revierte en obligatorio, una vez solicitado, respecto de los que ocupan la posición contraria en el proceso de negociación.
- e) No es una norma literosuficiente puesto que para completarla debemos acudir a otras existentes en el cuerpo de la normativa concursal³⁷⁸.
- f) Sus efectos se estructuran en tres niveles diferentes:
 - a. Protección previa en el proceso de negociación al objeto de la refinanciación.
 - b. Protección durante la tramitación del procedimiento de homologación.
 - c. Protección tras el resultado de dicho proceso.

Dejando al margen la evolución del precepto la novedosa regulación prevista en el RDL 4/2014 (y posteriormente en la Ley 17/2014) que modifica la citada adicional, parte de la existencia de la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014. Como ya avanzamos dicha recomendación se publica con posterioridad a la citada reforma pero sigue, en aquello que regula, las indicaciones que la misma desarrolla. De conformidad a ello la exposición de motivos señala:

³⁷⁷ Dentro del proceso concursal y tras las reformas de 2014 y el RDL 1/2015 los artículos 100, 124 y 134 de la LC permiten también supuestos de reestructuración en procesos concursales pero ya dentro del propio concurso de acreedores. Respecto de personas físicas también tenemos lo previsto en Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

³⁷⁸ Esa remisión suele ser recíproca respecto de aquellas normas.

1º. Que la citada reforma acomete esencialmente un proceso de revisión de la homologación judicial regulado en la citada norma tanto para ampliar el ámbito subjetivo como para extender sus efectos a los disidentes o no participantes no solo a esperas sino también a otros supuestos como quitas, capitalización de deudas³⁷⁹ o cesión de bienes en pago o para pago.

2º. Que la misma se produce igualmente al objeto de eliminar la discrepancia existente entre la realidad subyacente y las posibilidades de viabilidad de los acuerdos regulados con el objetivo de fomentarlos y dotarlos de seguridad jurídica.

3º. Una de las novedades esenciales es la afectación de los deudores con garantía real que habían venido siendo dotados de una especie de “*derecho de separación*” o protección a efectos de dicha garantía. Se parte para ello de una realidad incontestable en dos sentidos: por un lado en cuanto a la situación del crédito principal y la posible afectación del crédito accesorio. Por otro en cuanto a la adecuación de la realidad económica y jurídica. En relación al primero se señala que se pretende dar mayor relevancia y nitidez a una distinción que ya está configurada jurídicamente: aquella que se produce entre obligación principal y obligación accesorio. A veces – dice la exposición de motivos- “se difumina dicha distinción, lo cual conduce también a una imperfecta regulación de los acuerdos de refinanciación. Lo que ha ocurrido en el tráfico jurídico y económico es que, a pesar de ser una obligación accesorio, la garantía ha adquirido un valor hasta cierto punto abstraído de la obligación principal, debido a su progresiva espiritualización, a su intangibilidad y a la posibilidad de transmisión del objeto de la garantía sin merma de la misma. Pero no puede perderse de vista que la garantía lo es siempre de una obligación principal y que, aunque el valor de la segunda dependa, también y entre otros, del valor de la primera, cada una conserva su esencia y características propias. Por ello, si la deuda principal puede ser afectada en caso de no tener cobertura de garantía real por el acuerdo de una mayoría muy cualificada de otros acreedores, la deuda cubierta con garantía real debe poder ser también afectada, siempre que el acuerdo mayoritario se adopte en este caso con mayorías cualificadas aún más elevadas pero computadas sobre el total de las garantías, es decir, por titulares de deuda garantizada que se encuentren en una situación similar a la del disidente o no participante en el acuerdo³⁸⁰.” Respecto de la segunda cuestión se cambia por ello el criterio de regulación en cuanto a una distinción objetiva más que subjetiva en este tipo de acreedores. Con ello se pretende partir de la realidad en esas garantías, del

³⁷⁹ Se establecen además determinadas medidas destinadas a favorecer la transformación de deuda en capital, rebajando las mayorías exigibles por la Ley de Sociedades de Capital y estableciendo, con las debidas cautelas y garantías, una presunción de culpabilidad del deudor que se niega sin causa razonable a ejecutar un acuerdo de recapitalización.

³⁸⁰ Consecuencia de ello es también una medida destinada a evitar la sobreponderación artificiosa de determinadas participaciones minoritarias en acuerdos sindicados de financiación que hasta la fecha estaban dificultando enormemente la homologación de algunos acuerdos. La reforma establece un límite – que posteriormente se introduce en la reforma producida por el RDL 11/2014 también para convenios- al porcentaje de votos favorables en el sindicato cuando se trata de un acuerdo global de refinanciación del deudor. El objetivo es evitar comportamientos oportunistas que pudieran conllevar una sobrevaloración artificial del pasivo que pudiera afectar al sacrificio de otros acreedores.

valor del bien y del gravamen que este soporta. De esa forma conseguir una equiparación entre realidad económica y jurídica³⁸¹.

4º. Procesalmente la reforma se pretende- conforme a la exposición de motivos- a los efectos de simplificar el proceso. Con ello se establece un primer análisis formal del juzgador, a los efectos de la homologación, en tanto a requisitos formales y de mayorías; será posteriormente cuando se permita, en impugnación, que puedan analizarse los contenidos del mismo. Es por ello que se acortan los plazos y se pretende celeridad y flexibilidad en esa fase que la propia exposición llama "preconcurso".

En el marco procesal la norma parte de una solicitud de homologación que ha de cumplir determinados requisitos. Entre estos no solo existen formalidades concretas sino criterios de contenido que vincularán o no la posibilidad de homologación, por un lado, y los efectos derivados de dicha homologación.

Entre los requisitos formales debemos destacar dos grupos concretos:

- a) Por un lado están aquellos exigidos y que deben producirse con carácter previo a la presentación de la solicitud y que se refieren al acuerdo objeto de homologación.
- b) Por otro lado aquellos que deben cumplirse junto con la propia solicitud.

³⁸¹ Ciertamente esa equiparación entre la realidad económica al momento actual en que se valora (cuestión que posteriormente veremos no queda del todo equiparada) y la realidad jurídica de una empresa en crisis que necesita refinanciar para mantenerse en el mercado queda condicionada a la viabilidad de la misma. En sí la medida parte de una valoración del bien o derecho y la aplicación porcentual minorada de la garantía o garantías sobre el mismo equilibrando su distribución en relación al valor de dicho bien o derecho. Por lo tanto nos encontramos con dos medidas trascendentales: (1) Por un lado la determinación del valor razonable del bien o derecho. (2) Por otro la determinación del gravamen en función de lo anterior y de la realidad posterior que pudiera devenir en supuestos de ejecución de dichas garantías. La primera supone una indirecta aplicación legal, en supuestos de refinanciación y posterior concurso, de la *rebus sic stantibus* tal y como ha sido, recientemente, entendida por el Tribunal Supremo en su Sentencia (TS) de 30 de junio de 2014 (STS 2823/2014). En la citada sentencia se recoge que "... en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional, como corresponde a una cláusula "peligrosa" y de admisión "cautelosa", con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: "alteración extraordinaria", "desproporción desorbitante" y circunstancias "radicalmente imprevisibles"; caso de la sentencia de esta Sala, de 10 de febrero de 1997, que es tomada como referente por la Audiencia Provincial. Por contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de esta figura, reconocible ya en las Sentencias de esta Sala (SSTS) de 17 y 18 de enero de 2013 (núms. 820 y 822/2012, respectivamente) en donde se reconoce que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios Unidroit, Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil)."

Por lo tanto y a dichos efectos las formalidades que debemos analizar parten de un proceso inicial negociador, cubierto o no en virtud de la facultad del deudor para la comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal.

Todos ellos se construyen desde diferentes fases que a efectos esquemáticos resumimos en las siguientes:

Primera fase: Negociación y formalización del acuerdo.

Segunda fase: Inicio del proceso de homologación por ante el juez competente.

Tercera fase: publicidad y control inicial del juzgador.

Cuarta fase: resolución judicial sobre la homologación.

Quinta fase: impugnación de la resolución judicial.

Sexta fase: Tramitación y resolución sobre la impugnación.

Séptima fase: recursos contra la resolución judicial sobre la impugnación.

Octava fase: ejecución del acuerdo de homologación.

Novena fase: cumplimiento e incumplimiento del acuerdo de homologación.

Décima fase: posibles actuaciones posteriores a la declaración de incumplimiento.

Undécima fase: limitación de nueva homologación.

De igual forma que hemos estructurado en fases el proceso de homologación podemos delimitar igualmente los efectos derivados del mismo en cada una de ellas. Así podríamos señalar:

- a) Efectos derivados de la comunicación del proceso de inicio de negociaciones al objeto de una posterior homologación³⁸².
- b) Efectos derivados del propio acuerdo de refinanciación o reestructuración en la medida en que así lo hubieren querido las partes.
- c) Efectos derivados de la presentación de la solicitud de la homologación si esta se produce dentro del periodo de negociaciones protegido por la comunicación del art. 5 bis pero se extiende, en cuanto a su admisión, más allá de la misma.
- d) Efectos derivados de la propia solicitud de homologación una vez admitida a trámite.
- e) Efectos derivados de la propia homologación.
- f) Efectos derivados de la estimación de la impugnación de la homologación judicial.
- g) Efectos derivados del incumplimiento del acuerdo de homologación.
- h) Efectos derivados del acuerdo de homologación en un posterior concurso de acreedores³⁸³.

2. Competencia judicial a efectos de la homologación.

2.1. Introducción.

³⁸² En este supuesto nos remitimos a lo ya señalado a tal efecto al respecto del artículo 5 bis de la LC.

³⁸³ A estos efectos este tema será tratado en el último capítulo.

La reforma RDL 4/2014 (nuevamente confirmado con la Ley 17/2014), siguiendo el régimen ya previsto en las anteriores, recogió la homologación judicial de estos acuerdos de refinanciación dentro del ámbito de la normativa concursal. Sigue en ello el esquema de las normas del derecho extranjero más cercano³⁸⁴, en donde cualquier supuesto de reorganización o reestructuración empresarial se sitúa en órganos especializados en el marco de la empresa o de la insolvencia.

El apartado 5 de la adicional cuarta recoge en tal sentido: “*La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores*”. Cuestión esta que puede plantear multitud de problemas pero que en líneas generales debemos integrar con lo dispuesto en el artículo 86 ter de la LOPJ, 8, 9, 10, 11 y 12 de la Ley Concursal³⁸⁵ y 46 y 61 de la LEC. Y por otro lado conforme a lo dispuesto en la Disposición Final quinta de la Ley Concursal a cuyos efectos conviene destacar igualmente lo previsto en el artículo 197 de la misma referida a los recursos.

Tal y como está redactada la norma pretende un tratamiento unitario de la competencia (objetiva, territorial y funcional) por remisión a las normas de competencia en materia concursal. No es intrascendente esta afirmación si partimos de la necesidad de integrar la misma no solo como supuesto remitivo sino también como delimitación de cualquier problemática que sobre el presupuesto procesal pueda derivarse de ello.

Debemos partir nuevamente, entonces, de la localización de las normas de refinanciación en el marco de la normativa concursal. En lo que a este trabajo se refiere y por tanto respecto de la posibilidad de homologación de acuerdos de refinanciación, dentro de las disposiciones adicionales³⁸⁶. Es a partir de ahí desde donde debemos partir para configurar o no un sistema completo o, en su caso, remitivo, respecto de la competencia.

Ya hemos señalado que el apartado cinco refiere la competencia objetiva, primero, al juez mercantil. Por lo tanto completa con ello el marco normativo

³⁸⁴ Así en Italia el concordato preventivo (arts. 160 y ss LF), de los accordi di risanamento (art. 67.III.d LF), de los accordi di ristrutturazione (art. 182.bis LF), y la última reforma producida por la Ley 3/sobre el sobreendeudamiento de consumidores o empresarios no sujetos a los procesos concursales ordinarios. En el Derecho alemán la InsO regula dos figuras específicas: La Eigenverwaltung mediante la cual el deudor que solicita el concurso puede solicitar, como en el DIP norteamericano, que se le mantenga en la gestión de la propia empresa y que en lugar de un administrador concursal (Insolvenzverwalter) se nombre un controlador o síndico (Sachwalter), con funciones de intervención muy limitadas. En Francia el sistema de alertas permite que se pueda solicitar por ante el Tribunal de Comercio una convocatoria del equipo directivo, administración o management a los efectos de poner solución a esa situación. En este régimen también es posible nombrar un mandatario ad hoc a los efectos de intentar un acuerdo o conciliación también por ante el citado Tribunal. (art. L621-4 CCom). El sistema Belga distingue tres fases. En la primera (de recopilación de datos) ya interviene la sala de investigación del tribunal y la posibilidad de que ésta designe, a instancia del deudor, un mediador de empresa para facilitar la reorganización o uno o más administradores judiciales en supuestos de grave peligro para la continuidad de la empresa. La segunda (convenio amistoso) y la tercera (reestructuración) se realiza también por ante el tribunal. En Portugal existe un proceso especial de revitalización por ante el Tribunal de Insolvencia.

³⁸⁵ Seguiremos en el marco de la misma el régimen de competencia trabajada por DÍAZ MARTINEZ M, *El proceso Concursal*. Editorial Ramón Areces. 5ª edición. Pgs. 27 a 47.

³⁸⁶ Debemos remitirnos en este apartado al Capítulo III en donde analizamos la naturaleza adicional de la misma.

del artículo 86 ter de la LOPJ. En segundo lugar al juez mercantil que sea territorialmente competente para conocer de una futura solicitud de declaración de concurso de acreedores sin distinguir entre supuestos de concurso voluntario, concurso necesario o concursos conexos.

Desde otra perspectiva la norma se sitúa en el marco de una adicional de la ley concursal y por lo tanto como régimen jurídico especial que implica la creación de normas reguladoras de situaciones jurídicas diferentes de las previstas en la parte dispositiva de la norma. Tal y como ya hemos referido la Resolución de 28 de julio de 2005 señala que estos regímenes determinarán de forma clara y precisa el ámbito de aplicación, y su regulación será suficientemente completa para que puedan ser aplicados inmediatamente. A tal efecto distinguimos ambos supuestos:

- a) **Ámbito Subjetivo.** A él nos hemos referido profundamente en el capítulo anterior.
- b) **Regulación completa.** En tal sentido la regulación sobre la competencia parte de una atribución prevista en el artículo 86 ter de la LOPJ³⁸⁷. Como consecuencia de la creación de los juzgados de lo mercantil la citada norma añade el mencionado artículo para atribuir a los mismos competencias concursales y competencias añadidas³⁸⁸. Las competencias concursales parten del carácter universal del concurso y por ello se justifica la concentración en un sólo órgano judicial de 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 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. Estas competencias serán reproducidas en el artículo 8 de la Ley Concursal³⁸⁹.

³⁸⁷ Según modificación realizada por la ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 164, de 10/07/2003

³⁸⁸ La exposición de motivos se refiere a estas señalando: De otro lado, la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo y su repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento aconseja avanzar decididamente en el proceso de la especialización. Con tal finalidad, se encomiendan a los juzgados de lo mercantil otras competencias añadidas a la materia concursal, abriendo con ello un camino de futuro que debe rendir frutos importantes en el proceso de modernización de nuestra Justicia. Interesa añadir en este punto dos aclaraciones importantes. La denominación de estos nuevos juzgados alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, siendo así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles. De hecho, el criterio seguido para esta atribución, dentro del orden jurisdiccional civil, no responde a directrices dogmáticas preestablecidas, sino a un contraste pragmático de las experiencias que han adelantado en nuestra práctica judicial este proceso de especialización que ahora se generaliza. Se parte así de unas bases iniciales prudentes que habrán de desarrollarse progresivamente en los años venideros, de acuerdo con la experiencia que se vaya acumulando.

³⁸⁹ Ya hemos señalado la afectación que se produce con la reforma de la LO 7/2015 que reforma la LOPJ en tanto sitúa la competencia concursal de supuestos de personas naturales

- c) De aplicación inmediata. Esa inmediatez no se refiere a la posibilidad de su aplicación sin atender a un régimen transitorio que por otro lado ya se contempla, sino a una aplicación directa en función del contenido de la misma.

Tal y como lo hemos configurado, por tanto, la competencia determinada para la homologación de los acuerdos de refinanciación de la adicional cuarta participa de la naturaleza concursal de las normas de competencia previstas para el concurso de acreedores. Esa competencia objetiva lo es al juez mercantil y en concreto al juez competente para conocer del concurso de acreedores. Por lo tanto conlleva una remisión a la normativa propia concursal y en tal sentido a todo el elenco de normas que allí lo regulan- salvo las excepciones que pueda prever la misma- y conforme se desarrollan y matizan respecto de la normativa rituarial ordinaria.

Se asume con ello las reglas determinantes de la competencia para la tramitación del concurso de acreedores conforme hemos recogido más arriba.

Como norma procesal concursal- por tanto- se sitúa dentro del elenco de normas procesales concursales; de esta forma el régimen previsto en la adicional cuarta participa (como también lo hemos señalado al respecto del artículo 5 bis LC) igualmente de esa naturaleza. Esto conlleva que esa aplicación inmediata (rectius directa) deba ser vista, analizada, interpretada y aplicada de conformidad al cuerpo en el que se inserta; y por ello siguiendo los criterios del derecho positivo y los principios que informan la norma en la que se inserta.

2.2. Competencia judicial internacional.

El tratamiento de la competencia judicial internacional al respecto de la homologación de acuerdos de refinanciación previstos en la adicional cuarta tiene más que ver con el propio acuerdo que con el mismo proceso.

La remisión genérica que realiza el apartado quinto de la citada adicional a la normativa concursal nos sitúa en el ámbito de lo previsto en el artículo 199 LC en tanto señala: *“Las normas de este título se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia³⁹⁰ y demás normas comunitarias o convencionales que regulen la materia. A falta de reciprocidad o cuando se produzca una falta sistemática a la cooperación por las autoridades de un Estado extranjero, no se aplicarán respecto de los procedimientos seguidos en dicho Estado, los capítulos III y IV de este título.”*

En el Reglamento de 2000 los supuestos que allí se recogen lo son en relación al mismo proceso de insolvencia, determinando la competencia en función del citado Reglamento Europeo o previendo una normativa concreta, integrada con reciprocidad, para otros supuestos extracomunitarios. Conforme a su

no empresarios en los juzgados de primera instancia; pero también hemos señalado la problemática existente al respecto de considerar una adicional cuarta respecto de estos sujetos y el carácter posiblemente aclaratorio en tal sentido de la citada reforma cuando atribuye dicha competencia.

³⁹⁰ El Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia será sustituido en junio de 2017 por el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia.

considerando 6 y con arreglo al principio de proporcionalidad, el Reglamento debería limitarse a unas disposiciones que regulen la competencia para la apertura de procedimientos de insolvencia y para decisiones emanadas directamente de dichos procedimientos, con los que están en estrecha relación. Asimismo, debería contener disposiciones relativas al reconocimiento de esas decisiones y al derecho aplicable, que satisfagan igualmente dicho principio. El objetivo es evitar el “*fórum shopping*”, es decir, evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable.

Cuando la norma se remite al juez competente para declarar el concurso (veremos esta competencia posteriormente) se alude igualmente a lo previsto en el artículo 10.1 LC: “*La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél.*” Desde ahí se coligue que el juez competente para tramitar la homologación de un acuerdo de refinanciación, en el ámbito internacional, es el juez en donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales³⁹¹. En tal sentido se recoge en el nuevo Reglamento 848/2015.

Sin embargo y como ya hemos estudiado esta petición de homologación es facultativa y por lo tanto nada impide que la misma pueda no someterse a homologación o que lo sea conforme a la normativa de cualquier otro país en los términos públicos o privados que allí se hubieren regulado.

A este respecto el proceso de homologación quedaría afectado esencialmente por la atribución competencial que pudiera hacerse al juzgado de lo mercantil (juez que debiera en su caso declarar el concurso) cuando de supuestos comunitarios o internacionales se refiera. De otra forma dicho la posibilidad de homologación por ante el juzgado de lo mercantil solo se va a dar, en el marco internacional, en tanto el deudor pueda ser declarado en concurso de acreedores por un juez español; pues la remisión legal al juez de lo mercantil que deba conocer de la declaración del concurso de acreedores de ese deudor limita ese procedimiento al marco español (como no podía ser de otra forma) pero también los efectos que de la misma se puedan derivar.

Y lo anterior se producirá tanto en los supuestos en que exista un procedimiento principal o un procedimiento secundario (territorial) del que sea competente el juez español.

No obstante – y tal y como hemos avanzado- la problemática surgirá entorno al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras que puedan contradecir (en cuanto a procedimientos iniciados en dichos estados) los efectos determinados respecto de una posible homologación tal y como está planteada en la adicional cuarta. Aunque nos referiremos a ello cuando tratemos los efectos de la homologación, nos interesa ahora delimitar esa competencia internacional sobre la base de la competencia principal o secundaria que, respecto de la Unión Europea, recoge el Reglamento 1346/2000 y que ahora,

³⁹¹ Posteriormente veremos la problemática existente como consecuencia de la ampliación de legitimación que se produce también, a este respecto, cuando se permite a los acreedores firmantes que presenten dicha solicitud de homologación.

para estos instrumentos, también recoge el Reglamento 848/2015. A tal efecto y siguiendo los mismos:

1. Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.

2. Cuando el centro de los intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro sólo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si éste posee un establecimiento en el territorio de este último Estado. Los efectos de dichos procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.

3. Cuando se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del apartado 1 cualquier otro procedimiento de insolvencia que se abra con posterioridad en aplicación del apartado 2 será un procedimiento secundario. Dicho procedimiento deberá ser un procedimiento de liquidación.

4. Con anterioridad a un procedimiento principal de insolvencia en aplicación del apartado 1, un procedimiento territorial de insolvencia basado en el apartado 2 sólo puede abrirse en uno de los casos siguientes:

a) si no puede obtenerse la apertura de un procedimiento principal de insolvencia a tenor de las condiciones establecidas por la Ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor;

b) si la apertura del procedimiento territorial de insolvencia ha sido solicitada por un acreedor cuyo domicilio, residencia habitual o sede se encuentre en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el establecimiento en cuestión, o cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento.

Este análisis de competencia comunitaria debe completarse con lo dispuesto por el artículo 10.1 3º LC a los efectos de los supuestos internacionales no comunitarios: *“Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará "concurso principal", tendrán alcance universal, comprendiendo todos los bienes del deudor, estén situados dentro o fuera de España. En el caso de que sobre los bienes situados en un Estado extranjero se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el capítulo III del título IX de esta ley.”*

Por lo tanto la competencia comunitaria e internacional viene marcada por las citadas reglas si bien será la coordinación de los efectos derivados de la propia homologación y el posible control en su caso a tal efecto el que resulte más problemático.

2.3. Competencia objetiva.

La competencia objetiva viene atribuida a los juzgados de lo mercantil por remisión expresa del apartado 5 de la citada adicional. De conformidad al artículo 86 ter LOPJ los órganos de lo mercantil, que podrán ser creados en cada provincia, en parte de ella o podrán tener carácter supra provincial tras la reforma de la LO 7/2015, tienen competencia exclusiva y excluyente sobre las materias que se señalan en el mismo a los efectos de un proceso concursal:

1.º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

2.º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

4.º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el número 1.º y sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan decretar los árbitros durante un procedimiento arbitral.

5.º Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.

6.º Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

Como podemos comprobar ninguno de estos apartados atributivos de competencia incluyen supuestos preconcursales. La norma se ha desarrollado desde el supuesto de la existencia (y por tanto la declaración) de un concurso de acreedores. La pregunta entonces es: ¿Desde dónde nace esa atribución de competencia? Tomando en cuenta que conforme a lo previsto en los artículos 22, 81 y 122 de la Constitución Española³⁹² el desarrollo de dichas competencias deberá hacerse por ley orgánica, lo evidente hubiera sido la modificación de la misma al objeto de – en supuesto de no estar comprendido– incluir dicha atribución competencial. Sin embargo es un RDL el que introduce dicho ámbito competencial que finalmente sería tramitado ordinariamente y se convertiría en Ley. A nuestro entender no era necesario, aunque sí conveniente, haber modificado dicha norma por las siguientes razones:

- b) Por un lado al amparo de la naturaleza “concursal” (preconcursal o paraconcursal) que hemos señalado de la citada adicional cuarta. En tal sentido se debería considerar incluida en el inicio del artículo 86 ter 1 LOPJ cuando señala que “[L]os juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora”. Esta atribución competencial va más allá del supuesto de “en todo caso” que regula a continuación y que se reproduce en los artículos 8 y 9 LC. Y la misma se estructura a partir de dos elementos esenciales:

³⁹² Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978

- a. Cuestiones que se susciten en materia concursal. Materia que ha de interpretarse en sentido amplio y por lo tanto también para los supuestos preconcursales (5 bis o adicional cuarta de la LC) y paraconcursales (adicionales segunda bis, ter, quarter y , conforme hemos señalado, adicional cuarta entre otras).
- b. Cuestiones que se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora. Y por lo tanto- nuevamente-conforme a las competencias que a tal efecto (en dicha materia) se atribuyan en la Ley concursal (o cualquier otra). Nuevamente lo dispuesto en todos los apartados que hemos señalado, incluyendo la adicional cuarta³⁹³.
- c) A los efectos de las empresas en concreto el apartado 86 ter 2 a) recoge esa competencia para los juzgados de lo mercantil en materia de cuestiones que, dentro de este orden jurisdiccional, se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.
- d) Como cuestiones planteadas desde situaciones pre o paraconcursales la atribución de competencia al juez mercantil competente para conocer el concurso tiene su razón de ser en la misma excepción que justifica medidas alternativas en muchas de las normas de la disposición adicional segunda como régimen especial.
- e) Algún autor³⁹⁴ añade otro supuesto como es el de materias relacionadas con la propia declaración de concurso, partiendo por tanto de una interpretación extensiva de la norma concursal. Esta se extiende a materias colaterales³⁹⁵.

Por otro lado podemos comprobar como la regla quinta de la adicional cuarta se refiere a esta competencia objetiva partiendo de una distinción diferente a la que realiza en sí misma , por ejemplo, el artículo 5 bis LC. En tal sentido ya hemos señalado la fórmula que recoge: juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores. Si nos vamos al artículo 5 bis la norma tiene una redacción diferente: juzgado competente para la declaración de su concurso³⁹⁶. Podríamos pensar, a raíz de la redacción, que el legislador ha querido atribuir la homologación al juez mercantil como tal y sin determinar la competencia por

³⁹³ La disposición transitoria única de la LO 8/2003 recoge a tal efecto esta atribución de competencias: “Hasta el momento en que entren en funcionamiento los juzgados de lo mercantil, las funciones atribuidas a los mismos en la Ley Concursal serán asumidas por los actuales Juzgados de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción, de acuerdo con lo que establezca la Ley de Demarcación y de Planta Judicial, aplicándose a los mismos lo dispuesto en el apartado 7 del artículo segundo de la presente Ley Orgánica.”

³⁹⁴ En tal sentido DÍAZ MARTINEZ M, *El proceso concursal*, op. Cit. pg. 29.

³⁹⁵ CORTÉS DOMINGUEZ V. << La declaración judicial de concurso>> *Revista del poder judicial. La Ley Concursal* .XVIII, número especial. CGPJ pgs. 14 y 15: “...la ley les concede a esos órganos judiciales competencias amplísimas en muchos aspectos colaterales a la propia situación de insolvencia, que hacen de los juzgados de lo mercantil unos órganos jurisdiccionales que integran, según nuestro criterio, un nuevo orden jurisdiccional, que, aunque inserto formalmente en el orden civil, traspasa frontalmente los órdenes jurisdiccionales civil, penal y laboral.”

³⁹⁶ Tras la reforma producida por la LO 7/2015 la cuestión tiene mucha más razón de ser en cuanto atribuye competencias en la materia a los juzgados de primera instancia respecto de personas naturales no empresarios.

(o con) su relación con el proceso concursal al que se remite o respecto del que se protegen los citados acuerdos. Sin embargo la distinción no es más que una forma de redacción diferente dado que dentro del propio proceso se prevé el régimen de incidente concursal, la previsión respecto del posterior concurso o la afectación respecto del mismo.

Quizás el legislador estaba pensando, como decimos, en otros supuestos diferentes en la distinción entre el concurso de empresario (persona física o jurídica) y el concurso de persona natural no empresario; esta es la propuesta que se ha lanzado al Congreso de los Diputados en el proyecto de reforma de la LOPJ³⁹⁷ en donde se modifica el artículo 85 de la citada norma para recoger en su ámbito lo siguiente: “*De los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora*” conocerán los juzgados de primera instancia³⁹⁸. Finalmente, como decimos, aprobado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

2.4. Competencia territorial.

2.4.1. Criterios generales.

La competencia territorial viene delimitada en el artículo 10 de la Ley Concursal, tanto en la nacional como en la internacional:

- *Regla general:* La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales³⁹⁹.
- *Regla de competencia alternativa en supuestos de concurso necesario:* Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél.

La primera cuestión que debemos plantearnos es si las mismas reglas de competencia territorial funcionan análogamente en la solicitud de homologación cuando se amplía la legitimación a deudor y acreedores. Conforme a la adicional cuarta la solicitud podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación y esta podrá hacerse

³⁹⁷ 121/000134 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOCG 6 de marzo de 2015 Núm. 134-1.

³⁹⁸ La citada referencia no ha suscitado sino controvertidas opiniones sobre su justificación y la necesidad de especialización. A ello unimos el desconcierto de un sistema creado específicamente en virtud de argumentos trascendentales de especialización que recoge la LO 8/2003 a los que nos remitimos.

³⁹⁹ Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.

por ante el juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores.

Como competente para declarar el concurso tanto lo es el juzgado en donde tenga el deudor el centro de sus intereses principales como, alternativamente, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique el domicilio del deudor cuando este no coincida con aquel y el mismo estuviese en España. No obstante esta segunda posibilidad, en materia de declaración de concurso, tan solo lo es para los supuestos de concurso necesario (art. 22 LC) y no para los supuestos de concurso voluntario, estando obligado el deudor a presentar su solicitud de concurso allí donde tenga la efectiva administración de esos intereses.

Entendemos igualmente que la remisión a las reglas generales de competencia, con ampliación de legitimación en la adicional cuarta, delimitan igualmente la posibilidad del deudor de solicitar- y la alternativa de los acreedores en hacerlo- conforme a las reglas generales que para cada uno de ellos se establecen. Sin perjuicio de la presunción del domicilio como centro de principales intereses lo cierto es que la competencia vendrá delimitada precisamente por ello.

Claro que lo anterior conlleva la posibilidad de que la homologación se adopte por un determinado juez mientras que , cumpliendo los requisitos señalados a efectos de ser su domicilio en España, el posterior concurso de acreedores pueda ser instado por los acreedores (o viceversa) atendiendo a este fuero alternativo. Cuestión esta que dará cierto margen a deudor y acreedores para buscar una homologación en *fórum shopping* (al menos entre dos órganos) que parece contraria a los criterios generales determinados por el Reglamento de la Unión Europea de 2000 o el de 2015.

La cuestión se hace más complicada cuando la competencia se determina por ser concurso territorial. En tal caso la norma recoge que si el centro de los intereses principales no se hallase en territorio español, pero el deudor tuviese en éste un establecimiento, será competente el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique y, de existir varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante. Por establecimiento se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes. De esta forma el concurso territorial partiría de la opción entre los diferentes lugares en donde tuviere establecimientos (tal y como se han definido) sin delimitación temporal al respecto de computar desde cuando lo tienen; y en este caso tanto para el deudor como para los acreedores legitimados. Y todo ello con la presunción establecida que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social⁴⁰⁰.

Desde la remisión, por tanto, del apartado 5 de la adicional cuarta a dicho precepto el control de la competencia se realizará igualmente de oficio⁴⁰¹ por lo establecido en el último apartado del artículo 10: “*El juez examinará de oficio su competencia y determinará...*”.

A partir de ahí la cuestión vuelve a complicarse en tanto a la aplicación de la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sobre competencia y conflictos de competencia) y la aplicación del artículo 12 LC (si es que es posible) al

⁴⁰⁰ Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.

⁴⁰¹ Se trata de una de las excepciones recogidas en el artículo 54 LEC.

respecto de la Declinatoria sobre la competencia y los efectos de su planteamiento no suspensivos para el supuesto del concurso de acreedores.

2.4.2. Control de oficio de la competencia territorial.

Sin duda alguna ese control de oficio se va a producir de conformidad a lo previsto en el apartado cuarto del artículo 10 de la Ley Concursal. Tal y como está redactada, además, el juzgador deberá determinar si esa competencia territorial lo es en virtud de un concurso principal o territorial por las consecuencias y efectos que la misma pueda tener.

Salvo la declinatoria a instancia de acreedores (y para los supuestos de declaración de concurso de acreedores) la norma no establece nada al respecto de los posibles conflictos de competencia que pudieran derivarse a partir de ese control. La remisión que hace la adicional cuarta a la normativa concursal y por tanto al artículo 10 de la misma conllevan igualmente- en los términos que ya tratamos al respecto de la citada adicional como norma de naturaleza “concursal”- deberían conllevar también la aplicación de lo dispuesto en la final quinta⁴⁰² de la Ley 22/2003. El doble carácter supletorio y subsidiario que recoge la misma nos llevaría a lo desarrollado en el artículo 58 LEC: *“Cuando la competencia territorial viniere fijada por reglas imperativas, el Secretario judicial examinará la competencia territorial inmediatamente después de presentada la demanda y, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, si entiende que el Tribunal carece de competencia territorial para conocer del asunto, dará cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente. Si fuesen de aplicación fueros electivos se estará a lo que manifieste el demandante, tras el requerimiento que se le dirigirá a tales efectos.”* Conciliar esto con la urgencia (más gravemente como veremos en el supuesto de declinatoria) que se quiere del proceso y con la admisión a trámite por providencia de lo que la norma llama “solicitud” no es complicado.

El juez examinará su propia competencia y resolverá por providencia, en este caso, dará traslado a las partes y al Ministerio Fiscal a los efectos de que se pronuncien sobre la citada competencia territorial, resolviendo- tras esta audiencia- lo que corresponda. En el supuesto de entender que no es competente territorialmente deberá inhibirse y el resultado de la misma obedecerá a lo previsto en el artículo 60 LEC:

- Si la decisión de inhibición de un tribunal por falta de competencia territorial se hubiere adoptado en virtud de declinatoria o con audiencia de todas las partes, el tribunal al que se remitieren las actuaciones estará a lo decidido y no podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial.
- Si la decisión de inhibición por falta de competencia territorial no se hubiese adoptado con audiencia de todas las partes, el tribunal a quien

⁴⁰² En lo no previsto en esta Ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de plazos determinados en la misma, así como en relación con la documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido. En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso.

se remitieran las actuaciones podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial cuando ésta deba determinarse en virtud de reglas imperativas.

La problemática es entender si en el citado proceso de homologación, que se inicia con una solicitud y con naturaleza inicial de jurisdicción voluntaria, existen partes en sí mismas consideradas y si la referencia a todas las partes queda cumplida cuando se trata de un único solicitante. Tiene esto que ver igualmente con la legitimación concedida a los acreedores y la posibilidad de que inicialmente se presenten diferentes solicitudes (que trataremos con posterioridad) y además con el propio proceso inicial de homologación en donde lo único que hay es una publicidad en el Registro Público Concursal para conocimiento de acreedores. En tal sentido se recoge que la citada publicación se hará para hacer constar que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente incluso telemática, de su contenido. Y todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 198.2 LC en tanto señala que ese registro cumple exclusivas funciones con un valor meramente informativo o de publicidad notoria.

Si tomamos en consideración la posibilidad de solicitar la homologación por parte de un acreedor y aunque la norma no lo recoja, parece que el deudor será o deberá ser considerado parte por aplicación analógica de lo dispuesto en la citada norma a efectos de legitimación y lo previsto en el artículo 184 LC en donde se señala, a efectos concursales, que el deudor será siempre parte en todos los incidentes y procedimientos. De otra forma podríamos entender que aquel deudor respecto del que se homologa un acuerdo que afectará a su patrimonio no podría participar en dicho procedimiento salvo a efectos, en su caso, de impugnación⁴⁰³. Si tomamos la posibilidad— como se ha apuntado por algún autor⁴⁰⁴— de acumulación de diferentes solicitudes es evidente entonces que todas deberían ser consideradas partes en ese proceso inicial. No se entendería por tanto que en unos casos sí y en otros no dependiendo de quién o quienes presenten la solicitud unos u otros pudieran, o no, ser considerados parte en el sentido previsto para la resolución final del conflicto negativo de competencia territorial que se pueda plantear.

De esta forma entendemos que, sin necesidad de oír a nadie más que a los que se encuentren personados en el citado expediente, la referencia a “*todas las partes*” debería englobar tanto al deudor como a todos los firmantes del acuerdo y que por ello nada impediría del juzgador al que se le remiten, por inhibición, los autos, pudiera resolver también— por el mismo trámite— su falta de competencia. En tal caso la resolución que declare la falta de competencia mandará remitir todos los antecedentes al tribunal inmediato superior común, que decidirá por medio de auto, sin ulterior recurso, el tribunal al que corresponde conocer del asunto, ordenando, en su caso, la remisión de los

⁴⁰³ También es una cuestión que deberemos analizar más detenidamente al objeto de la impugnación que veremos posteriormente.

⁴⁰⁴ Analizaremos esto con más detenimiento posteriormente. Por ahora baste citar que esa acumulación es defendida por AZNAR GINER, E, *Refinanciación de deuda...* op. cit. pg. 242. En tal sentido defiende la aplicación analógica del artículo 25 bis de la LC. Ninguna duda existe en referencia a la consideración de todos ellos como partes del acuerdo. La duda que se plantea es si además lo son como partes del proceso inicial de homologación que parte de una solicitud.

autos y emplazamiento de las partes, dentro de los diez días siguientes, ante dicho tribunal⁴⁰⁵.

2.4.3. Arrastre competencial en el supuesto de concurrencia del artículo 5 bis.

Uno de los supuestos que se nos pueden plantear al efecto de la competencia territorial es el posible arrastre que una comunicación del artículo 5 bis LC pudiera motivar, a los efectos de una posterior solicitud de homologación, sobre la misma. Es decir si la presentación de una comunicación de inicio de periodo de negociaciones a los efectos de intentar un acuerdo para ser homologado vincula, en cuanto al juez por ante el que la misma se solicita, la determinación de la competencia (funcional en su caso) para solicitar la homologación.

En tal sentido la cuestión es compleja si partimos de que en dicha comunicación se recogen igualmente efectos respecto de esa posterior solicitud de homologación pudiendo distinguir dos concretos:

- a) Aquellos derivados de la comunicación con carácter general.
- b) Aquellos que se derivan del acuerdo entre las partes de conformidad a lo previsto en el apartado 4.2º: *“Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares⁴⁰⁶ promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.”*

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

Es evidente que esa comunicación se realiza por ante el juez competente para conocer el concurso o al menos esa es la regla que impone el apartado primero de dicho precepto. No obstante la casuística podría ser diversa en este sentido. A efectos de simplificar podríamos considerar dos circunstancias nuevas: 1.

⁴⁰⁵ El auto de 29 de enero de 2014 (ATS 649/2014) ya se pronunció acerca de un supuesto de conflicto, en concurso de acreedores, sobre el trámite a observar en estos supuestos: Recibidas las actuaciones en el Juzgado Mercantil nº 3 de Pontevedra, la Secretaria del mismo dictó diligencia de ordenación de fecha 30 de octubre de 2013 en la que acordó devolver las actuaciones a Granada para que las remitiese al inmediato superior común. Recibidas las actuaciones en Granada, su titular dictó providencia de 26 de noviembre de 2013 acordando devolver las actuaciones a Pontevedra para que sea este Juzgado quien plantee el conflicto negativo pues así lo dispone el art. 60.3 de la LEC. Recibidas las actuaciones, de nuevo, en el Juzgado Mercantil nº 3 de Pontevedra, con fecha 7 de enero de 2014 se dictó providencia acordando remitir las actuaciones al superior común para resolver el conflicto planteado.

⁴⁰⁶ La propuesta de enmienda 26 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 y que llevó finalmente la Ley 9/2015 recoge: *judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor.*

Que en realidad la comunicación se hubiere presentado por ante juez no competente y por ello – y sin perjuicio de los efectos que ya hemos estudiado- la solicitud de concurso se presentara ante el que sí es competente. 2. Que no se presente la solicitud por el deudor en el plazo previsto y por tanto la posibilidad de que la presenten los acreedores.

Parece que la norma requiere que la comunicación hecha por el deudor vincule la posterior competencia del juez del concurso; en definitiva sería el mismo que el deudor ha señalado como competente. Pero esta competencia es territorial lo que no impediría el conocimiento de un juez distinto de aquel que haya conocido de la comunicación salvo que así lo establezcan las normas de reparto. Cuando el apartado cinco nos dice que deberá presentar el concurso “dentro del mes hábil siguiente” en realidad está dictando una norma procesal (un plazo) que solo se puede computar si se tiene una referencia anterior en un mismo expediente. Y ese plazo deberá computarse desde la comunicación que se realiza por ante el mismo tribunal. No obstante la homologación, mejor dicho la solicitud de homologación, no tiene porqué presentarse en dicho plazo, de hecho no tiene plazo.

Sin embargo más problemática suscita el mismo hecho de comunicar el inicio de comunicaciones con mayorías del 51% y los efectos que se derivan o la solicitud que pudiera plantear un acreedor con los fueros alternativos que hemos señalado. En tal caso y común a ambos, parece que la presentación de una solicitud en tal sentido podría ser realizada por ante cualquiera de los tribunales que fueran competentes sin perjuicio de la oposición, dado el traslado necesario de emplazamiento, que el deudor pudiera formular alegando encontrarse todavía en dicho periodo de negociaciones o dentro de dicho mes hábil siguiente. Pero nuevamente la problemática surge en cuanto a esos efectos queridos por un acuerdo firmado con esas mayorías que se presentan a una comunicación y que alcanzarán hasta que se dicte la providencia, señala la norma, en donde se solicite la homologación. Nada impide, transcurridos los plazos máximos, que se solicite el concurso de acreedores en la forma en que hemos determinado. Sin embargo parece que esos efectos extendidos hasta la providencia de admisión a trámite de la solicitud parecen determinar también la competencia del propio juez por ante el que se ha hecho la comunicación.

La Resolución de 12 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Mercantil 7 de Madrid (que se analizará en su momento oportuno) parece haberlo arrastrado en tanto el auto dictado recoge como indicación del procedimiento el expediente inicial de comunicación del artículo 5 bis. La resolución de Huelva de 29 de enero de 2014⁴⁰⁷ lo recoge, sin embargo, como trámite de “incidente concursal”. El Juzgado de lo Mercantil 12 de Madrid, en su resolución de fecha 22 de septiembre de 2014⁴⁰⁸ lo recoge, de otra forma diferente, como propia homologación.

2.4.4. Planteamiento de declinatoria.

Más problemática resulta la aplicación de lo dispuesto para declinatoria en el artículo 12 de la Ley Concursal por cuanto señala que su planteamiento (1) no suspenderá el procedimiento concursal y (2) todo lo actuado en el concurso

⁴⁰⁷ Asunto 397/2013.

⁴⁰⁸ AJM M 73/2014.

será válido aunque se estime la declinatoria. Se trata de una matización a lo previsto en el artículo 64 LEC que sí tiene ese carácter suspensivo.

La norma tiene su justificación en la pretensión de celeridad que abarca tanto al propio proceso como al proceso criminal que pudiera sustanciarse a tal efecto (art. 189 LC).

La cuestión es considerar si es o no aplicable la citada norma partiendo de la posible nulidad (238 LOPJ⁴⁰⁹) en tanto a una homologación realizada por un órgano manifiestamente incompetente, en un régimen imperativo de competencia territorial y con una publicidad inicialmente prevista con los efectos de conocimiento notorio que hemos señalado. De otra forma dicho si existe la posibilidad de personación por parte de acreedores (o el deudor en el supuesto de que sean estos los que hayan solicitado la homologación) y plantear declinatoria a tal efecto.

Tal y como se refleja del citado artículo⁴¹⁰ al tratarse de falta de competencia territorial no estaríamos ante un supuesto de nulidad puesto que la competencia objetiva sí que la tiene el mismo. La homologación es, por otro lado, el objeto del proceso lo que nos llevaría a considerar que tampoco existiría falta de competencia funcional si el arrastre a un supuesto de impugnación o ejecución parte de la propia competencia territorial que se ha considerado inicialmente.

El planteamiento de la posibilidad de personación de otros legitimados en la fase inicial no ha sido prevista. Y no lo ha sido precisamente porque se quiere un procedimiento de jurisdicción voluntaria (que tornará o no en contenciosa) a los meros efectos de homologación. Sin embargo la norma recoge dos publicaciones en el Registro Público Concursal. La primera de ellas se produce cuando se admite a trámite la solicitud; a partir de ahí ya se producen efectos de paralización o suspensión. En tal caso la publicación está destinada a meros efectos de publicidad y conocimiento notorio: se pondrá en conocimiento que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido. A continuación y en el perentorio plazo de quince días el juez deberá homologar (o no) el acuerdo siempre que reúna los requisitos previstos. Entonces ordenará otra publicación en el Registro Público Concursal y en el «Boletín Oficial del Estado». A partir de ahí regula la posibilidad, en otros quince días, de impugnación.

Volviendo a la primera publicación , se nos pone de manifiesto que el acuerdo presentado para homologación (solicitud y documentos anexos en su caso) quedan a disposición de los acreedores para el conocimiento de su contenido. Esta posibilidad se abre “incluso telemática” en caso de estar disponible. Por lo tanto no excluye, sino que amplía, ninguna otra forma de conocimiento de ese contenido. En tal sentido será aplicable el art. 234 LEC en tanto recoge que *“ [l]os secretarios y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la ley. También expedirán los testimonios en los términos previstos en esta ley. Asimismo las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo tendrán derecho a obtener copias simples de*

⁴⁰⁹ Serán nulas las actuaciones cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional

⁴¹⁰ Que se reproduce en el artículo 225 de la LEC.

escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados.” Ese conocimiento se desarrolla conforme a lo previsto en el artículo 145.1.3º LEC cuando señala que el Secretario expedirá certificaciones o testimonios de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas a las partes, con expresión del destinatario y el fin para el cual se solicitan. Por lo tanto la posibilidad del acreedor se abre a varias posibilidades:

- a) Tener conocimiento telemático.
- b) Tomar conocimiento en la propia sede judicial obteniendo o no testimonio o copia.
- c) Tomar conocimiento mediante la personación en forma.

Que la ley no exija la personación en forma no significa que no se pueda personar y por lo tanto plantear cualquier obstáculo o excepción procesal que pudiera existir. La remisión que hace el apartado 5 de la adicional cuarta a las normas sobre el juez que es competente para declarar el concurso tiene, por ello, extensión también a la declinatoria. Pero igualmente la impugnación posible a partir del acuerdo de homologación delimita (aunque la norma lo recoja como limitaciones) aunque entendemos que no limita los motivos por la que pudiera plantearse. Entre ellos no se encuentra la falta de competencia (que posteriormente analizaremos) lo que podría conllevar cierta interpretación adversa a esa posibilidad cuando no se ha utilizado el cauce previsto en el artículo 12 desde la primera de estas publicaciones.

No obstante lo anterior acomodar esa posibilidad de declinatoria al régimen de publicaciones (único supuesto en el que los acreedores pueden tomar consciencia de esa solicitud) resulta ciertamente problemático tanto por los plazos como por la efectividad de ese conocimiento:

- a) Por un lado ya hemos señalado que se publicará en el Registro Público Concursal. Pero no se establece plazo de permanencia en el mismo. Y como consecuencia inmediata de dicha publicación, sin necesidad incluso de esperar a la misma (en la peor de las interpretaciones), el plazo de quince días (cuya naturaleza de hábiles o naturales estudiaremos con posterioridad) comienza a correr⁴¹¹. La declinatoria del artículo 12 se quiere para el deudor (por tanto para los supuestos en que se haya solicitado por cualquier otro legitimado) dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se le hubiera emplazado. Pero la norma no recoge- en esta primera comunicación- un emplazamiento concreto. Para los acreedores el plazo es de 10 días desde la publicación ordenada, para el concurso, en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 23 (BOE). Pero tampoco esta primera comunicación se realiza en tal medio.
- b) Si computamos los plazos nos encontramos, igualmente, con un problema grave a considerar. Si se publica en el registro público concursal, inicialmente, y no existe emplazamiento sino comunicación el plazo de quince días urgente para homologación conlleva que prácticamente se puedan consumir los diez primeros días a efectos de declinatoria; pero nada obstaría a que así pudiera plantearse. No

⁴¹¹ Sobre el diez a quo para computar dicho plazo también trataremos en el apartado de impugnación.

obstante no existiría un plazo concreto para el supuesto de la primera comunicación al objeto de esperar para la homologación. Lo cual nos lleva a un *dies a quo* inicial (publicación) que sin embargo podría conllevar que se homologara el acuerdo incluso cuando no se hubiera consumido ese plazo de diez días.

- c) Por otro lado al permitir la legitimación a los acreedores no podríamos interpretar que el deudor (al que no se debe emplazar para oponerse según la norma) solo tiene cinco días para plantearla; y por tanto el plazo de diez días, con toda la problemática que hemos planteado, se debería aplicar analógicamente.

Dentro de las distintas clasificaciones de actos procesales es tradicionalmente admitida la distinción en función de su origen. Habría en tal sentido dos clases principales de actos, conforme a ello, procesales: los del tribunal y los de las partes⁴¹².

Siguiendo a este mismo autor podemos señalar que los actos de comunicación son actos del órgano jurisdiccional tradicionalmente diferenciados según los destinatarios de la misma: o bien se dirigen a otros órganos jurisdiccionales, a otros órganos públicos no jurisdiccionales, a las partes litigantes o a otros sujetos que deban intervenir en el proceso (testigos, peritos o terceros)⁴¹³.

En esa doctrina clásica nos encontramos con una referencia más concreta a las notificaciones como tercera categoría de actuaciones procesales, junto a la de las partes y a las del tribunal. Esa misma doctrina señalaba la complejidad subjetiva de las notificaciones como razón esencial de esta afirmación y que por ello permitía diferenciar entre tres sujetos: el impulsor, el destinatario y el funcionario encargado de practicarla. Frente a ello⁴¹⁴ se había afirmado que: 1. La clasificación básica subjetiva se transforma en mixta (subjetiva en cuanto a la actividad de las partes y del juez; objetiva en orden a las notificaciones. 2. Que las notificaciones pertenecen en rigor a un género más amplio, el de las comunicaciones en el proceso, el cual reviste diversas combinaciones y se desenvuelve de muy diferentes maneras. Y 3. Que puestos a objetivar existen otros actos (peticiones en cuanto a las partes y resoluciones en cuanto al juez) que poseen mejores títulos y mayor jerarquía que las notificaciones, actos auxiliares, al fin y al cabo.

Todo ello ha llevado a afirmar⁴¹⁵ que *“las notificaciones no son, en rigor, una especie de acto de comunicación, sino un género, en el que están*

⁴¹² DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil* Tomo II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pg. 161, pg. 119. “La bipartición clásica debería convertirse, pues, al menos, en tripartición, comprensiva también de los actos de aquellos a quienes se ha llamado sujetos de prueba. Estos actos merecen consideración separada de la actuación de las partes y de la del tribunal respecto de ellos, porque el Derecho los contempla a veces con independencia, regulándolos en su pura individualidad.: v. gr. Arts. 650 y ss (declaración testifical) o en el art. 627 LEC (dictamen de peritos).

⁴¹³ Existirían además actos de decisión y actos reales, como la dación de cuenta.

⁴¹⁴ En tal sentido ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt. Estudios de Teoría General e Historia del Proceso* (1945-1972). Tomo II, UNAM, México, 1974, pgs. 77 y 78.

⁴¹⁵ DE LA OLIVA SANTOS, op. Cit. pg. 167. En tal sentido señala: “A este entendimiento es obligado llegar si se admite que...las citaciones, los emplazamientos y los requerimientos son siempre consecuencia de una resolución judicial. También así resulta perfectamente comprensible que la regulación legal de las notificaciones sea la normativa general aplicable a

comprendidos, como especies, las citaciones, los emplazamientos y los requerimientos". Pero como señala algún otro autor⁴¹⁶ la norma rituaria no emplea la palabra notificación como especie sino en sentido más amplio y diferente a citaciones, emplazamientos o requerimientos. Es decir una especie del género.

Que el acto de publicación en BOE del acuerdo homologado tiene carácter de comunicación a los efectos de poder plantear o no una impugnación es evidente. Cual sea la naturaleza de la primera publicación queda aún por definir. El mismo hecho de acudir al Registro Público Concursal nos llevaría al artículo 198.2 LC y por tanto a considerar que se trata de una comunicación con un valor meramente informativo o de publicidad notoria.

Todo parece indicar entonces que el planteamiento de cualquier declinatoria nos llevaría a su instrumentación a través de esa segunda publicación en BOE con efectos de acto de comunicación⁴¹⁷ al objeto de poder plantear la citada impugnación. Pero entonces los plazos del artículo 12 LC deberían reinterpretarse en el sentido que los diez días serían comunes para cualquier otro legitimado para solicitar la homologación que no fuera el que la ha presentado y, en definitiva, para todo aquel que esté legitimado para impugnar la citada homologación.

Lo anterior conlleva un nuevo problema y es el mismo efecto que ya de por sí produce la primera de las publicaciones: El juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación. Nos encontraríamos entonces con un juez no competente en los términos previstos en la norma por ante el cual no podría plantearse una declinatoria puesto que ha resuelto simplemente con la solicitud y cuyos efectos deberán esperar a ser resuelta la falta de competencia en una posterior impugnación que será tramitada en procedimiento incidental.

Y junto a ello el mismo hecho de que esta impugnación se tramitará por incidente concursal como procedimiento. Cuestión esta que conlleva, un nuevo régimen de excepciones procesales. Así, conforme al artículo 194.4.3º LC, en cualquiera de los supuestos previstos en el párrafo anterior (es decir exista vista o no para resolver el incidente), si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales o se suscitaran por el demandante a la vista de este escrito en el plazo de cinco días desde que se le dio traslado del mismo, el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario. Si la decisión fuera la de continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días. Y todo ello con remisión a lo previsto en el juicio verbal pero tras la contestación a la demanda.

Añadámosle entonces que la disposición final quinta de la ley concursal nos remite a la normativa rituaria civil y que para el procedimiento abreviado, vs.

citaciones, emplazamientos y requerimientos, salvo las singularidades de estas tres especies (art. 270 LEC)."

⁴¹⁶ GÓMEZ ORBANEJA (con HERCE QUEMADA): *Derecho Procesal*, vol 1. Derecho Procesal Civil. Madrid 1951. Pg. 215.

⁴¹⁷ Posteriormente nos referiremos a ello para distinguirlo del supuesto de emplazamiento previsto en el artículo 149.2 LEC.

191 LC, esas reglas del juicio verbal se aplicarán en tanto a lo que no contradiga lo previsto en dicho precepto.

La conclusión final, entonces, a todo este elenco de normas aplicables sigue siendo, a mi entender, la posibilidad de plantear dicha declinatoria en cualquier momento por ante el tribunal que ha admitido a trámite la solicitud de homologación en una interpretación amplia y con aplicación analógica de lo previsto en el artículo 12 de la Ley Concursal. Pero esta circunstancia no limita, como si lo hace en el proceso concursal, la posibilidad de ese planteamiento en impugnación del citado acuerdo, aún a pesar de los límites que la norma impone como motivos de impugnación.

Ello nos llevaría a un nuevo planteamiento en cuanto a los efectos que trataremos en su momento oportuno pero que a lo que aquí interesa debemos delimitar. Así si no se ha dictado providencia de admisión a trámite y se viene a resolver, en control de oficio, la citada falta de competencia territorial nada habría que determinar hasta que esta se decida. Si se ha dictado la providencia de admisión a trámite se producen dos efectos:

- Desde la presentación de la comunicación que se haya producido en su caso conforme al artículo 5 bis LC y hasta que se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Es decir, desde ese momento si podrán plantearse.
- Sin embargo a partir de dicha providencia se sustituyen dichos efectos conforme a lo previsto en la adicional cuarta: El juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación.

Una declinatoria por falta de competencia territorial planteada con posterioridad a la providencia de admisión a trámite conllevaría la necesidad de valorar si los efectos que la misma determina se mantienen o dejan de surtir efectos. En nuestro derecho ritual el artículo 64 LEC recoge, para un procedimiento, que la declinatoria conlleva la suspensión del mismo; no obstante la suspensión del procedimiento principal producida por la alegación previa de declinatoria no obstará a que el tribunal ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado prestase caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento⁴¹⁸. Y ello no conlleva nulidad de actuaciones de conformidad al artículo 225 LEC al tratarse de falta de competencia territorial. El mantenimiento de los efectos de paralización puede conllevar (en función de muchas circunstancias pero esencialmente del colapso de los juzgados de lo mercantil o de un conflicto

⁴¹⁸ . La caución podrá otorgarse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

negativo) efectos muy perjudiciales para los acreedores que se encuentran, o quieren, ejercitar dichas acciones. La solución hubiera sido un planteamiento excepcional de inadmisión o un tratamiento específico de esta materia por parte del legislador. Pero si utilizamos el régimen general lo habremos de hacer para todo y por tanto en función de este se producirá necesariamente una paralización en donde podrán adoptarse esas medidas cautelares específicas que eviten perjuicios a los solicitantes. En este caso justificadas porque esencialmente no se discute la viabilidad de una acción sino un proceso de homologación que conllevará los mismos efectos tras ser remitido al tribunal competente.

2.5. Acumulación de solicitudes.

La posibilidad de presentar la solicitud de homologación (legitimación) dada por la reforma tanto al deudor como a los acreedores firmantes del acuerdo y las normas sobre competencia que hemos estudiado nos llevan igualmente a abrir el casuismo a cualquier circunstancia que pudiera devenir en virtud de ello.

Legitimar a los acreedores es, sin duda, un error cuando no se establece – por ejemplo- un fuero seguro como podría haber sido el del juzgado en donde el deudor tenga su domicilio. Y ello con independencia de que posteriormente el concurso debiera ser tramitado, en virtud del criterio de principales intereses, por otro juzgado a tales efectos.

Algunos autores entienden aplicable⁴¹⁹ por analogía lo previsto en el ámbito del artículo 25 bis de la Ley Concursal para los supuestos de concursos conexos. Pero lo que ocurre en realidad es que no nos encontramos con supuestos de concursos conexos sino de un mismo acuerdo que se presenta por ante dos o más juzgados diferentes a efectos de homologación: pensemos por ejemplo que se utilizan los criterios de domicilio registral, criterio de principales intereses con diferentes interpretaciones y domicilio real. Lo que ocurre en realidad es que nos encontramos con litispendencia (art. 410 LEC): La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. El asunto está siendo tratado por un juzgado inicialmente y se presentan, con posterioridad, otras pretensiones de homologación. En tal caso la alegación de litispendencia es imposible, conforme hemos visto, si de la primera de las publicaciones ya deriva – con posterioridad- la homologación. La urgencia del mismo procedimiento nos lleva a poder tener dos o más supuestos objeto de homologación con plazos diferentes, en su caso, a efectos de impugnación y tribunales diferentes que van a resolver respecto de la misma cuestión.

Podríamos incluso intentar tratarlo de conformidad a lo previsto en el artículo 15.2.2º de la LC cuando trata los supuestos de solicitud de concurso necesario: Admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las

⁴¹⁹ AZNAR GINER E, *La comunicación del Artículo 5 bis de la Ley Concursal*. Tirant 2012 y *Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Tirant. 2014. Dirs CAMPUZANO A, SANJUÁN E, pg. 241-243.

actuaciones. En este caso se está considerando el mismo tribunal y por lo tanto esa posibilidad quedaría abierta.

Cuando nos encontremos ante tribunales diferentes la cuestión resulta mucho más problemática que lo anteriormente reseñado. En tal caso la acumulación, por las reglas supletorias del artículo 78 LEC, no podrá plantearse si era posible alegar la litispendencia. Ahora bien esa litispendencia no sería posible plantearla si no permitimos, tras la primera publicación, la personación de otros acreedores. Incluso en tal caso la inexistencia literal de un plazo para personarse y el urgente y rápido plazo de quince días para resolver y otros tantos para impugnar nos puede llevar nuevamente a una inevitable homologación por alguno de estos tribunales al margen de los demás y por tanto también al de varios de ellos.

Podría darse el supuesto de que instada una primera solicitud de homologación la demora, por acumulación de trabajo, en su admisión conllevara que una segunda se tramitara más aceleradamente y diera lugar a la misma. En tal caso resultaría que las anteriores carecerían de objeto si bien son planteadas primeras en el tiempo y por tanto consolidando una realidad litispendente que sería difícil de superar.

Homologado da igual, podríamos decir, en cualquier caso si es juez competente- conforme a cualquiera de las reglas que hemos señalado- el que lo realice. Sin embargo, como veremos, la solicitud de homologación y los efectos que la misma produce pueden ser también interesantes en cuanto a criterio de oportunidad. Y por otro lado podría permitir que se estuvieran tramitando varias solicitudes (y así se presentaran) a los efectos de conseguir una u otra con mayor celeridad (fórum shopping en definitiva) desistiendo de las restantes.

2.6. Competencia funcional.

El juez competente para conocer de la homologación es funcionalmente competente para conocer de cualquiera de sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare (artículo 61 LEC).

No obstante lo anterior debemos considerar a estos efectos varias cuestiones:

1º. En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación.

2º. Podrá plantearse 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.

3º. Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. A este respecto debemos diferenciar los supuestos concretos:

- a) En primer lugar si esa delimitación de solicitud de declaración de concurso por los acreedores afecta o no al deudor y, en cualquier caso,

si el deudor puede o no solicitar la declaración de concurso con anterioridad a ese incumplimiento dejando por ello vacío cualquier procedimiento que sobre tal incumplimiento se pudiera plantear. A este respecto entendemos que sigue operando lo previsto en el artículo 5 de la Ley Concursal en relación a lo previsto en el artículo 2 del mismo cuerpo legal y que por ello el deudor está obligado – sigue obligado- a solicitar la declaración de concurso en tanto a su situación de insolvencia (actual o inminente) al margen de dichos acuerdos. Incluso nos podríamos plantear los supuestos en que dichos acuerdos (no rescindibles) recogieran limitaciones al deudor (o a cualquier otro legitimado) para solicitar el concurso de acreedores en virtud de los mismos. Debería operar no obstante lo previsto en los artículos 61.3 y 63 de la Ley Concursal⁴²⁰ y la obligación, bajo responsabilidad universal del artículo 1911 Cc, de los administradores de la sociedad de conformidad al artículo 367 de la LSC. Si supone, sin embargo, un límite a los acreedores firmantes de dicho acuerdo en tanto la norma parece sujetarlos a dicho acuerdo y someterlos a un previo supuesto de impugnación de su cumplimiento para poder acceder a esa solicitud. Esto conllevaría también, por arrastre, a los acreedores sujetos al citado acuerdo. Y no quedarían englobados aquellos que ni fueron firmantes ni resultan arrastrados por dichos acuerdos homologados. Pero nuevamente debemos delimitar estos apartados entendiendo que los efectos de ese incumplimiento que pueden derivar en solicitud de concurso necesario (o voluntario) deberán estar limitados a la deuda que se ha refinanciado (incluida la que ha sido arrastrada) y no a otras deudas no afectadas o posteriores al mismo. En tal sentido debemos considerar la similitud con lo recogido en los artículos 140 y 142 de la Ley Concursal para los supuestos de convenio concursal. En tal caso el deudor que prevea que no podrá cumplir el convenio podrá solicitar en cualquier momento la liquidación; el acreedor que entienda incumplido el convenio (y por tanto referido a las deudas que resulten afectadas) deberá instar el incidente de incumplimiento; y por último si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4. Se dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 y resolverá el juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación. En nuestro caso, por tanto, la posibilidad de declarar el concurso necesario por los trámites previstos ordinarios en fase declarativa y por las nuevas deudas (no por las sujetas al acuerdo) o aquellas que hubieren quedado fuera del mismo.

- b) Por otro lado la competencia al objeto de solicitar la declaración de concurso derivado de dicho incumplimiento. En tal caso la cuestión está en dilucidar si el juez que fue competente (y lo era por ser también el que debía declarar el concurso de acreedores) para la homologación es el mismo ante el que se puede presentar la declaración de concurso de

⁴²⁰ Estos se refieren a no tener por puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes salvo que lo establezca una disposición legal y no- por otro lado- a la limitación respecto de dicha solicitud.

acreedores o bien es posible nuevamente optar en los términos previstos en el artículo 10 LC. De otra forma dicho: en el supuesto de una homologación a instancias del acreedor que utiliza el fuero alternativo del domicilio la cuestión es saber si el deudor que incumple puede solicitar su propio concurso, por ejemplo, ante un juez diferente al de la homologación. Por ponerlo especialmente claro pongamos el supuesto en el que ha cambiado en ese momento (y al menos seis meses con anterioridad) de domicilio y centro de principales intereses. No parece que la norma recoja una atribución competencial al mismo juez de la homologación en este caso.

c) A los efectos de la posibilidad de iniciar ejecuciones tal y como prevé la norma para los supuestos de incumplimiento el literal del precepto señala: *“Si se ejecutasen las garantías reales, y salvo que en el acuerdo se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución, resultarán de aplicación las siguientes reglas:...”* De esta forma podemos partir de diferentes interpretaciones a la vista de esa redacción:

a. Así, la posibilidad de que el acuerdo, no obstante su incumplimiento declarado, siga vigente. Declarado el incumplimiento pero no resuelto el acuerdo de refinanciación podríamos plantearnos la competencia del juez que ha homologado el mismo (que la tiene también para determinar si se ha incumplido o no) para esa ejecución que la norma llama singular. Si atendemos a lo previsto en el artículo 545.1⁴²¹ LEC *“[s]i el título ejecutivo consistiera en resoluciones judiciales, resoluciones dictadas por Secretarios Judiciales a las que esta ley reconozca carácter de título ejecutivo o transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados, será competente para dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de la misma el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo.”* Es importante a estos efectos distinguir entre orden general de ejecución de ese acuerdo de homologación y la ejecución singular a la que se refiere la norma. En tal caso la referencia a esta última y su fijación específica en el marco de las garantías reales podría llevarnos a plantear soluciones diferentes:

- i. Por un lado entender competente al juzgado de instancia correspondiente.
- ii. Por otro lado entender que quien puede la ejecución general (cuestión que trataremos con más detalle al estudiar este apartado) puede también la ejecución singular.
- iii. En tercer lugar plantearnos los conflictos que puedan surgir- vivo el contrato- entre la posibilidad de ejecución

⁴²¹ Conforme al artículo 517.2.3º tiene carácter de título ejecutivo: Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones

general (aún a pesar del incumplimiento) y las ejecuciones singulares derivadas del mismo acuerdo.

- b. Una segunda es interpretar la norma conforme a su localización y redacción: “*Si se ejecutasen las garantías reales, y salvo que en el acuerdo se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución*”. Y entonces entender que el incumplimiento ya está declarado pero que la resolución se refiere a la del contrato que genera dicha deuda y que se protege con la citada garantía. Ello nos llevaría a plantear nuevamente dos supuestos:
1. Que la ley lo que está permitiendo es la ejecución de garantías reales sin resolución de contrato y por tanto sin declaración de vencimiento. Cuestión evidentemente absurda.
 2. Entender que en la redacción falta un “no” en tanto la posibilidad de ejecución en los términos allí previstos lo es siempre que se produzca el incumplimiento y salvo que en el acuerdo se hubiese pactado que en dicho supuesto no tendrá lugar su resolución o vencimiento anticipado⁴²².

En estos supuestos por tanto la competencia, declarado el incumplimiento, se situaría en los juzgados de instancia y no en el juzgado que homologó el acuerdo.

4º. Otro supuesto que podríamos plantearnos es la posibilidad de adoptar medidas cautelares, en ese procedimiento de homologación, de conformidad a lo previsto en los artículos 721 y ss de la LEC. Nos referimos, esencialmente, a cualquier otro supuesto no previsto por las normas anteriores en tanto pudieran obstaculizar – por infringir las reglas legales- el proceso de homologación desde la solicitud hasta que el mismo produce efectos desde la publicación de la sentencia que resuelva la impugnación que pudiera plantearse. Tengamos en cuenta que en el supuesto del arbitraje el artículo 722 LEC prevé esta posibilidad incluso por haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento. En tal sentido la norma recoge, tras la providencia de admisión y sin tener en cuenta el artículo 5 bis LC, que el juez declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación, pero nada dice de las que pudieran iniciarse posteriormente e incluso de la posibilidad de despacho de ejecución en su caso⁴²³. En tal caso la casuística es importante pero entendemos que en líneas generales podrían admitirse⁴²⁴.

⁴²² Entendemos que esta interpretación sería la más acorde con una interpretación literal de la norma. En supuestos de ejecución siempre se va a producir la resolución del contrato como requisito previo a efectos de solicitar la citada ejecución.

⁴²³ Analizaremos estos apartados cuando hablemos de los efectos del citado acuerdo.

⁴²⁴ A tal respecto debemos señalar como supuesto análogo la posibilidad de adopción de medidas cautelares en un proceso monitorio. Siguiendo en este caso a SILVOSA TALLÓN JM “La respuesta jurisprudencial ante los problemas surgidos en el proceso monitorio”. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. Núm. 21, año 2008, pgs. 31-70, la doctrina está dividida a tal respecto citando con ello las siguientes resoluciones: Auto TS de fecha 8 de noviembre de

5º. En el supuesto de acuerdos de homologación sujetos a la transitoria prevista en la reforma 11/2014⁴²⁵ (ahora en la transitoria de la Ley 9/2015 y por lo tanto extendida un año más) al objeto de poder volver a plantearlos en el plazo de un año desde la aprobación de la misma (A los deudores que hubieran celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente durante el año anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley, no les será de aplicación la limitación de un año prevista en el apartado 12 de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para solicitar una nueva homologación judicial) la competencia tampoco viene atribuida. En principio no se señala – ni se excluye- que la homologación deba

2002,Cendoj: 50297370052002200095, Auto TS de 17 de noviembre de 2003, (Cendoj: 43148370032003200093). Auto de la SEC. 3.ª, de fecha 5 de mayo de 2006, SP/AUTRJ/88674. Auto de 20 de marzo de 2002, (Cendoj: 07040370032002200074). De conformidad a ello la doctrina, LÓPEZ SÁNCHEZ J (*El proceso Monitorio*, La Ley Madrid 2000 p. 201) es partidario de la adopción de dicha medida, aunque destaca dos obstáculos legales: El primero de ellos es el artículo 721 de la NLEC, al establecer que las medidas cautelares se solicitan para garantizar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. Y el segundo de ellos, el establecido en el artículo 731 de la LEC, que ordena se alcen las medidas cuando finalice el proceso principal. El citado autor entiende que el proceso monitorio no termina con ninguna sentencia estimatoria sino despachando ejecución, y el auto despachando ejecución tiene una eficacia equivalente a una sentencia, y la instrumentalización de la medida cautelar respecto de cualquier tipo de sentencia es garantizar la efectiva ejecución de ella. Cuando se formule oposición el proceso monitorio se transforma en ordinario y no finaliza y se subraya todavía más la necesidad de la medida cautelar. Asimismo el legislador ha de advertir el riesgo que puede suponer la actitud de un deudor para frustrar la efectividad de la tutela que el actor pretende, y en el artículo 821 de la NLEC dentro de la regulación del proceso Cambiario, con cierta técnica de proceso monitorio prevé la inmediata adopción de medida cautelar como es el embargo preventivo. En sentido contrario se encuentra, ORTIZ NAVACERRADA (*Las medidas cautelares*, La ley, Madrid 2000) quien resalta los motivos eximidos anteriormente por la Audiencia Provincial de La Coruña y alega los siguientes motivos: a) la falta para el proceso Monitorio de una norma especial -como, por ejemplo, tiene el juicio cambiario en el art. 821- que parte del régimen general del embargo preventivo que pueda postularse y decretarse con referencia a aquél. Destaca que en el proceso monitorio comunitario en el que el deudor se haya opuesto a la petición inicial de pago: aquí sí existe la norma especial que faltaba en los casos antes considerados; el art. 21.6 de la Ley de Propiedad Horizontal; a su tenor, el embargo postulado con fundamento en tal acaecimiento se acordará en todo caso, sin necesidad de que el acreedor preste caución. Es ésta una norma especial que podría estimarse prevalente sobre la general de los arts. 730.4, 732 y 733; y algunos de los inconvenientes antes expresados no concurren aquí: la medida respondería a la finalidad de asegurar la posible futura sentencia que resuelva sobre la oposición en juicio verbal u ordinario. Y el retardo sobrevenido con la oposición genera el periculum in mora que antes faltaba. b) El inconveniente de la unilateralidad del documento de deuda, que puede fundamentar la adopción de la medida, eliminación del juicio jurisdiccional, provisional e indiciario sobre el fundamento de la pretensión, y exención de prestar caución. c) La intención de la norma, que ha querido favorecer a las Comunidades de Propietarios por ejemplo, poniendo de cargo del demandado requerido de pago, aún en casos de haber atendido éste, los honorarios y derechos del abogado y del procurador del que hayan podido servirse para facilitar su desenvolvimiento económico.

⁴²⁴ Quizás la citada reforma está prevista con el objeto esencial de permitir homologaciones con arrastre de otros créditos en función de mayorías respecto de otras anteriores que no tenían esos efectos de arrastre con la regulación anterior. Es por ello o se convierte en un régimen transitorio de aplicación retroactiva pero siempre que se realicen conforme a los criterios de la nueva norma.

⁴²⁵ Tengamos en cuenta que la única referencia al proceso de homologación que se hace en la citada reforma, destinada esencialmente a la modificación del convenio en el concurso de acreedores.

referirse o no a los créditos ya afectados por la anterior⁴²⁶. En tal caso debemos distinguir dos supuestos:

- Por un lado homologaciones que puedan afectar a los créditos que estuvieran afectos (solo o junto a otros) con la homologación anterior.
- Por otro homologaciones que se refieran a nuevos créditos u otros anteriores que no hubieren resultado afectados.

Quizás en base a esa distinción podríamos considerar que la competencia funcional para la nueva homologación – por afectar a créditos ya homologados y de los que puede, en referencia al acuerdo, pedirse la ejecución o el cumplimiento, debería situarse en el juzgado que fue competente para conocer de anterior homologación. Tiene su razón de ser en la afectación que pudiera realizarse respecto de dicho acuerdo (novación en su caso) y en el cómputo del plazo que podrá realizarse en mejores circunstancias desde el procedimiento ya abierto.

En relación a los supuestos de nuevas homologaciones que no afecten a créditos ya homologados la cuestión aparece más dudosa si bien el plazo de un año podría determinarse mejor desde el expediente ya iniciado consiguiendo con ello, junto al anterior, un solo procedimiento (o al menos un solo criterio y un conocimiento global por el mismo juez) a tal efecto.

No obstante ni en uno ni en otro supuesto la norma nos dice nada.

También, por ello, podríamos plantearnos la competencia para conocer de una homologación posterior, y una vez transcurrido un año desde la anterior, y la competencia funcional al respecto del expediente anterior. Tampoco nada se dice a tal efecto por lo que debemos estar a las mismas consideraciones que ya hemos realizado.

6º. Correspondiendo, como veremos el incidente de impugnación al juez que ha conocido de la homologación a través del incidente concursal, también al mismo corresponde conocer de dicho incidente, de la tasación de costas que pudiera determinarse y de la ejecución de las mismas.

7º. En materia de declaración de concurso se nos plantean las mismas dudas que ya hemos señalado al respecto de la competencia de arrastre en relación a la comunicación del artículo 5 bis LC. Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. Nada establece nuevamente la norma por lo que a lo señalado anteriormente deberíamos estar.

8º. Otra cuestión competencial que podríamos plantearnos es la derivada de los nombramientos de experto independiente. Como sabemos el cambio normativo producido en 2014 conlleva también la eliminación del informe de experto independiente prevista inicialmente en el texto derogado del artículo 71

⁴²⁶ Quizás la citada reforma está prevista con el objeto esencial de permitir homologaciones con arrastre de otros créditos en función de mayorías respecto de otras anteriores que no tenían esos efectos de arrastre con la regulación anterior. Es por ello o se convierte en un régimen transitorio de aplicación retroactiva pero siempre que se realicen conforme a los criterios de la nueva norma.

bis de la LC. A cambio se introduce la figura del auditor de la empresa y del experto independiente. En este último supuesto se señala que la designación del experto independiente en los supuestos previstos en este apartado se realizará de conformidad con el artículo 71 bis.4. Y con dicha referencia se reproduce por completo el citado apartado:

“Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

El nombramiento de un experto independiente corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor⁴²⁷. 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 nombramiento se hará entre profesionales que resulten idóneos para la función. Dichos expertos quedarán sometidos a las condiciones del artículo 28 y a las causas de incompatibilidad establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas⁴²⁸.”

El citado experto (y consiguiente informe o informes) parte de una designación anterior a la solicitud de homologación. Por lo tanto no existirá una competencia al respecto de cualquier incidencia o impugnación que pudiera derivarse del mismo utilizando la normativa de sociedades o auditoría y relacionado con la homologación. No obstante la existencia, posible, de una comunicación previa del artículo 5 bis y la posible competencia atrayente- de entenderse así- del juzgado que lo hubiere recibido podría también cuestionarse a tal efecto⁴²⁹. Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de

⁴²⁷ Veamos a este respecto que la fijación del nombramiento parte del domicilio del deudor que puede, por otro lado, ser distinto a aquel lugar en donde se tramite la homologación.

⁴²⁸ El régimen de incompatibilidades de la Ley de auditoría se basa, por una parte, en la enunciación de un principio general de independencia que obliga a todo auditor a abstenerse de actuar cuando pudiera verse comprometida su objetividad en relación a la información económica financiera a auditar, y por otra parte, en la enumeración de un conjunto de circunstancias, situaciones o relaciones específicas en las que se considera que, en el caso de concurrir, los auditores no gozan de independencia respecto a una entidad determinada, siendo la única solución o salvaguarda posible la no realización del trabajo de auditoría

⁴²⁹ Conviene por tanto reproducir el contenido del viejo artículo 71 bis tal y como quedó tras la reforma de 2011: “El nombramiento del experto independiente que hubiere de verificar los acuerdos de refinanciación se ajustará a las siguientes previsiones: 1. Será competente para su tramitación el registrador mercantil del domicilio del deudor. Si se tratare de un acuerdo de grupo y el informe hubiere de ser único, el experto será designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, de estar afectada por el acuerdo y, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. 2. La solicitud del nombramiento se hará mediante instancia firmada por el deudor, incluso antes de que esté concluido el acuerdo y redactado un plan definitivo, que puede ser cumplida telemáticamente y dirigida al registrador mercantil competente, suscrita por el solicitante o solicitantes del grupo y en la que expresarán

impugnar la resolución del registrador mercantil⁴³⁰. No obstante la referencia al domicilio del deudor que puede ser distinto al régimen previsto de competencia

las circunstancias siguientes: 1.º La denominación y los datos de identificación registral, en su caso, del solicitante o solicitantes, así como su respectivo domicilio. La solicitud precisará en todo caso el ámbito de las sociedades afectadas con suficiente indicación de las relaciones de grupo existentes así como un detalle suficiente del estado de las negociaciones pendientes o concluidas que permita formarse una idea del grupo de acreedores cuya adhesión se contempla. 2.º Los documentos necesarios para que el experto pueda pronunciarse. En el caso de que no se hubiera suscrito aún el acuerdo y estuviere pendiente su negociación deberá acompañarse un proyecto de acuerdo y del plan de viabilidad o, al menos, el acuerdo marco o pacto preliminar en que se fijan las condiciones de la negociación. 3.º Una relación de acreedores del deudor y de las entidades afectadas del grupo, por orden alfabético y en los términos previstos en el artículo 6 de la Ley Concursal. 3. El Registrador, antes de proceder al nombramiento, podrá solicitar varios presupuestos a uno o a varios profesionales idóneos y antes de decidirse sobre el más adecuado. 4. Son causas de incompatibilidad para ser nombrado experto las establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas. No puede ser nombrado experto independiente el auditor que lo fuere del deudor o de cualquiera de las sociedades del grupo afectadas ni tampoco quien hubiere elaborado el propio plan de viabilidad. 5. El informe deberá ser emitido en el plazo que hubiere señalado el solicitante y en todo caso en el de un mes, contado desde la aceptación del nombramiento y sin perjuicio de la posibilidad de prórroga o prórrogas sucesivas por causas justificadas. Si el informe no fuera emitido en plazo se entenderá caducado el encargo, procediéndose por el registrador a un nuevo nombramiento.” 6. Podrá nombrarse al mismo experto en cualquier otra refinanciación que se plantee con posterioridad a la primera o anterior refinanciación acordada por el mismo deudor y grupo aunque cambien parte de los acreedores firmantes.”

⁴³⁰ En este sentido debemos señalar que algunas Audiencias vienen recogiendo en sus resoluciones (Vid a tal efecto AP de Granada de 13 de diciembre de 2013 (SAP GR 2068/2013) lo siguiente: “Esto es, como ya dijimos en nuestro Auto de 16 de julio de 2012 y más recientemente en nuestro auto de 4 de noviembre de 2013 en asunto similar y relacionado con este, alineándonos con el criterio establecido en las resoluciones de la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil , de 16 de enero de 2008 y 11 de noviembre de 2011, seguido por otras Secciones de Audiencias Provinciales con competencias en materia mercantil , como la de Asturias de 18 de febrero de 2009, que excluyen la vía revisoría del artículo 328 LH frente a las decisiones del Registrador Mercantil al entender que la actuación de este al resolver la solicitud de nombramiento de auditor de una sociedad mercantil a instancias del socio minoritario lo es al margen de su función calificador, con la consecuencia de no resultar aplicable el régimen jurídico previsto para la revisión de tales actos.” De esta forma la cuestión estaría zanjada puesto que no se admite ningún tipo de recurso en tal sentido. En las resoluciones referidas de la AP de Madrid se recoge como argumentación lo siguiente: “Como indicamos en nuestro auto de fecha 16 de enero de 2008 , la calificación del Registrador, sea de la Propiedad o Mercantil, consiste en una serie de actos reglados en los que interviene el interesado solicitante y el Registrador, dirigidos a controlar la legalidad del documento presentado para su inscripción en el Registro, y que si culmina satisfactoriamente provocará que el título inscrito despliegue en el Registro los efectos propios previstos por la Ley. A ellos hace referencia el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y los artículos 98 y siguientes de su Reglamento, y el artículo 6 y 58 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. De estos preceptos legales y reglamentarios se desprende claramente que para que exista función calificador es preciso que se haya presentado un documento, notarial, judicial o administrativo, en base al cual se pretenda por un interesado la práctica de un asiento registral, para lo que el Registrador ha de valorar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicite la práctica de la inscripción u otro tipo de asiento, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en tales documentos por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro. De ahí que los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria , al regular los recursos contra la calificación registral, prevean diversas actuaciones en relación con el Notario, la autoridad judicial o el funcionario que emitieron el documento, lo que carece en absoluto de sentido cuando se trata del acuerdo del Registrador Mercantil accediendo o denegando el nombramiento de auditor de cuentas, puesto que en este caso no existe documento notarial, judicial o administrativo en base al cual se pretenda obtener una inscripción u otro asiento en el

para la homologación o incluso la comunicación nos llevaría a no considerar esa competencia de este último.

9º. Una nueva valoración sería la derivada del siguiente apartado: El acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá adoptarse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles. Sin perjuicio del análisis que realicemos a efectos de dicho contenido lo cierto es que también será posible la impugnación de dichos acuerdos societarios. De conformidad al artículo 86 ter 2 a) de la LOPJ esta competencia está atribuida a los órganos de lo mercantil. La posible incidencia que una solicitud de homologación pudiera tener a los efectos de esa impugnación en materia de competencia (e incluso la afectación prejudicial que de la misma pudiera derivarse) nos lleva también a plantearnos si ese control debe estar sometido al juez que tramita la homologación o a las reglas generales. Sin perjuicio de estas afectaciones lo cierto es que ni ello se prevé ni tampoco el control derivado de dichos acuerdos mediante la impugnación de la homologación.

3. Tramitación y Formalidades.

3.1. Introducción.

La adicional cuarta distingue entre la aprobación del acuerdo de refinanciación, por un lado, y los efectos de la homologación por otro. El proceso de homologación, como ya se ha dicho, parte de un inicial acuerdo con un contenido concreto, unas mayorías que apoyan el mismo en los términos fijados, una solicitud facultativa de homologación y un proceso básico y urgente por ante el juez competente que finalmente resolverá.

Registro. En el caso del nombramiento por el Registrador Mercantil de un auditor de cuentas (sea el supuesto de sociedades legalmente obligadas a someterse a auditoría del apartado 1º del art. 205, sea en el de sociedades no obligadas legalmente a la verificación de las cuentas anuales pero en las que procede tal nombramiento a instancia de la minoría conforme al art. 205.2º, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas, norma actualmente derogada pero aplicable al supuesto de autos por razones temporales), el Registrador no está valorando la legalidad de las formas extrínsecas de documento alguno que se pretende tenga acceso al Registro, ni la capacidad de los otorgantes ni la validez de los actos dispositivo contenidos en el mismo. Se trata de una función distinta, en la que el Registrador tiene que valorar si concurren los requisitos exigidos por uno y otro apartado del artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, artículo 265 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y los preceptos del Reglamento del Registro Mercantil que los desarrollan para que proceda el nombramiento de auditor de cuentas que le ha sido solicitado, siendo la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil un mero efecto reflejo de tal nombramiento, que es lo pretendido por el socio que realiza la solicitud.”

Debemos distinguir por tanto entre los requisitos formales, el contenido y las mayorías necesarias a los efectos de esa homologación y por otro las formalidades propias del proceso que así está previsto.

3.2. Solicitud de homologación.

3.2.1. Régimen general.

Conforme al apartado quinto de la citada adicional la solicitud podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación y se acompañará del acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso, de los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme al artículo 71 bis.4 y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado. Si se hubiera emitido certificación, tasación o informe de los previstos en el apartado 2 de esta Disposición, también se acompañarán a la solicitud.

3.2.2. Postulación y defensa.

El primer planteamiento que nos podemos realizar es la exigencia de abogado y procurador a los efectos de dicha solicitud. De la misma forma que habíamos señalado para lo previsto en el artículo 5 bis LC nada dice la norma y nada excepciona la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. Como veremos posteriormente ello conllevará, de ser admitida a trámite, su publicidad en el Registro Público Concursal. En el RDL 892/2013 se recoge que (art. 8) *“[n]o obstante, cuando no sea posible el traslado de las resoluciones a través de la aplicación electrónica, las mismas serán entregadas al procurador del solicitante del concurso que de inmediato los remitirá al Registro Público Concursal. En estos casos, cuando el concurso se hubiera solicitado por una Administración Pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, la inserción de las resoluciones judiciales se hará en virtud de mandamiento remitido por el Secretario judicial al Registro.”* Bien es cierto que ello se refiere a la solicitud de concurso, pero el artículo 7 recoge que en la sección primera de dicho registro se insertarán, ordenadas por deudor o concursado y dentro de cada procedimiento por fecha de su adopción, la resolución por la que se deje constancia de la comunicación de negociaciones prevista en el artículo 5 bis y las resoluciones procesales que deban publicarse conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Ley Concursal y demás preceptos que a aquél se remiten.

La solicitud parte bien del deudor o bien del acreedor y cualquier referencia a ellos y su inclusión en el marco (aunque sea adicional) concursal debe contemplarse también desde lo previsto en el artículo 184 LC. Esa exigencia de abogado y procurador parece ser la posición más cercana, sin perjuicio de las opiniones doctrinales contrarias que ya señalamos se recogían al efecto respecto del artículo 5 bis.

Debemos tener en cuenta además que con posterioridad existe la posibilidad de plantear una impugnación del mismo que se tramitará por incidente

concurzal. A partir de ahí y por aplicación de las reglas generales del procedimiento concursal no existe duda a tal efecto. En referencia a ello, además, tendríamos la posibilidad de declarar su incumplimiento que se tramitará también por incidente concursal. En tal caso y declarado este la norma recoge que 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. Se habla entonces de acreedores comparecidos lo que conlleva que lo hayan sido con anterioridad a la solicitud de incumplimiento que pudiera cualquiera de ellos haber realizado con anterioridad. Por lo tanto parece que la norma exige esa comparecencia en forma en el mismo proceso de homologación (o incluso posteriormente a través del incidente de impugnación). El artículo 184.1 LC hace referencia a esta “comparecencia en forma” para posteriormente exigir- en proceso concursal- abogado y procurador en todos los supuestos salvo el de trabajadores que refiere las excepciones o régimen propio de la legislación laboral. No hay ninguna excepción en los artículos 23 y 31 de la LEC

3.2.3. Plazo de solicitud.

Otra cuestión controvertida es el posible plazo a los efectos de esa solicitud de homologación. En principio nada dice la norma concursal. Debemos ir nuevamente a la comunicación del artículo 5 bis Lc para intentar comprender el sistema.

Ya hemos señalado que la citada comunicación no es obligatoria sino facultativa. Esto llevaría a considerar dos situaciones:

- a) Por un lado que el citado acuerdo se realice sin un planteamiento paralelo o previo de comunicación. En tal caso la homologación no tiene un plazo concreto a efectos de dicha solicitud. Quizás podríamos pensar como límite (*dies ad quem*) el mismo hecho de la declaración de concurso de acreedores pero solo en virtud de las limitaciones previstas en los artículos 50, 51 y 54 de la Ley Concursal. Esta cuestión puede parecer banal pero no es así. Pensemos por ejemplo en un acuerdo ya cerrado con anterioridad a la declaración de concurso que no ha sido sometido a homologación con anterioridad; o incluso un supuesto en el que se declare el concurso de acreedores durante la tramitación de dicha homologación. ¿Resultaría afectado dicho procedimiento por la misma declaración de concurso?. En tal caso dependerá de cómo interpretemos la remisión que realiza la adicional cuarta al 71 bis en su apartado b, 2º y 3º. La norma recoge que para ser homologable el acuerdo debe reunir en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis. Cuando nos vamos a esta última el inicio de la misma es que “*con anterioridad a la declaración de concurso*” reúnan los tres requisitos allí establecidos de los que solo se recogen dos. Las interpretaciones que podemos extraer de esto son dos:

1º. O bien que el acuerdo deberá estar homologado antes de la declaración de concurso para que produzca efectos aplicando también ese límite temporal por extensión de la remisión también a esto y no solo a sus apartados b y c. En este caso además podrá ocurrir que se haya instado la declaración y también el proceso de homologación. Dependerá entonces de que la homologación se hubiere realizado con anterioridad o no a dicha declaración. Bien sea en concurso necesario (con las limitaciones que veremos) o voluntario.

2º. Entender que no existe ese límite temporal y que por lo tanto podrá iniciarse en cualquier momento lo que no parece lógico a la vista de la evolución legislativa de la misma.

- b) El segundo supuesto es una situación previa o paralela de comunicación del artículo 5 bis y por lo tanto sujeto a los plazos allí establecidos. Pero dichos plazos lo son a los efectos de-citando el texto de la norma-siguientes: *“Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.”* Un nuevo elemento es el 5 bis. 3 LC: *“Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.”*

Es decir que la homologación del acuerdo cerrado no tiene en sí misma un plazo establecido y que cuando convive con la comunicación del 5 bis LC esta – y solo esta comunicación - debe partir de que se haya formulado dentro del plazo de dos meses desde que el deudor conozca o debió conocer su situación de insolvencia (art. 5 LC) y por lo tanto vinculado a ello se permite dicha comunicación con los efectos que la norma señala. Transcurrido este plazo de tres meses de negociación el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente a menos que no se encuentre en situación de insolvencia.

Los citados acuerdos, por un lado, y el propio proceso de homologación, por otro, conllevan un objetivo común con la comunicación como es el de proteger; en el caso de la comunicación protegerlo en su negociación a efectos de una posible solicitud de concurso necesario; en el caso de la homologación protegerlo frente a una reintegración de dichos acuerdos en supuestos de concurso. En el caso de la homologación también se recoge una finalidad de arrastre de acreedores díscolos o que no han querido participar. En todos esos supuestos se pretende la refinanciación o reestructuración de deuda a los efectos de la situación de crisis económica. Si el concurso de acreedores es solicitado parece que existe una carencia de objeto en cuanto a la homologación al menos respecto de esa capacidad de arrastre puesto que estaríamos, entonces, ante una comunidad de pérdidas. Pero en tanto no declarado no parece que este pueda tener efectos respecto de dicho procedimiento.

Pensemos ahora en la producción de efectos de una comunicación del 5 bis LC. La norma recoge que se producen desde la presentación de la comunicación y hasta que – en el caso de homologación- se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación. Y que las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente. Ese apartado es el referido al plazo de tres meses más un mes hábil más que hemos señalado. Nada impide que pueda solicitarse con posterioridad esa homologación. De hecho el siguiente apartado que recoge la norma (ya no incluido en ese límite que solo se refiere a “*las limitaciones previstas en los incisos anteriores*”) es el siguiente: “*Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.*” La excepción de este último (y del anterior) se recoge a continuación: “*Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado*”. Conjugando todo ello resultaría que podrán seguir paralizados- salvo lo dispuesto para garantías reales⁴³¹- tras el transcurso de dicho plazo de cuatro meses algunas ejecuciones que se contemplan en el acuerdo aprobado por mayorías del 51% de los créditos referidos en la adicional cuarta. Todo lo anterior nos lleva a entender que no existe un plazo fijado a efectos de la solicitud de homologación sin perjuicio de:

- a) El cese de los efectos que la norma señala cuando se haya presentado una comunicación del 5 bis LC y hayan transcurrido los plazos que el mismo señala con las matizaciones hechas y que desarrollaremos en el apartado correspondiente.
- b) Que la solicitud voluntaria de concurso podrá realizarse en cualquier momento lo que en nada impide (aunque podrá resultar afectada) la tramitación de una homologación de un acuerdo.
- c) Que si se produce la declaración de concurso y se encuentra en tramitación una solicitud de homologación de un concreto acuerdo la opción por el criterio de no vinculación funcional al juez que la está tramitando podría dar lugar a que se produzca la misma con la consiguiente ruptura de continencia de la causa.
- d) Tras la declaración del concurso de acreedores la competencia es del juez del concurso en todo lo que afecte a su patrimonio (art. 8 LC). La homologación de dicho acuerdo es diferente al acuerdo mismo que es en donde ya se han realizado esas afectaciones patrimoniales con anterioridad.
- e) El efecto arrastre que pudiera conllevar una homologación y la afectación de los mismos acuerdos homologados en cuanto a su

⁴³¹ Los créditos públicos no resultarán en ningún caso afectados.

incumplimiento quedarían sujetos a lo previsto en los artículos 61 , 62, 63 , 68 y 69 de la Ley Concursal en caso de concurso.

La resolución de 12 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Mercantil de Madrid número 7 (que analizaremos posteriormente) tramita la citada homologación dentro del propio expediente del artículo 5 bis (comunicación). La cuestión puede ser simplemente una falta de referencia informática o el efecto del arrastre de la competencia que se quiere a tales efectos. Tal y como se puede comprobar en la resolución del Juzgado de lo Mercantil 12 de Madrid de fecha 22 de septiembre de 2014 existe una referencia expresa a “homologación” por lo que la primera resolución parece concebir (cuando existe esa comunicación previa) que el plazo se sustenta dentro del plazo de la propia comunicación del artículo 5 bis. Aunque ello puede ser exclusivamente a efectos materiales o competenciales.

3.2.4. Documentos que se han de acompañar a la solicitud.

La norma recoge diferentes instrumentos que hemos de analizar de forma separada:

a) **Acuerdo de refinanciación adoptado y plan de viabilidad.** Al remitirse, nada más comenzar el precepto, a lo previsto en el artículo 71 bis y en particular al apartado tercero del subapartado b), ese acuerdo deberá haber (haya sido) sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido. Entendemos que la referencia que contiene dicho precepto, apartado y ordinal consistente en acreditar “*el cumplimiento de los requisitos anteriores*” no es aplicable parcialmente en tanto recoge también lo previsto en el apartado 1º para las mayorías allí previstas rigiéndose en tal sentido la adicional cuarta por sus propias mayorías. Y de la misma forma tampoco es aplicable dicho cómputo en función de grupos⁴³² tal y como establece la norma: “*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.*”

Al referirse a instrumento público debemos detenernos en el mismo. Para algún autor⁴³³ estos serían aquellos autorizados por notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos⁴³⁴. De entre los diferentes instrumentos⁴³⁵

⁴³² Si será posible, tal y como hace el Auto de 12 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Mercantil 7 de Madrid, tomar en consideración circunstancias del grupo que permitan hablar de viabilidad a los efectos de homologación.

⁴³³ GIMENEZ ARNAU, E, *Derecho Notarial*. Pamplona. Eunsa. 1976.

⁴³⁴ A tal efecto el citado autor Considera que la actividad notarial acaba normalmente en la válida elaboración de «instrumentos públicos», y estos instrumentos suelen contener: La generalidad de la contratación privada. En consecuencia producen el documento o soporte físico y externo de los derechos (título, en sentido formal) que es el vehículo habitual de acceso a los Registros Públicos. La mayor parte de la contratación administrativa, sujeta a normas de carácter especial pero fundadas en el derecho privado, porque en ellas los organismos y

tanto será válido tanto una protocolización como una elevación a escritura pública si bien habremos de estar al contenido de dichos acuerdos a los efectos de poder realizar o no la primera, dado que, conforme a estos, puede exigirse o no que se eleve a escritura pública. Piénsese por ejemplo en instrumentos que conlleven modificaciones estructurales o estatutarias, garantías hipotecarias, constitución de sociedades, emisión de obligaciones, adquisición de participaciones o acciones cuando sea requerido, etc.

Esa técnica legislativa remisiva derivada de las sucesivas reformas ha hecho que igualmente se arrastre la expresión concreta referida a que el acuerdo *“reúna en el momento de su adopción”* esos requisitos. El texto del artículo 71 bis.1 LC a tal efecto señala que los allí fijados (entre los que se encuentran aquellos que se exigen para la homologación) deban reunirse *“con anterioridad a la declaración del concurso”*. Aunque al hablar del plazo ya nos hemos referido a ello nuevamente la redacción nos lleva a plantearnos la posible homologación de un acuerdo tras la declaración de concurso cuando cumpla los requisitos previstos en dicha norma. En su momento señalábamos la incompatibilidad de esto con el mismo fin de la norma. Si el citado acuerdo reúne los requisitos del 71 bis LC la protección frente a la reintegración existirá en cualquier caso, pero estamos hablando de mayorías diferentes (3/5 para los del 71 bis 1 LC) en estos supuestos colectivos.

b) *Certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso.* Tanto al comienzo, por referencia al 71 bis 1.2º LC como en este apartado se refiere la necesidad de certificación del auditor. En el último de los preceptos citados se señala: *“Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.”*

Por lo tanto la citada certificación deberá conllevar la necesidad de complementar dos apartados diferentes:

- Por un lado certificación del pasivo.
- Por otro certificación de las mayorías requeridas en cada caso.

personas de derecho público actúan con rango igual al de las personas individuales. Una parte considerable de la contratación mercantil, especialmente la que se refiere al derecho de sociedades. Los testamentos (salvo el ológrafo, y algunos excepcionales que, posteriormente van -en definitiva- al protocolo notarial) que rigen la sucesión en los bienes y derechos de los otorgantes. La constatación auténtica de hechos (actas notariales) que pueden tener consecuencias jurídicas en las relaciones privadas o constituir elementos probatorios de gran fuerza en el ámbito procesal. La autenticidad del documento surte todos sus efectos, en juicio y fuera de él, mientras que una sentencia firme, en proceso penal o civil declarativo, no le prive de su fe pública, declarando su falsedad.

⁴³⁵ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. «BOE» núm. 149, de 29/05/1862. Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. «BOE» núm. 189, de 07/07/1944.

Tal y como veremos en el contenido del acuerdo la certificación no resulta ciertamente simple dada la distinción de grupos, afectaciones y mayorías para cada caso.

Nuevamente – en lo que se refiere al auditor- debemos completar la norma con lo previsto en el artículo 71 bis LC. La empresa puede tener o no auditor en los términos exigidos en el artículo 263 de la LSC o existir un nombramiento voluntario. De no existir, señala el citado precepto, será nombrado por el registrador mercantil del domicilio del deudor. De entre las diferentes posibilidades la norma no distingue entre sociedades obligadas a auditarse de las que lo hacen voluntariamente o a las que, para un ejercicio concreto, el registrador ha nombrado un auditor a petición de socios⁴³⁶.

Quizás uno de los mayores problemas que puedan plantearse al auditor es la correspondencia entre la certificación y la realidad cambiante de una empresa en relación a su actividad. La norma recoge esa certificación en referencia a mayorías a la fecha de adopción del acuerdo conforme al apartado b.1º del 71 bis, norma que no es aplicable. Al comienzo de la adicional cuarta también refiere, por remisión, que la certificación ha de darse de igual forma en tanto dicho requisito se exige conforme a lo siguiente: “*reúna en el momento de su adopción*”. Sin embargo ambas redacciones son diferentes y nos permiten ir más allá de ello en supuestos de homologación, a cuyos efectos debemos desagregar el contenido⁴³⁷:

- Por un lado las mayorías exigidas lo son del 51% o aquellas otras necesarias para producir el efecto arrastre.
- La norma señala que podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis.
- Entre esas condiciones están que (1) se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo y (2) que 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.
- Por lo tanto no parece que esas mayorías deban darse, en este caso, necesariamente en el momento de adopción del acuerdo y que la certificación- de forma diferente a los acuerdos colectivos del 71 bis 1 LC- también se pueda realizar en otro momento a los efectos, al menos, de las mayorías exigidas para el arrastre.
- De hecho la adicional cuarta distingue por ello certificación de pasivos por un lado y certificación de mayorías por otro. El primero por remisión

⁴³⁶ De conformidad al artículo 265.2 LSC: En las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio

⁴³⁷ La presente interpretación obedece esencialmente a la técnica legislativa de remisión que utiliza el legislador motivando por ello una incoherencia en la regulación que puede ser interpretada en tal sentido, en favor del acuerdo, bien porque así lo ha querido el legislativo o bien porque es fruto de un error de sistematización.

inicial al 71 bis LC y el segundo como documento a acompañar a la solicitud de homologación.

Todo lo anterior puede tener cierta importancia para supuestos de acuerdos de suscripción continua de la misma forma que se permiten las adhesiones posteriores al citado acuerdo.

c) Los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme al artículo 71 bis.4.

La disposición adicional cuarta se refiere a ellos en dos momentos diferentes. Por un lado junto a la solicitud en los términos que encabezan el título de este apartado. Por otro cuando cuando– en el tratamiento del valor razonable de los activos- concurren nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes; en este caso deberá aportarse nuevo informe de experto independiente y la designación del experto independiente en los supuestos previstos en este apartado se realizará de conformidad con el artículo 71 bis.4.

El 71 bis 4 permite en todos los supuestos (acuerdos colectivos y bilaterales recogidos en el mismo) que cualquier acreedor e incluso el mismo deudor puedan solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

Como podemos comprobar los citados informes son diferentes:

- En un supuesto el informe lo es para la valoración (valor razonable de los bienes) cuando concurren nuevas circunstancias que puedan motivar un cambio de valor del estándar establecido en el citado precepto.
- En otro (en el 71 bis 4) el informe distingue diferentes apartados:
 - a) Carácter razonable y realizable del plan de viabilidad. Sobre el carácter razonable del plan de viabilidad hemos de volver la mirada a lo que se recogía en el artículo 71.6 LC tras su modificación en 2011 y que ha sido objeto de desagregación y concentración en la actual redacción⁴³⁸. En tal momento se señalaba que el informe del experto independiente recogería:
 - a. Un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor
 - b. Sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero de dicha norma que , a su vez, recogía la necesidad de que dicho acuerdo respondan a un plan de viabilidad que

⁴³⁸ Vid al efecto PULGAR EZQUERRA, J, *Preconcurso yop. cit.* pg. 235. En el apartado de Business Plan se afirma además que siendo dependiente el plan de viabilidad de la evolución de la empresa además este debe ir cambiando , en cuanto a sus proyecciones, conforme se desarrolla la negociación y adaptándose a la realidad. Ibidem pgs. 278 y ss.

permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

- c. Y un tercer juicio técnico referido a las garantías en la misma forma que ahora se recoge como segundo requisito y que analizamos a continuación.

La normativa concursal se refiere al plan de viabilidad, al margen de lo señalado para los acuerdos de refinanciación, en diferentes apartados. En el art. 100.5 LC se recoge, en referencia al convenio, que “[C]uando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.” De esta forma nos aclara que ese plan de viabilidad debería especificar los recursos necesarios que la empresa considera, los medios y condiciones para su obtención, incluyendo todos y cada uno de los apartados que un plan de tales dimensiones pueda contener, incluidos compromisos por terceros. En tal caso entendemos con los autores⁴³⁹ que se trata de un “... documento clave para sintetizar la situación de la empresa, realizar un diagnóstico objetivo de la misma y, en definitiva, confirmar la viabilidad empresarial del proyecto empresarial a largo plazo (y a corto añadimos en función de la norma) a pesar de las situaciones coyunturales negativas que pueda estar sufriendo la empresa en un momento dado.” En el mismo se deberían recoger, sin ser consideraciones estanco, las siguientes:

1. Resumen ejecutivo.
 2. Equipo promotor y gestor
 3. Modelo de negocio
 4. Análisis del Sector
 5. Estrategia de Implementación del Modelo de Negocio
 6. Estructura legal
 7. Análisis económico-financiero
 8. Conclusiones.
- b) Proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Como hemos señalado se trata de un requisito que tiene su origen en la regulación de 2011 y que formaba parte del informe técnico del experto independiente sobre el carácter razonable y realizable del plan. A este respecto la redacción anterior a la reforma de la adicional cuarta ya recogía, entre su contenido, que el juez (apartado tercero) otorgará la

⁴³⁹ CAMPUZANO AB , PASCUAL M, BARRUSO B. *La empresa: información jurídica, económica y financiera. Organización y gestión de personal* 3ª Ed.. Tirant 2013. En concreto VEGA P, << El plan de viabilidad empresarial>>. Pgs. 120 y ss.

homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero y no suponga un sacrificio desproporcionado⁴⁴⁰ para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron. A este “sacrificio desproporcionado” se refiere hoy la misma adicional en su referencia a la impugnación⁴⁴¹ si bien cambiando la redacción que con anterioridad se refería a “*la desproporción del sacrificio exigido*”. Uno (proporcionalidad) y otro (desproporción) son diferentes- como veremos- y esa proporcionalidad debe exigirse en relación a las condiciones normales del mercado en el momento de la firma. Estableciendo la norma unos criterios de valor razonable de los bienes y un cálculo de garantías preestablecido la “proporcionalidad” exigida lo es ya no en relación a los intervinientes (cuya proporción ya está delimitada) sino respecto de los no intervinientes y la posibilidad de su cobro⁴⁴² en relación al resultado global de la refinanciación.

⁴⁴⁰ La enmienda de PNV planteada en el congreso había propuesto extender los efectos a los acreedores con garantías reales, pero fue rechazada, y el mismo PNV había solicitado, sin éxito, que desapareciera la referencia al sacrificio desproporcionado conforme a la siguiente justificación: "Es deseable que se omitan expresiones tan abiertas como la anterior, cuya definición legal hubiera ayudado a la operación a evitar quedar al albur de la interpretación judicial". http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/ CONG/BOCG/A/A_119-13.PDF#page=1

⁴⁴¹ Analizaremos más detenidamente este apartado en el capítulo correspondiente a la impugnación. En tal caso ya debemos avanzar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 29 de julio de 2014 en que se trata.

⁴⁴² En relación al sacrificio patrimonial desproporcionado (que como decimos trataremos en su apartado correspondiente) pero habiendo distinguido “proporcionalidad” y “desproporción” en este apartado, conviene decir que para esa desproporción algún autor ha señalado que una interpretación en tal sentido (es decir en relación a los disidentes) resulta peligrosa. En concreto se señala: “El argumento es peligroso. Repárese —y después volveremos sobre ello— en que se trataba de acreedores con garantía real. Es evidente que, si sólo ellos ejecutaran sus garantías contra los activos de la sociedad, estarían en disposición de poder cobrar en mejores condiciones que la que les espera con la refinanciación, porque aquello sería seguro y esto incierto. Para que el argumento del auto convenza, la ponderación no debe aislar a los disidentes, sino representarse al conjunto de los acreedores como un todo. El sacrificio sería desproporcionado si todos los acreedores del sindicato hubieran podido cobrar mejor sin el acuerdo que con el acuerdo. Mas esta hipótesis es, como tal, marginal, porque, si se hubiera producido y hubiera existido este convencimiento en los acreedores del sindicato, no se habría llegado al acuerdo de refinanciación. Es difícil imaginar que todos los financiadores hubieran estado seguros de poder cobrar la totalidad de su crédito por medio de la liquidación y, sin embargo, hubieran declinado esta posibilidad por favorecer la continuidad de la empresa. En consecuencia, es muy improbable que todos pudieran estar mejor con la liquidación, y de ello se desprende que, puesto que en el escenario alternativo los disidentes sólo podrían actuar de consuno con el resto, tampoco aquellos mejorarían su posición porque esta mejora sólo se obtendría si pudieran operar como free-riders. Esto es, como afirma el auto, el acuerdo de refinanciación «beneficia a los disidentes» porque sólo es imaginable un escenario alternativo mejor para ellos si se les tolerase un cobro y ejecución aislada en su condición de free-riders

mientras la mayoría se atiene a la espera del acuerdo. El escenario alternativo a efectos del «sacrificio desproporcionado» es, pues, el escenario conjunto a todos los acreedores con falta de acuerdo de refinanciación, no el escenario individual de los disidentes libres de restricción mientras la mayoría deviene vinculada por el acuerdo de refinanciación.” CARRASCO A «Esperas» y «acreedores con garantía real» en los acuerdos de refinanciación de la disp. adic. 4.ª de la Ley Concursal a propósito del acuerdo CELSA>> *Análisis GA&P* | Julio 2013 2

- c) Las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable.
- d) Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo. Podemos comprobar como la norma recoge la necesidad de que los propios acreedores acepten las posibles reservas o limitaciones que pudiera haber realizado el experto independiente al respecto de ese plan de viabilidad. No solo eso sino que además deberán ponderar las mismas en relación al propio acuerdo y a los beneficios del mismo. La terminología utilizada (reservas o limitaciones) es recogida de las normas de auditoría si bien debe ser considerado mucho más amplio que lo que las mismas determinan.

La expresión utilizada en la solicitud (apartado 5 de la adicional) de forma completa es que deberán acompañarse a la misma "... los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme al artículo 71 bis.4 y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado. Si se hubiera emitido certificación, tasación o informe de los previstos en el apartado 2 de esta Disposición, también se acompañarán a la solicitud. El juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación.". Por lo tanto esa certificación que se recoge como requisito viene también a completar los documentos que haya que aportar indicando no solo que lo son las certificaciones de valoración de activos sino aquellas otras que deriven de experto o expertos independientes sobre todos y cada uno de los elementos que hemos señalado más arriba, por remisión al citado precepto y apartado. Es decir que de forma indirecta, al hablar de la solicitud, se reproduce por completo el art. 71 bis 4.

d) *Certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado.*

Uno de los posibles contenidos de arrastre que prevé la norma es la conversión de deuda en capital social. Esa capitalización por compensación de créditos tiene como características esenciales la de haber modificado el régimen ordinario de acuerdos en la ley de sociedades de capital tanto para sociedades anónimas como limitadas. Nos limitaremos aquí al análisis del citado requisito dejando a los efectos del contenido el estudio de esta capitalización.

Como requisito formal y documento a acompañar a la solicitud de homologación se exige certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado. En principio esa certificación habrá de emitirse de conformidad a los legitimados prevista en el Reglamento del Registro Mercantil y requiere las mayorías concretas de socios que recoge y matiza la propia adicional al margen de la ley y de los Estatutos sociales.

Pero lo que llama igualmente la atención es la posibilidad prevista, a partir de ello, de que existiera un acuerdo de aumento de capital en dicho acuerdo sin que tal acuerdo se hubiera adoptado en el seno del órgano competente (Junta

de socios) de la sociedad. Bien es cierto que esa capitalización podrá o no ser necesaria en tanto la propia sociedad sea propietaria de sus propias acciones o participaciones en los términos que legalmente se recoge en la ley de sociedades de capital y con las limitaciones y obligaciones que la misma desarrolla. También que esa conversión de deuda en acciones o participaciones queda pendiente de la opción prevista en el apartado 3.b) 3º i) de la adicional para aquellos acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad⁴⁴³.

Esa previsión, como veremos, podría evitar ciertos problemas de impugnación de los citados acuerdos en ese momento, mientras que, por otro lado podrían dilatar – de ser así- la ejecución del mismo.

e) Si se hubiera emitido certificación, tasación o informe de los previstos en el apartado 2 de esta Disposición, también se acompañarán a la solicitud.

Una de las novedades más llamativas de la nueva regulación es precisamente el sistema de valoración de bienes y derechos y garantías a los efectos de computar las mayorías necesarias para la aprobación del acuerdo, proporcionalidad y desproporciones que pudieran derivarse del mismo.

Para ello la norma recoge un régimen estándar de valoración y en determinados supuestos, como hemos visto, la necesidad de un nuevo informe de experto independiente si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes. La reciente

⁴⁴³ En materia de convenios y operaciones de modificación estructural conviene citar la Sentencia J.M. nº 8 de Madrid de 17 de junio de 2014. (15/07/2014) en donde señala: "...considera (la impugnante) infringida por el convenio es el art. 100.3 LC, el cual establece que " en ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos con la excepción del supuesto previsto en el artículo 155.4, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada". (ii).- Como se aprecia la finalidad de la norma, de contenido prohibitivo, es impedir que el convenio cobije una solución liquidatoria encubierta, con transmisión global de activo, pero con la salvedad de que se aborde una modificación estructural de sociedad de capital.(iii).- Lo que esa norma no exige es que se aporte el proyecto de dicha modificación estructural, ya que no establece una forma concreta en la que se articule la relación temporal entre aprobación del convenio concursal y la modificación estructural a abordar. Esto bastaría para desestimar la objeción de VPS.(iv).- Una cosa es que en paralelo se tramiten ambos procesos, el concursal, de aprobación del convenio concursal, y el societario, de modificación estructural, y ambos se conecten jurídicamente, al establecer como parte de los compromisos del deudor concursado en el convenio dar lugar a la modificación estructural, donde decae el derecho de oposición del art. 44 LME (conforme con la mejor doctrina, vid. PULGAR EZQUERRA J, Modificaciones Estructurales de las Sociedades, Tomo 2º); y otro supuesto es aquel donde el convenio señala, pero sin incorporarlo a sus compromisos, la intención de abordar en el futuro dichos procesos societarios. (v).- En este último caso, no parece que dicho anuncio integre la modificación estatutaria en parte del convenio, ni su falta de ejecución implique incumplimiento del mismo, art. 140 LC, siempre y cuando su contenido típico, el plan de pagos, se cumpla a pesar de no abordar dicha operación societaria. El valor de dicho anuncio, en tales términos, tiene más bien que ver con la credibilidad de proyecto empresarial, a juzgar por los acreedores al emitir su voto o adhesión."

reforma del RDL 1/2015⁴⁴⁴ afecta a dicha valoración pero a efectos concursales. Es decir el régimen previsto, sustancialmente idéntico al principio en la acomodación del RDL 4/2014 y el RDL 11/2014, se modifica en lo que respecta al 94.5 LC para supuestos del informe que han de realizar los administradores concursales. Esto conlleva también que debamos plantearnos si el legislador ha querido que el régimen sea diferente o no en función de que nos encontremos ante un supuesto de concurso (pensando más en el convenio y/o en la liquidación) o ante un supuesto de reestructuración. Nuestro parecer inicial es que el legislador ha podido cambiar el sistema en ambos supuestos y que sin embargo ha optado por hacerlo solo para aquellos en que ya ha sido declarado el concurso de acreedores; por tanto buscando la mayor facilidad en estos y no necesariamente en aquellos. Conciliaremos, no obstante, el régimen de uno y otros. De conformidad a ello tendríamos:

- a) Un primer régimen de valoración que parte - de su redacción con la reforma 4/2014- desde el valor fijado por experto independiente dentro de los seis meses anteriores a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación (en supuestos de bienes distintos de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario y al que posteriormente nos referimos⁴⁴⁵), y que se modifica con el RDL 1/2015, si bien solo para supuestos del 94.5 LC, con la siguiente redacción: *“Los informes previstos en las letras b) (valores mobiliarios) y c) (inmuebles) no serán necesarios cuando dicho valor hubiera sido determinado, para bienes inmuebles por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España dentro de los doce meses anteriores a la fecha de declaración de concurso o, para bienes distintos de los inmuebles, por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de declaración del concurso.”* Tampoco serán necesarios cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo. La reforma del último de los citados preceptos señala que los bienes o derechos sobre los que estuviesen constituidas las garantías, que estuvieran denominados en moneda distinta al euro, se convertirán al euro aplicando el tipo de cambio de la fecha de la valoración, entendido como el tipo de cambio medio de contado. No recoge la norma a qué tipo o tipos de expertos independientes se refiere; pero si queda claro que el espectro es amplio y que tanto puede utilizarse la figura mercantil del experto independiente recogida en la ley de sociedades de capital o de modificaciones estructurales como cualquier perito en la materia. Tampoco se exige que dicha valoración haya sido hecha expreso sino que bastaría con cualquier informe cualificado a tal efecto. La problemática puede surgir precisamente en relación a la cualificación de ese experto o el mismo informe. El acento principal, empero, se sitúa en el término “independiente” partiendo de que servirá cualquier “experto” en la materia siempre que cumpla esa característica.

⁴⁴⁴ El texto se mantiene tras su tramitación parlamentaria que culmina con la Ley 25/2015 de 28 de julio.

⁴⁴⁵ La tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 incorporó, hoy introducido por el RDL 1/2015 y por la Ley 25/2015, una enmienda del GP en donde también se excluye- por razones lógicas- cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo.

- b) La reforma de 2015 señala igualmente , como complemento del anterior y aplicable en supuestos de valoración concursal, que el informe previsto para bienes inmuebles, cuando se refiera a viviendas terminadas, podrá sustituirse por una valoración actualizada siempre que, entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada, no hayan transcurrido más de seis años. La valoración actualizada se obtendrá como resultado de aplicar al último valor de tasación disponible realizado por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, la variación acumulada observada en el valor razonable de los inmuebles situados en la misma zona y con similares características desde la emisión de la última tasación a la fecha de valoración. En el supuesto de no disponerse de información sobre la variación en el valor razonable proporcionado por una sociedad de tasación o si no se considerase representativa, podrá actualizarse el último valor disponible con la variación acumulada del precio de la vivienda establecido por el Instituto Nacional de Estadística para la Comunidad Autónoma en la que se sitúe el inmueble, diferenciando entre si es vivienda nueva o de segunda mano, y siempre que entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada no hayan transcurrido más de tres años.
- c) Un régimen , en defecto del anterior, complementario o sustitutivo, que determina el valor razonable del bien o derecho conforme a las siguientes reglas:
- a. En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate. De conformidad a lo anterior:
 - i. Cuando el inicio de negociaciones parta de una comunicación del artículo 5 bis ese periodo de cálculo estará claro. No obstante si no existe ese *dies a quo* será difícil determinarlo salvo que pueda probarse que el mismo se inicia en uno u otro periodos.
 - ii. En cuanto al objeto de valoración la norma se refiere a “valores mobiliarios” debiendo entender por tales los “*documentos jurídicos acreditativos de la propiedad de partes alícuotas del capital de una sociedad anónima (acciones) o de un préstamo a la misma (obligaciones), o a entidades públicas (Deuda Pública) y que devengan una renta variable o fija según los casos*”⁴⁴⁶.
 - iii. Al establecer una delimitación del concepto como valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o

⁴⁴⁶ MARTINEZ ÁLVAREZ JA Y CALVO GONZALEZ JS . *Banca y Mercados Financieros*. Pg. 119 Tirant 3ªEdc. 2012. BACHILLER, A. (2001): “Tipos de Mercados Financieros”, [en línea] 5campus.com, Mercados Financieros <http://www.5campus.com/leccion/fin002>. Ultima consulta 11/10/2015.

en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario, la norma está confundiendo la clasificación de los mercados puesto que delimita los mismos como, por un lado, regulados y por otro por el tipo de activo que se negocia. Así podemos decir que la pretensión del legislador puede haber sido partir de esta última y por tanto distinguiendo entre mercado monetario -caracterizado porque en él se negocian exclusivamente instrumentos con “contenido de deuda⁴⁴⁷” y con vencimientos inferiores al año- y el mercado de capitales que comprende las operaciones de colocación y financiamiento a largo plazo. Al recoger la expresión “otro *mercado regulado*” parece excluir los OTC⁴⁴⁸ y productos tan concretos como forwards y los swaps. No obstante no parece que esa haya sido la intención.

- iv. Al recoger precio medio ponderado al que hubieren sido negociados debemos tener en cuenta que el precio de cierre del mercado sirve de referencia del valor para la sesión siguiente y se calcula diariamente al finalizar la sesión, teniendo en cuenta el precio medio ponderado de los 200 últimos títulos negociados. La media ponderada⁴⁴⁹ se obtiene multiplicando cada uno de los datos por su ponderación (peso) para luego sumarlos, obteniendo así una suma ponderada; después se divide ésta entre la suma de los pesos, dando como resultado la media ponderada⁴⁵⁰.
- v. La referencia a que hayan sido negociados en uno o varios mercados (*Dual listing*⁴⁵¹) parece querer concebir ese precio medio ponderado en atención a la negociación en todos esos mercados. Y ello con independencia de que esa negociación se haya realizado en el propio mercado en el que cotiza o a través del sistema de *cross-listing*.

⁴⁴⁷ MARTINEZ ALVAREZ Y CALVO GONZALEZ, *Banca y Mercados*, op cit. pg. 27, nota 12: Un instrumento con “contenido de deuda” es un acuerdo contractual por el cual el prestatario se compromete a pagar al tenedor del instrumento una cantidad fija por períodos regulares hasta una fecha dada —vencimiento— en la que se realizará un último pago consistente en la devolución del principal.

⁴⁴⁸ MARTINEZ ALVAREZ Y CALVO GONZALEZ, *Banca y Mercados...op. ct.* Pg. 347: La naturaleza de los mercados OTC (Over-the-counter) es el intercambio entre particulares, sin las rigideces de los mercados organizados. En cada una de las transacciones de mercados no organizados se establecen un importe, plazo y características a medida de las necesidades del inversor. Como contrapartida a la flexibilidad los mercados OTC tienen un elevado riesgo en comparación con los mercados regulados.

⁴⁴⁹ Fórmula de cálculo de la media ponderada:

$$\bar{x} = \frac{\sum_{i=1}^n x_i w_i}{\sum_{i=1}^n w_i} = \frac{x_1 w_1 + x_2 w_2 + x_3 w_3 + \dots + x_n w_n}{w_1 + w_2 + w_3 + \dots + w_n}$$

⁴⁵⁰ TRIOLA MF. *Estadística*. (décima edición). Pearson Educacion.2008

⁴⁵¹ GRUSON M. <<Global Shares of German corporation ad their dual listing on the Frankfurt and New York Stock Exchange>>. *University of Pennsylvania Journal of Internacional Economica Law* (U.Pa. J. Int’L.Econo.I) vol. 22, 2011, pp 185-283.

- vi. El problema de la valoración de carteras (e incluso de todos los supuestos que hemos señalado) es la necesidad de ponderar desde la homogeneidad que la norma olvida.
- b. En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España. La introducción de este tipo de valoración ha sido una de las grandes sorpresas de las reformas de 2014 (y necesariamente ha condicionado la reforma del RDL 1/2015). No solo se introduce a estos efectos sino también dentro de los propios procesos concursales. Como sociedades auxiliares del mercado financiero tiene su origen en la propia ley de regulación del mercado hipotecario⁴⁵² y se desarrolla por su propia norma⁴⁵³. En función del último apartado del artículo 1 de la citada norma su ámbito se extiende a cualquier otra tasación en que la normativa exija que la valoración haya de realizarse por una sociedad o servicio de tasación correspondiendo al Banco de España su supervisión. Aunque la citada orden de 2003 recoge en su artículo 15 como métodos de valoración el Método del coste el Método de comparación el Método de actualización de rentas y el Método residual debemos tener en cuenta que la situación de los créditos privilegiados exigirá “valor de mercado” en los supuestos de la aplicación del artículo 155 de la Ley Concursal.
- c. En caso de bienes distintos de los señalados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes. Es lo que

⁴⁵² Ley 2/1981, de 25 de marzo. Regulación del Mercado Hipotecario (BOE de 15 de abril) sección I.

⁴⁵³ Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo. Régimen Jurídico de Homologación de los Servicios y Sociedades de Tasación (BOE de 13 de junio). Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras (BOE de 9 de abril) (corrección de errores, BOE de 20 de mayo). Orden ECC/371/2013, de 4 de marzo, por la que se modifica la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. (BOE de 8 de marzo de 2013) .Orden EHA/564/2008, de 28 de febrero, por la que se modifica la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras (BOE de 5 de marzo) .Orden EHA/3011/2007, de 4 de octubre, por la que se modifica la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras (BOE de 17) .Circular nº 3/1998, de 27 de enero, del Banco de España. Sociedades y servicios de tasación homologados. Información a rendir al Banco de España (BOE de 13 de febrero). Circular 2/2009, de 18 de diciembre, del Banco de España, a sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se modifica la Circular 3/1998, de 27 de enero, a las sociedades y servicios de tasación homologados, sobre información a rendir al Banco de España (BOE de 31).Circular 7/2010, de 30 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre desarrollo de determinados aspectos del mercado hipotecario. (BOE de 6 de diciembre de 2010).Circular 3/2014, de 30 de julio, del Banco de España, a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se establecen medidas para fomentar la independencia de la actividad de tasación mediante la modificación de las Circulares 7/2010, 3/1998 y 4/2004, y se ejercitan opciones regulatorias en relación con la deducción de activos intangibles mediante la modificación de la Circular 2/2014. (BOE 31 de julio).

el artículo 155.4 LC llama valoración por entidad especializada para bienes muebles.

- d) La necesidad de una nueva valoración por experto independiente nombrado de conformidad a lo previsto en el artículo 71 bis 4 LC cuando concurren nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes⁴⁵⁴.

Cuando hemos definido estos criterios no hemos razonado, ni la norma lo hace, cuál es el valor real (razonable) que debemos considerar de existir diferencias entre unos y otros. A este respecto parece que el criterio delimitador es precisamente el de atender primero al cambio de circunstancias, después a la existencia de informes dentro de ese periodo de seis meses y finalmente (primero y único para valores mobiliarios de negociación en mercados) el criterio objetivo fijado por la norma. No obstante nada se dice al respecto.

En cualquier caso los sistemas de fijación del “valor razonable” requieren que tengamos en cuenta que el Tribunal Supremo ya ha venido pronunciándose sobre ello (por todas Sentencia T.S. 320/2012 (Sala 1) de 18 de mayo) señalando a tal efecto que la inexistencia del valor real “*habida cuenta de los múltiples factores que pueden influir en su determinación, -singularmente en el caso de sociedades cerradas, en las que la dificultad o imposibilidad de desinversión por parte del titular las aleja de la consideración de bienes fungibles intercambiables fácilmente por dinero en un mercado libre,- fue determinante de que en la redacción dada a los artículos 32.2 y 100.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa y por la Ley 44/2002, de 22 noviembre, de Reforma del Sistema Financiero, se hiciese referencia al "valor razonable", y de que pueda afirmarse que no existe una cifra precisa y exacta que, a modo de simple operación matemática, permita fijar un valor único y cierto -la sentencia 87/2010, de 9 de marzo, indica que "exige una valoración contable compleja, supone, según se dijo, una aproximación a la certeza conforme a reglas de experiencia, lo que, obviamente, no es otra cosa que un juicio razonable para la obtención del valor real"-.*Por ello el apartado 8 de la Resolución del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de fecha 3 de enero de 1991, por la que se publica la norma técnica de elaboración del informe especial sobre valoración de acciones, en el supuesto de los artículos 64, 147, 149 y 225 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable a las participaciones de las sociedades de responsabilidad limitada -en este sentido apunta la respuesta a la consulta número 2 publicada en el Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas 32 de diciembre de 1997- afirma que "sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables sobre el valor real", lo que permite utilizar, individualmente o combinados entre sí, diversos métodos en función de las circunstancias y contexto en que se trate. Se indica en la indicada resolución como más usuales o generalmente utilizados el valor de cotización en Bolsa, el del activo neto real, el de capitalización de resultados, y el actual de flujos monetarios netos.”

⁴⁵⁴ La reforma del RDL 1/2015, del artículo 94.5 LC se refiere a ello conforme a lo siguiente: “Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, deberá aportarse un nuevo informe de sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España o de experto independiente, según proceda.”

Desde ese valor razonable la norma recoge igualmente un cálculo porcentual de las garantías reales. Aunque dispersas en el texto (en cuanto a los apartados que a continuación vamos a señalar) lo cierto es que deben considerarse todas ellas en relación a la garantía real conforme a lo siguiente:

- a) Por valor de la garantía real de que goce cada acreedor el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien (o derecho⁴⁵⁵) sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente. Esta referencia ha motivado que en el trámite parlamentario del RDL 11/2014 se complemente la misma con otros límites: el valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado⁴⁵⁶. Con el RDL 1/2015 y la Ley 25/2015 se consolida esta última redacción en el 95.4 LC y con la Ley 9/2015 se sitúa en la adicional cuarta, apartado segundo conforme a lo siguiente: “...sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado.”
- b) En el caso de que la garantía a favor de un mismo acreedor recaiga sobre varios bienes, se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes la regla del apartado anterior, sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente.
- c) En caso de garantía constituida en proindiviso a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total de la garantía la proporción que en la misma corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso, sin perjuicio de las normas que, en su caso, resulten de aplicación a los préstamos (acuerdos)⁴⁵⁷ sindicados⁴⁵⁸.

Pues bien, todas estas certificaciones, tasaciones e informes que se hayan tomado en consideración para el cálculo del valor razonable y la garantía serán necesarios aportarlos junto a la solicitud.

3.3. Admisión a trámite y efectos.

⁴⁵⁵ En la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 se aclara, mediante una modificación técnica, este apartado.

⁴⁵⁶ La modificación no es baladí y motiva estar al mayor valor de cualquiera de ellas.

⁴⁵⁷ La propuesta de enmienda planteada por el GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 sustituye la referencia “préstamos” por “acuerdos”, más genérica y finalmente se recoge en la Ley 9/2015 como hemos indicado.

⁴⁵⁸ La reforma del RDL 1/2015 modifica la redacción del 90.4 LC introduciendo una nueva terminología para un ámbito objetivo amplio: “En caso de garantía constituida en proindiviso a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total del privilegio especial la proporción que en el mismo corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso”.

Nos señala la adicional cuarta que el juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación. La norma se refiere entonces a un examen inicial de “la solicitud” y por lo tanto de los elementos esenciales y formales que hemos señalado conforman la misma. El mismo hecho de realizarse por providencia pone de manifiesto que el legislador no quiere un análisis profundo de la misma en cuanto al fondo sino en cuanto a la competencia y requisitos formales de la misma. En comparación con el auto que finalmente la homologa la inicial comprobación se dirige esencialmente a ello: El juez otorgará la homologación mediante un auto final siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta Disposición y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto.

El propio juzgador, conforme hemos dicho, podrá plantear de oficio su propia competencia tomando en consideración lo previsto en la propia adicional, lo previsto en el artículo 10 LC, 48 y 58 de la LEC. En este caso hemos de partir del control tanto de la competencia objetiva como de la territorial en su caso. En el último supuesto el precepto citado recoge que cuando la competencia territorial viniere fijada por reglas imperativas (como es el caso en estos supuestos) , el Secretario judicial examinará la competencia territorial inmediatamente después de presentada la demanda y, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, si entiende que el Tribunal carece de competencia territorial para conocer del asunto, dará cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente. Si fuesen de aplicación fueros electivos se estará a lo que manifieste el demandante, tras el requerimiento que se le dirigirá a tales efectos.

En supuestos de inadmisión a trámite o falta de competencia así declarada cabrá recurso de apelación por tratarse de una resolución definitiva requiriendo la forma de auto (art. 455 LEC). No deja de resultar curiosa la comparación entre esta posibilidad y la imposibilidad de tal recurso frente a la resolución final que resuelva el incidente de oposición o la inadmisión de recurso (art. 15 LC) en supuestos de denegación de declaración de concurso de acreedores. Sin embargo resulta consecuente con la posibilidad de recurso frente al auto que determina no haber lugar a la homologación (aún a pesar de lo dicho) tal y como veremos.

Derivado de esa resolución el efecto más inmediato es la declaración de – cito textualmente- *“la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación.”* Si tomamos en consideración la existencia de una comunicación previa (no necesaria) del artículo 5 bis las medidas del mismo se extendían desde la comunicación hasta que se dictaba esta providencia pero tenían un plazo máximo – previsto en la norma- de tres meses, que es lo que duraba la protección a efectos de negociación y, por otro lado, un mes hábil más para solicitar el concurso de acreedores. Por lo tanto si la solicitud de homologación (que ya hemos visto no tiene necesariamente plazo) se produce dentro de dicho periodo los efectos de la comunicación terminan con el dictado de la providencia y en su lugar se produce una paralización total, sin distinción, de ejecuciones singulares hasta que se acuerde o no dicha homologación.

Pero sigue siendo esencialmente importante definir el concepto “*ejecuciones singulares*” tanto en su extensión como en el ámbito al que se puedan referir. Y del mismo modo distinguir entre esa paralización (que ha de predicarse de algo ya iniciado) de otras posibilidades como son una nueva demanda ejecutiva o la posibilidad de despacho de ejecución sin perjuicio de la paralización.

Así en primer lugar llama poderosamente la atención que no se hubiere recogido, como si se matiza en los supuestos de la comunicación, la referencia a ejecuciones judiciales y extrajudiciales; tampoco a ejecuciones propias de la tutela administrativa. En relación a esta última la doctrina más autorizada⁴⁵⁹ había determinado y distinguido acertadamente que en el ámbito del artículo 5 bis LC no se incluían los supuestos de ejecución administrativa al recoger que quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público. A tal efecto conviene hacer dos matizaciones:

- a) El legislador ha distinguido y aclarado en el marco de la tramitación parlamentaria del RDL 4/2014 que los efectos de la comunicación se producen respecto de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales. Esta matización no se ha realizado, aun tratándose de las mismas reformas, en la adicional cuarta. De conformidad a ello o bien es un olvido o bien expresamente no se ha querido recoger. El RDL 4/2014 se refería exclusivamente a las judiciales y de esta forma pasó al Congreso para su discusión parlamentaria⁴⁶⁰; es con la aprobación de la Comisión con competencia plena⁴⁶¹ cuando aparece el término “*extrajudiciales*” que sin embargo no lo recoge en la adicional. Resulta evidente pensar que si las ejecuciones se refieren a acreedores firmantes del acuerdo las mismas no deban continuarse en tanto han venido a aceptar la nueva situación; también que si pueden afectar por arrastre a otros acreedores deberían también resultar afectados en sus acciones individuales; y por último que solo quedarían afectadas aquellas que se refieran a “acreedores de pasivos financieros”. Esto último nos llevaría nuevamente a plantear la competencia sobre su determinación; es decir si la delimitación de ser un pasivo financiero corresponde al juez que esté conociendo de la homologación o debe ventilarse en el seno de cada proceso ejecutivo en su caso. Y nuevamente- sin necesidad de recopilar todos los argumentos que ya hemos señalado para los supuestos de bienes necesarios del artículo 5 bis- en el presente caso parece más claro que iniciado un proceso cualquier incidente, funcionalmente hablando, debería ser competencia del juez que esté conociendo el mismo.
- b) En el ámbito de las homologaciones (más allá del análisis formal inicial) quedan excluidos los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. En los dos primeros supuestos podrá existir una adhesión pero esta será voluntaria en cualquier caso. Es por ello que siguiendo el

⁴⁵⁹ CENES C, << La limitación...>> op. Cit.

⁴⁶⁰ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-89-1 de 28/03/2014 .

⁴⁶¹ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-89-4 de 24/07/2014. Aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena .

mismo criterio en principio esa paralización de ejecuciones singulares no debería afectar en ninguno de los citados supuestos de deuda.

Por otro lado no deja claro si esa paralización afectará a todas las ejecuciones singulares o solo a aquellas de los firmantes o, en un añadido más, a las ejecuciones que pudieran haber instado otros acreedores que pudieran ser arrastrados por el acuerdo según las mayorías. En este caso y partiendo del acuerdo que se somete a homologación el propio juzgador podría determinar cuáles de las ejecuciones (al menos en referencia a los acreedores firmantes o aquellos que pudieran ser arrastrados según los casos) quedan paralizadas. Esto se contradice con ese análisis simple y formal que quiere la norma en ese trámite inicial y el mandado general, sin distinción, de paralización de ejecuciones singulares.

Otro supuesto no distinguido (de forma contraria a lo previsto en el artículo 5 bis LC o 568.2 LEC) es el referido a los acreedores con garantía real. En este caso la norma citada señala que ello no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado.

Tampoco deja clara la posibilidad de demanda ejecutiva y consiguiente despacho de ejecución y su paralización inmediata. Al respecto de las judiciales el artículo 568 LEC, tal y como hemos visto, no se refiere a la citada adicional y para los supuestos de garantías reales el artículo 5 bis prevé que ello no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado.

Por último no determina los efectos que se derivan del mismo acuerdo del que parte uno de los efectos derivados de la comunicación del art. 5 bis cuando exige mayorías del 51%. Sabemos que dichos efectos se extienden solo hasta la providencia de admisión a trámite de la solicitud de homologación o transcurso de los plazos señalados. Pero el citado precepto recoge que tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia. Se trata en definitiva de un compromiso mientras se negocia pero culmina con el propio acuerdo en donde evidentemente podrán recogerse estos efectos que, sin necesidad de reconocimiento legal, quedarán vinculados por el mismo.

En supuestos de ejecución frente a varios demandados, y cuando la homologación solo lo sea respecto de uno o alguno de ellos pero no de todos, tampoco se recoge (como si se hace en el artículo 568.3 LEC) la posibilidad de continuar o suspender respecto de los demás que no puedan resultar afectados. La cuestión más problemática puede surgir en cuanto acciones de regreso⁴⁶², ex novo, frente al deudor y por lo tanto en cuanto a que un acreedor

⁴⁶² Conforme al Tribunal Supremo ST de 29 de octubre de 2012 (STS 9122/2012 - ECLI:ES:TS:2012:9122): “En este sentido, el párrafo segundo del artículo 1445 del Código Civil

que puede resultar afectado (por suscripción o por arrastre) continúe su ejecución contra ese coejecutado y el posterior resultado de afectación que el acuerdo pueda tener sobre estos. Salvo que las partes así lo pacten la posible subrogación o la reclamación ex novo puede motivar serios problemas que el legislador tampoco ha solucionado.

En todos estos supuestos tampoco se manifiesta la norma sobre la posibilidad de cancelación de embargos (preventivos o ejecutivos) que hubieran podido adoptarse sobre todo en referencia a la posible paralización de la actividad que pudiera afectar a la viabilidad de la empresa. Sobre todo tomando en consideración que el efecto arrastre podrá igualmente afectar a estos créditos e incluso a la satisfacción pactada derivada de los acuerdos cuya homologación se solicita. En este supuesto es evidente que el efecto de cancelación se ha querido con posterioridad a la homologación, tal y como establece la norma y en ejecución del mismo. La celeridad querida en dicha homologación vendría a suplir esa paralización que pudiera sufrirse como consecuencia de las medidas adoptadas en las citadas ejecuciones singulares.

No aclara la norma tampoco, a diferencia de los supuestos de comunicación, el momento (*dies a quo*) desde el que se debe producir la citada paralización. Si en aquellos se hace referencia (art. 568.2 LEC) al momento en el que se ponga de manifiesto por ante el juzgado que está ejecutando, en este no existe tal previsión, conllevando – del literal de la misma- que la paralización se produce desde el mismo momento en que así se acuerda por el juez en la providencia de admisión. Por lo tanto la remisión o presentación ante el órgano que está conociendo de la ejecución haría no válidas las actuaciones que se hubieren producido con posterioridad a la misma. Ello produce una incidencia desde el proceso de homologación en otro procedimiento cuya competencia será de otro juzgado pero que es el que ha realizado la anotación correspondiente⁴⁶³.

Cualquier incidencia respecto del citado bien o carga, en este momento, deberá ventilarse por ante el juez que conoce de la homologación en cuanto al mantenimiento o no de la paralización careciendo de competencia el juez ejecutor para resolver estos apartados.

3.4. Publicidad.

, concede al deudor que realizó el pago la facultad de poder reclamar de sus codeudores la parte correspondiente a cada uno, con los intereses del anticipo. Facultad que doctrinalmente denominamos "derecho de regreso" y que viene configurada en orden a un derecho de crédito surgido "ex novo" por el hecho del pago, que permite a su titular reclamar a cada codeudor su parte en la deuda; de forma que la consecuencia de regreso no es otra que operar una división o fragmentación de la deuda en el marco de la relación interna entre los codeudores. De la caracterización de la figura se infiere que su aplicación requiere tanto de la regularidad del pago satisfecho, es decir, que se trate de un pago debido, válido y eficaz, dado que determina la extinción de la obligación, como de la determinación de la participación de cada codeudor en la obligación cumplida. "

⁴⁶³ De conformidad a lo previsto en el artículo 84 LH (Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. «BOE» núm. 58, de 27/02/1946) "Será competente para ordenar la cancelación de una anotación preventiva o su conversión en inscripción definitiva el Juez o Tribunal que la haya mandado hacer o aquel a quien haya correspondido legalmente el conocimiento del negocio que dio lugar a ella." Temporalmente, al menos, ese conocimiento del negocio corresponde al juez que conoce de la homologación. Sin embargo la norma solo le atribuye competencia a efectos de paralización de la ejecución y no en otros supuestos.

Una vez admitida a trámite mediante providencia y acordada en su caso la paralización de ejecuciones la norma recoge un primer trámite de publicidad: El secretario judicial ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido. A partir de ello debemos acudir a lo previsto en el artículo 198 LC; el apartado segundo de dicho precepto señala que la publicación de las resoluciones judiciales o sus extractos tendrá un valor meramente informativo o de publicidad notoria no obstante lo cual y derivado de esa posibilidad analizada de participación podría entenderse no solo a tal efecto sino también como publicidad edictal en algunos supuestos⁴⁶⁴.

El desarrollo de dicho registro, tras diferentes problemas, se produce- como ya sabemos- con el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre. La exposición de motivos señala que la sección tercera, relativa a los acuerdos extrajudiciales, contiene la información precisa sobre la iniciación y finalización de los procedimientos para alcanzar los acuerdos extrajudiciales de pagos regulados en el título X de la Ley Concursal, así como las previsiones de publicidad edictal del proceso de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal. De esa forma el artículo 12.2 recoge: *“En la sección tercera, ordenadas por entidades deudoras, se publicarán el anuncio con el extracto del decreto del Secretario judicial por el que se admite a trámite la solicitud de la homologación, del auto judicial por el que se apruebe la homologación de los acuerdos de refinanciación y de la sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación en los términos previstos en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal”*. Por remisión interna del artículo 15 al 8 de la misma norma el contenido a publicar en el registro será:

- a) Clase de resolución procesal en atención a su contenido tipificado.
- b) Identidad del deudor o concursado por su nombre o denominación social y el número de identidad fiscal si lo tuviere. En caso de concurso de acreedores

⁴⁶⁴ Una de las cuestiones más problemáticas que se han planteado en el tema de la publicidad en el citado Registro ha sido el de su consideración como sistema de publicidad a efectos de cómputo de plazos. Tanto el anterior texto como el nuevo mantienen la misma redacción en su apartado segundo: *“La publicación de las resoluciones judiciales o sus extractos tendrá un valor meramente informativo o de publicidad notoria”*. La referencia al Registro Público Concursal tiene un doble carácter interesándonos a estos efectos su contenido procesal y no sustantivo. De conformidad al 198 LC la publicación no tendría más que un valor meramente informativo o de publicidad notoria, lo que no significa que deba a estos efectos servir para el cómputo de plazos que se situarían en el régimen previsto en el artículo 23 LC. El valor informativo es fácilmente comprensible en tanto a publicidad de lo que se venga inscribiendo; la problemática se sitúa en el régimen de “publicidad notoria” junto con los sistemas de publicidad del artículo 23 LC. Es interesante en este sentido la STC de 21 de julio de 2014 (Sala Primera. Sentencia 129/2014, de 21 de julio de 2014 (BOE núm. 199, de 16 de agosto de 2014).) de la que podemos concluir que en estos casos la publicidad en el Registro es más que un supuesto meramente informativo desvirtuando en su caso lo previsto en el artículo 198.2 LC que hemos señalado.

declarado conjuntamente o acumulados, se expresará esta circunstancia con identificación de los demás concursados.

c) La denominación y número de Juzgado, del Tribunal u Oficina judicial que la hubiere dictado, la identidad del Juez o, en caso de Tribunales colegiados, del ponente o del Secretario judicial cuando se trate de un decreto, el número de autos y la fecha de la resolución, con expresa indicación de si es o no firme.

d) El contenido literal del edicto.

e) Firma del secretario.

El efecto reservado de la negociación que se prevé en el artículo 5 bis ha desaparecido con la solicitud de homologación dado el texto de la citada norma que extiende sus efectos hasta la providencia de admisión por lo que no será posible mantener dicha reserva y sin perjuicio de la necesidad de publicidad notoria que la norma recoge.

Ya hemos señalado que la norma tiene una doble dimensión: (1) por un lado supone una llamada (sin emplazamiento) a los acreedores (...indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido) y (2) Por otro lado y derivado de lo anterior la posibilidad de que estos interesados acudan al juzgado para el conocimiento de la citada homologación y por lo tanto- como una de las formas posibles- su personación en el mismo procedimiento.

Aunque posteriormente la norma establece un trámite urgente de resolución sin *dies a quo* pero perentorio de quince días para resolver, lo cierto es que parece lógico que el juzgador espere a dicha publicación para computar el mismo. La razón esencial está precisamente en ese valor informativo y de conocimiento notorio y la puesta a disposición de los acreedores del acuerdo que las normas conjugan. Y también en la posibilidad ya señalada de planteamiento de declinatorias, recursos, alegaciones incluso que el juzgador pudiera tomar en consideración, etc⁴⁶⁵. Aunque el legislador no es consciente de que la sumatoria de plazos conlleva ciertas interrupciones en relación a las normas que han de dictarse, parece haberlo así concebido cuando coloca el plazo de quince días a continuación de la regulación de la citada publicidad para a continuación volver a requerir una nueva publicación del acuerdo de homologación.

⁴⁶⁵ En este sentido debe entenderse conforme a lo dispuesto en el apartado 24 de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014: “A los acreedores a los que pueda afectar el plan de reestructuración se les debería notificar el contenido del plan y reconocer el derecho a formular objeciones y a recurrir contra el plan de reestructuración. No obstante, en interés de los acreedores que apoyan el plan, el recurso, en principio, no debería suspender la ejecución del plan de reestructuración”.

CAPITULO VI.

CAPITULO VI: CONTENIDO Y MAYORÍAS EN EL ACUERDO SUJETO A HOMOLOGACIÓN JUDICIAL.

1.Introducción.

Un proceso de homologación extremadamente sencillo y rápido frente a un acuerdo complejo cuyos contenidos pueden ser de obligatorio cumplimiento no solo para los que lo han firmado sino también para otros acreedores disidentes o que no hayan participado.

Cuando tratamos este último aspecto y lo relacionamos con el ámbito subjetivo de la norma se pone de manifiesto un aspecto interesante: ¿Es necesario llamar al proceso negociador a todos los acreedores de pasivos financieros o es posible realizarlo al margen de ellos?.

Tanto si nos encontramos en un periodo de negociación protegido por la comunicación del 5 bis o al margen de este, la norma no parece exigir (como doctrinalmente se ha discutido sobre los Acuerdos Extrajudiciales de Pago⁴⁶⁶) la participación de todos los que puedan ser afectados. De hecho bastan las mayorías de un acuerdo firmado para que estas operen a efectos de refinanciación respecto de ellos (51%) y no distingue, en el efecto arrastre, que estos acreedores vinculados que no han participado no lo hayan hecho por no querer o por no ser emplazados a tal empresa. La norma recoge, cuando habla de extensión de efectos, que vinculará- en función de esas mayorías- a *“los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo”*. Por lo tanto distingue entre:

- Acreedores que no hayan suscrito el acuerdo sin distinción de razones.
- Acreedores disidentes al mismo.

Posteriormente la posibilidad de impugnación se dará en estos con carácter limitado (exclusivamente) por la concurrencia de los porcentajes exigidos y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

En contraprestación la norma recoge varios supuestos de compensación:

- a) A los efectos de una conversión de deuda en acciones o participaciones los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo podrán optar entre la conversión de deuda en capital o una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. A falta de indicación expresa, se entenderá que los citados acreedores optan por la referida quita.
- b) Los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo pero resultasen afectados por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos. Respecto de los acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, el

⁴⁶⁶ SANJUÁN Y MUÑOZ, E, <<Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP) >> *Diario La Ley*, Nº 8196, 2013. En sentido opuesto SENES MONTILLA, C, <<El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?>>. *Revista de derecho civil*. 1/2014.

mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica⁴⁶⁷.

Por lo tanto es indiferente la razón por la que dichos acreedores, afectados por el contenido del acuerdo y por la citada homologación, no hayan suscrito el acuerdo y si esa razón es voluntaria o por expresa omisión en el periodo de negociaciones. Y ello independientemente de si estamos ante un proceso de negociación protegido por la comunicación del artículo 5 bis o no.

Podríamos plantearnos, igualmente, la obligación que pudiera existir a los efectos de admitir en la negociación a aquellos que expresamente así lo señalen, aunque hubieran sido omitidos por el deudor o por los acreedores que sí están participando. Pero la norma no confiere un derecho de suscripción del acuerdo sino una facultad; y esta se delimita en función de la negociación entendida como un proceso voluntario que se inicia entre dos o más partes que se sujetan, también voluntariamente, al mismo. No existe por tanto la obligación (y consecuente derecho) de admitir en esa negociación (al margen de que pueda o no interesar) a acreedores que no estuvieran participando en ese proceso negociador. Sin embargo la vinculación podrá ser diferente- tal y como veremos en los efectos- en función de esa suscripción o no⁴⁶⁸.

La exposición de motivos de la Ley 17/2014 realiza una serie de valoraciones sobre la reforma propuesta y finalmente aprobada que son convenientes destacar:

1º. En primer lugar modifica el régimen de afectación de los acreedores con garantía real partiendo de dicha posibilidad. Entiende que no todos los acreedores con garantía real son iguales y que a veces esta delimitación es un puro nominalismo en función del rango que ostenten. Lo relevante- señala- en consecuencia no es tanto realizar una distinción subjetiva, sino una distinción objetiva entre la parte de deuda que está cubierta por el valor real de la garantía y aquella que no lo está, anticipando en cierta medida lo que podría ocurrir en caso de liquidación concursal.

2º. Por otro lado parte de la distinción entre obligación principal y obligación accesoria de las que la primera tiene mayor relevancia y nitidez. A veces se difumina dicha distinción, lo cual conduce también a una imperfecta regulación de los acuerdos de refinanciación. Lo que ha ocurrido, nos dice, en el tráfico jurídico y económico es que, a pesar de ser una obligación accesoria, la

⁴⁶⁷ La opción por la citada redacción no es desconocida en el derecho concursal pues el artículo 135 LC recoge el ámbito subjetivo de los convenios en relación a estos acreedores conforme a lo siguiente: 1. Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos. 2. La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido. Existe un matiz en relación a los demás obligados que se recoge en este precepto pero no en la redacción de la adicional por cuanto esta se refiere a todos mientras que en el convenio se refiere solo a los obligados solidarios.

⁴⁶⁸ Es por ello que en su momento hemos planteado la posibilidad abierta de acuerdos que permitan esa suscripción continua; si bien la hemos delimitado al momento de la solicitud de homologación pero abriendo la posibilidad posterior, que trataremos, de una suscripción posterior y ampliación de la citada homologación (que no nueva homologación de acuerdos).

garantía ha adquirido un valor hasta cierto punto abstraído de la obligación principal, debido a su progresiva espiritualización, a su intangibilidad y a la posibilidad de transmisión del objeto de la garantía sin merma de la misma. Pero no puede perderse de vista que la garantía lo es siempre de una obligación principal y que, aunque el valor de la segunda dependa, también y entre otros, del valor de la primera, cada una conserva su esencia y características propias. Por ello, si la deuda principal puede ser afectada en caso de no tener cobertura de garantía real por el acuerdo de una mayoría muy cualificada de otros acreedores, la deuda cubierta con garantía real debe poder ser también afectada, siempre que el acuerdo mayoritario se adopte en este caso con mayorías cualificadas aún más elevadas pero computadas sobre el total de las garantías, es decir, por titulares de deuda garantizada que se encuentren en una situación similar a la del disidente o no participante en el acuerdo. De igual forma se recogen medidas que el legislador justifica con el fin de evitar la sobreponderación artificiosa de determinadas participaciones minoritarias en acuerdos sindicados de financiación que hasta la fecha estaban dificultando enormemente la homologación de algunos acuerdos. De este modo se establece un límite al porcentaje de votos favorables en el sindicato cuando se trata de un acuerdo global de refinanciación del deudor. Se evitan de este modo ciertos comportamientos oportunistas que no buscaban otro beneficio que el ligado a la sobrevaloración de un pasivo por parte del resto de acreedores que veían de este modo incrementado su propio sacrificio.

3º Consecuencia de dicho tratamiento y – aunque posteriormente veremos su extensión- considera que con el fin de no perjudicar el valor de la garantía en caso de incumplimiento de esos acuerdos por parte del deudor, se establecen reglas especiales de atribución del resultante al acreedor.

4º. Uno de los importantes instrumentos de los que nos dota el legislador es el de medidas destinadas a favorecer la transformación de deuda en capital, rebajando las mayorías exigibles por la Ley de Sociedades de Capital y estableciendo, con las debidas cautelas y garantías, una presunción de culpabilidad del deudor que se niega sin causa razonable a ejecutar un acuerdo de recapitalización.

5º. Y por último mantiene vigente y excluido de dichos ámbitos lo dispuesto respecto de la legislación especial y, entre otras- citada expresamente-, las previsiones del Capítulo II del Título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

Todo ello se encuadra en el cumplimiento de lo previsto en el 71 bis 1 a) (también para homologaciones) persiguiendo, para los acuerdos colectivos, que con estos *“...se proceda al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo”*.

La expresión utilizada por el legislador es *“se proceda al menos”*, determinando con ello un resultado y no un contenido concreto que posteriormente si se matiza a efectos de arrastre de otros acreedores disidentes o que no hayan participado. Esa referencia, por remisión, de la adicional cuarta debe entenderse con carácter restringido a quienes constituyen el elemento subjetivo

del mismo, es decir, a los acreedores de pasivos financieros tal y como los hemos definido. Por lo tanto *la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas*, debe referirse a créditos y obligaciones de dichos acreedores.

Lo anterior es esencial – en su delimitación- puesto que por un lado nos encontramos con esa restricción referida al ámbito subjetivo y por tanto con afectación de los créditos específicos de dichos acreedores de pasivos financieros pero el resultado no está limitado al ámbito objetivo o al menos no totalmente. Así por un lado se encuentra la búsqueda de un resultado de ampliación del crédito disponible, sin distinción en relación a qué tipo de contenidos puedan llegar a alcanzar dicho objetivo. Por otro sí que resulta vinculado puesto que recoge que también se podrá alcanzar mediante prórroga del plazo de vencimiento o el establecimiento de otras obligaciones en sustitución de las propias de los acreedores que se encuentran en su ámbito subjetivo.

Pero el contenido del acuerdo, dada la expresión, en cuanto al resultado no queda definitivamente cerrado en esas dos posibilidades. Cuando señala la norma que “al menos” se proceda, con estos acuerdos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones y nos da una doble alternativa (ampliación del plazo de vencimiento o sustitución de unas por otras) no nos está delimitando un contenido cerrado sino un objetivo inicial doble (resultado) que puede ser alcanzado con esos dos instrumentos. Pero estos instrumentos parecen referirse exclusivamente al segundo de los objetivos o resultados alternativos que se proponen.

La realidad posterior, ya expuesta en la exposición de motivos, es que se permiten otros acuerdos sin perjuicio del resultado que como objetivo debe marcar los mismos.

2. Contenido.

2.1. Contenido del acuerdo de homologación.

Aunque suene básico, el contenido de los acuerdos de refinanciación sometido a homologación es, precisamente, una refinanciación⁴⁶⁹. Si bien esta debe ser entendida en sentido amplio como refinanciación o reestructuración no solo de los activos y pasivos del deudor sino de cualquier otra circunstancia o estructura que motive una situación de inviabilidad en la empresa⁴⁷⁰. Se

⁴⁶⁹ En tal sentido deberíamos distinguir con LÓPEZ LUBIAN JF, << Operaciones...>>op cit. pgs. 105 y 106 que “[a] diferencia de un proceso de refinanciación ordinario, donde la compañía afronta una negociación bilateral con entidades financieras en un contexto en que probablemente existen varias alternativas, una reestructuración implica involucrar a multitud de agentes sociales y económicos en una situación de pocas alternativas y gran presión de tiempo. Por ello, la reestructuración financiera alcanza a todos los ámbitos de la compañía con un profundo impacto en su futuro y viabilidad, y tal como se ha dicho con anterioridad, se debate la propia supervivencia de la misma.”

⁴⁷⁰ Como defenderemos posteriormente se trata de un acuerdo que no tiene porqué ser uniforme para todos aunque debe serlo en relación a los efectos de arrastre que la norma recoge en tanto no sea sacrificio patrimonial injustificado. En el mismo sentido PULGAR EZQUERRA J, *Preconcurso...*op. Cit. pg. 316.

persigue esencialmente la reestructuración de empresas viables con dificultades financieras- en palabras de la Recomendación de 12 de marzo de 2014 (apartado 11) - entendida como “*modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo de los deudores, o una combinación de estos elementos, con objeto de permitir la continuación, en su totalidad o en parte, de la actividad de los deudores.*” A esta pata esencial para la reestructuración le falta todavía otra no particularmente protegida⁴⁷¹ con dicha homologación como es la modificación estatutaria o estructural de la empresa dirigida al mismo objetivo de viabilidad. Pues en definitiva todo lo anterior se concilia con la necesidad de que dichas medidas respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

Es por tanto esencial tomar en consideración que los planes de reestructuración se conciben desde la empresa viable y por ello han de responder a un plan de reestructuración que garantice esa continuidad de la actividad empresarial en el corto y medio plazo. Los instrumentos a utilizar para ello tanto pueden afectar al activo y pasivo de la sociedad como a la necesidad de acomodar societaria, empresarial o laboralmente la misma en la recíproca relación entre la capacidad de generación y las obligaciones que deba de atender (tanto pasadas como futuras) a los efectos de garantizar esa viabilidad no solo desde el punto de vista financiero sino también desde el prisma del plan de negocio y la estructura necesaria para su consecución con los cambios que a tal efecto sean convenientes realizar. Esta es una cuestión que ha sido vista, sin duda, desde el prisma del convenio dentro del concurso de acreedores. En su contenido (más desde la modificación que se produce con la reforma del RDL 11/2014) se incorporan propuestas financieras, cesiones o daciones en pago o para pago, transmisiones de bienes o unidades productivas, operaciones estructurales y la propia capacidad de generación de la empresa o la aportación por parte de terceros (art. 100 LC). En el ámbito de los acuerdos de refinanciación las propuestas son esencialmente financieras (incluyendo supuestos que afectan al activo como la cesión o dación en pago o para pago) y con ellas se ha de estructurar un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo, pero que en modo alguno pueden o deben excluir esas otras operaciones cuya protección analizaremos posteriormente. Ciertamente es, no obstante, que el legislador ha tomado cierta consideración hacia estas posibilidades que se ponen de manifiesto en el marco concursal del artículo 56 LC al prever, *iuris tamtun*, la no necesidad de determinadas participaciones- y por lo tanto la

⁴⁷¹ Tengamos en cuenta que aún a pesar de opiniones doctrinales discrepantes (vid un análisis de esto en LEON SANZ, F, <<La rescisión de las operaciones societarias>>. <http://catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/La%20rescisi%C3%B3n%20de%20las%20operaciones%20societarias.pdf>) , la STS de 24 de julio de 2014 ha venido a señalar que hemos de distinguir entre la rescisión del acuerdo (en este caso de reparto de dividendos) adoptado por la junta de accionistas de la sociedad concursada, y la rescisión del pago realizado a favor de los socios, dentro del periodo sospechoso, de los dividendos acordados en una junta celebrada fuera este plazo de rescisión. En el primer caso, se rescindió el acuerdo de reparto de dividendos y en consecuencia dejaron de gozar de justificación los pagos realizados en cumplimiento de tal acuerdo de reparto o las compensaciones acordadas. En el segundo caso, en que no cabía rescindir el acuerdo de reparto de dividendos, lo que se rescindió fue el concreto pago realizado a favor de dos socios, partiendo de la consideración de que el pago era debido.

posibilidad de su ejecución extraconcursal- en sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación. El conjunto de medidas que ofrece la norma afectan por ello a la estructura del activo y del pasivo. Algún autor⁴⁷² ha señalado que las soluciones a la viabilidad de la empresa parten de distinguir entre ambos supuestos. En relación a ello distingue: (1) Los contratos financieros podrán distinguirse como suaves o blandos o como duros en función de la obligatoriedad de pagos que de los mismos derivan. El pago de principal e intereses pertenecería al último grupo y el pago de dividendos a los accionistas al primero. También los activos de la empresa podríamos dividirlos en virtud de su liquidez tal y como realiza el plan de contabilidad. Según este mismo autor una empresa se “encontrará en dificultades financieras en el momento en que con sus activos líquidos no pueda hacer frente a los pagos requeridos por sus contratos de tipo duro”. Y ello nos llevaría a plantear las posibilidades ciertas para superar esa situación de dificultad. Por el lado del activo (y como medida prevista en la adicional) la empresa podrá optar por deshacerse de activos para obtener la liquidez necesaria para hacer frente a sus pagos⁴⁷³; se trata de una medida esencialmente utilizada para afrontar problemas de insolvencia⁴⁷⁴ más que de falta de liquidez dado que plantea serios problemas de pérdida de valor⁴⁷⁵, problemas de realización cuando está afectado el sector concreto o la economía en su conjunto a valor de mercado⁴⁷⁶ o problemas derivados de conflicto entre socios u obstaculización de directivos⁴⁷⁷, si bien este último viene delimitado con carácter admonitorio en los artículos 93.2.2º y 165.4 LC. Desde el punto de vista financiero las medidas de renegociación que atienden a la reducción de deuda o el aplazamiento de la misma que suele encontrar fuerte oposición en sistemas de financiación preponderantemente bancarios más a la reducción que al aplazamiento⁴⁷⁸.

⁴⁷² JOHN, K. (1993): “Managing financial distress and valuing distressed securities: a survey and research agenda”, *Financial Management*, Vol. 22, Nº 3, pp. 60-78

⁴⁷³ BROWN, D.; JAMES, C. y MOORADIAN, M. (1994): “Asset sales by financially distressed firms”, *Journal of Corporate Finance*, Vol. 1, Nº 2, pp. 233-257. DATTA, S. e ISKANDAR-DATTA, M. (1995a): “The information content of bankruptcy filing on securityholders of the bankrupt firm: An empirical investigation”, *Journal of Banking and Finance*, Nº 19, pp. 903-919. LASFER, M.A.; SUDARSAMAN, P. y TAFFLER, R. (1996): “Financial distress, asset sales, and lender monitoring”, *Financial Management*, Vol. 25, Nº 3, pp. 57-66.

⁴⁷⁴ ASQUITH, P.; GERTNER, R. y SCHARFSTEIN, D. (1994): “Anatomy of financial distress: an examination of junk-bond issuers”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, Nº 3, pp. 625-658. BROWN, D.; JAMES, C. y MOORADIAN, M. (1993): “The information content of distressed restructurings involving public and private debt claims”, *Journal of Financial Economics*, Nº 33, pp. 93-118. GILSON, S. (1997): “Transactions cost and capital structure choice: evidence from financially distressed firms”, *Journal of Finance*, Vol. 52, Nº 1, pp. 161-196.

⁴⁷⁵ GILSON, S.; JOHN, K. y LANG, H.P. (1990): “Troubled debt restructurings: An empirical study of private reorganization of firms in default”, *Journal of Financial Economics*, Nº 27, pp. 315-353.

⁴⁷⁶ ASQUITH, P.; GERTNER, R. y SCHARFSTEIN, D. (1994): “Anatomy of financial distress: an examination of junk-bond issuers”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, Nº 3, pp. 625-658.

⁴⁷⁷ JENSEN, M. (1989): “Active investors, LBOs, and the privatization of bankruptcy”, *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 2, Nº 1, pp. 35-44. JENSEN, M. (1991): “Corporate control and the politics of finance”, *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 4, Nº 2, pp. 13-33.

⁴⁷⁸ ASQUITH, P.; GERTNER, R. y SCHARFSTEIN, D. (1994): “Anatomy of financial distress: an examination of junk-bond issuers”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, Nº 3, pp. 625-658.

Un segundo apartado a analizar es el contenido del- en palabras del texto de la norma- “ endeudamiento financiero” considerando que posteriormente quitas, esperas o conversión se realizará en función del mismo y con la capacidad de arrastre que se señala en función de las mayorías. Podemos delimitar la deuda en función de dos parámetros diferentes: (1) Por un lado lo que se debe en relación a que se trata de deuda real sea o no vencida, líquida o exigible. (2) Por otro lado la deuda considerada en su conjunto en tanto a cuantías debidas por principal, intereses y otras que pudieran haberse pactado (en virtud de cualquier cláusula que así las hiciera surgir). Cuando posteriormente nos refiramos a los diferentes supuestos el contenido de la deuda (su cuantificación) determinará o no la aplicabilidad de cada uno de ellos.

2.2. El contenido del acuerdo como un todo o como pactos independientes de una unidad.

Cierto es que el acuerdo de refinanciación que se somete a homologación es colectivo. Se trata de un acuerdo diferente al previsto en el artículo 71 bis 2 LC referido a acuerdos bilaterales o plurilaterales. El legislador quiere que intervengan los acreedores de pasivos financieros en los términos en que los delimita. De ellos excluirá a los laborales, comerciales y deuda pública. Los dos primeros podrán adherirse pero quedan fuera de ese proceso. De igual forma el legislador ha querido que “a efecto de cómputo de mayorías” determinados acreedores de pasivos financieros (93.2 en relación al 92.5º LC por ser vinculados) queden igualmente fuera de estos supuestos. La extensión de esa salida del juego colectivo la veremos con posterioridad; baste ahora señalar que es diferente si los consideramos excluidos solo para el cálculo de las mayorías o si, por el contrario, quedan fuera del acuerdo tanto para eso como para la base sobre la que se calculará esa mayoría. Y ello sin perjuicio de que el citado acuerdo “podrá”- en expresión utilizada por la norma- afectarle. Los acreedores de esos pasivos se distinguen, siguiendo el texto de la norma, en cuatro clases:

1. *Los que suscriben el mismo.*
2. *Los que no suscriben el mismo.*
3. *Los que se oponen.*
4. *Los que posteriormente se adhieren.*

Aunque el acuerdo es concebido como un todo este resulta, como veremos, complejo en cuanto a los pactos que pueda contener. Resultará por ello que podrá darse la circunstancia de que unos acreedores suscriban algunos de estos pactos pero no otros. ¿Es esto posible? En función de esas mayorías exigidas en la norma resultará que – de ser posible- estos acreedores computarán para el arrastre respecto de aquellas que si hayan apoyado. E incluso que siendo disidentes, por tanto, en algunos de esos pactos puedan considerarse como acreedores que se oponen pero, por ello, arrastrados cuando se obtengan las mayorías necesarias para ello.

Si el acuerdo es considerado como un todo, es decir que no se conciba como posible el aceptar unos pactos sí y otros no, el mismo estará destinado al fracaso en tales supuestos en que no se consiga la mayoría suficiente⁴⁷⁹. De

⁴⁷⁹ Piénsese, por ejemplo, en la importancia de las reservas en los convenios internacionales y que motivaron un antes y un después en la existencia de los mismos. En tal sentido vid

forma contraria si se concibe como conjunto de pactos la delimitación de cada uno de ellos podrá conllevar o no el arrastre de otros e incluso de ellos mismos que, sin haber suscrito uno o varios en concreto, quedarán vinculados por las mayorías determinadas en la norma de haberse alcanzado.

A nuestro entender el acuerdo que se somete a homologación no tiene en sí mismo que ser aceptado en su conjunto por todos los suscribientes respecto de todos los pactos que el mismo contenga. Cada uno de ellos podría tener un apoyo diferente que en la medida en que supera las mayorías exigidas será homologable y producirá efectos en otros que sean disidentes o se opongan al mismo. A ello se refiere el apartado 4, cuando nos habla del efecto arrastre por mayorías de garantías reales, al señalar esa posibilidad: “...*siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados*”.

Esta apreciación global o parcial también puede ser tratada en relación a los efectos que la misma produce. En tal sentido la RDGRN de 8 de junio de 2011⁴⁸⁰ se refirió a ello con anterioridad a su redacción a dicha fecha. Para la alta dirección “*es un negocio jurídico que responde a un propósito unitario consistente en organizar jurídicamente esa pluralidad con un nexo causal común: facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar la declaración de concurso. Si bien en el mismo acuerdo se establece que la posición contractual de cada uno de los acreditantes tiene carácter mancomunado, siendo enteramente independientes sus derechos y obligaciones (apartado 6.1.1 del Acuerdo), no obstante se establece igualmente un tejido de obligaciones accesorias y adicionales que unifican el régimen jurídico de las obligaciones principales: normas comunes relativas a intereses, ordinarios y de demora, amortización anticipada, imputación de cantidades, resolución anticipada, cesión de las obligaciones, etc.; y se crea la figura del Agente y del Agente de Garantías que van a facilitar las relaciones con el deudor, la comunicación entre acreedores y el posible ejercicio de las acciones. Esta última figura es esencial para el desenvolvimiento de las garantías pactadas (apartados 30 y siguientes del Acuerdo), configurándose el mandato conferido con carácter irrevocable (apartado 30.7 del Acuerdo) y permitiendo que sólo él pueda promover la ejecución de las garantías prestadas (apartado 30.8 del Acuerdo). A los acuerdos de refinanciación se refiere hoy la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal al señalar que «A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo». Por tanto, la novación de las obligaciones que se integran en el acuerdo de refinanciación, sin perder su individualidad, pues expresamente se excluye su extinción, comporta una novación modificativa conjunta que les atribuye un nexo causal común, en atención de su*

GARCÍA ALEJANDRO (2005), “Informe de la Comisión de Derecho Internacional” Disponible: en <http://embacuba.cubaminrex.cu>. Última revisión 11 de octubre de 2015.

⁴⁸⁰ Resolución de 8 de junio de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los recursos interpuestos por Banco de Santander, SA y Reyal Urbis, SA, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Terrasa número 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de hipotecas inmobiliarias. BOE de 1 de julio.

común finalidad de reestructuración financiera, lo que unido al acuerdo paralelo de sindicación, a que después nos referiremos, dota al conjunto de los créditos así vinculados de una fuerte singularidad en cuanto a la configuración y naturaleza de su titularidad activa, con un relevante componente colectivo.”

2.3. Afectación de las garantías en virtud de los citados pactos.

Tal y como veremos todas estas medidas podrán afectar a la situación concreta de las garantías reales que resulten afectadas, por un lado, y al conjunto de garantías financieras que pudieran existir en relación a las citadas deudas. Nada impide, por otro lado, que incluso se garanticen las nuevas situaciones con instrumentos financieros variados que tendrán como límites la proporcionalidad y el desequilibrio que pudieran generar y la viabilidad en sí misma de la empresa.

Las citadas medidas, que a continuación analizamos, pueden conllevar esperas, quitas, conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, conversión de deuda en préstamos participativos, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original, cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda y cualquier otra que en virtud de la libertad contractual de las partes suscribientes (y solo esas para estos supuestos) pudieran haber acordado entre sí.

Lo evidente es que si se produce una quita en la deuda la garantía inicialmente establecida aparezca como sobregarantía aunque nuestro sistema parte de una garantía global hasta el cumplimiento total de la deuda. Si se produce una conversión de deuda en cualquiera de los supuestos previstos la existencia de limitación temporal o no determinará una modificación esencial en la relación jurídica existente.

Quien capitaliza deuda en acciones o participaciones extingue en esa proporción la deuda tal y como era concebida. De la misma forma la conversión en cualquier otro producto de rango, vencimiento o características distintas supone una novación jurídica de la deuda existente que afectará a la garantía e incluso al rango de la misma.

En relación a supuestos hipotecarios la Ley 2/1994⁴⁸¹ viene a señalar en su artículo 4 (para supuestos de subrogación pasiva) que cuando el prestamista sea una entidad financiera⁴⁸², las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: i) la ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la

⁴⁸¹ Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. «BOE» núm. 80, de 04/04/1994

⁴⁸² Las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, podrán ser subrogadas por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos, por otras entidades análogas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores. En relación a ello deberíamos considerar la resolución (que esencialmente se dirige a negocios sindicados) de la DGRN de 3 de octubre de 2014⁴⁸³ cuando señala al respecto de un proceso de refinanciación que “[l]os pactos se incluyen en un programa de refinanciación paraconcursal de la sociedad deudora con arreglo a un plan de viabilidad, en el que la pérdida de autonomía de cada uno de los acreedores en cuanto al ejercicio de las acciones derivadas de sus derechos de crédito se ve compensada por la no aplicación de la limitación de la cobertura de la responsabilidad hipotecaria de cada obligación en el porcentaje de su cuota en el derecho de hipoteca, de forma tal que todas y cada una de las obligaciones queden ab initio garantizadas con el total importe de la responsabilidad hipotecaria correspondiente a cada finca. En este sentido, el acuerdo de refinanciación no es el mero reflejo de una pluralidad de obligaciones independientes, sino que, como sucedía en el caso de la Resolución de 8 de junio de 2011, constituye un negocio jurídico que responde a un propósito unitario consistente en organizar jurídicamente esa pluralidad con un nexo causal común: facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar la declaración de concurso. Si bien en el mismo acuerdo se establece que la posición contractual de cada uno de los acreditantes tiene carácter mancomunado, siendo enteramente independientes sus derechos y obligaciones (apartado 3.1.1 del Acuerdo), no obstante se establece igualmente un tejido de obligaciones accesorias y adicionales que unifican el régimen jurídico de las obligaciones principales: normas comunes relativas a intereses, ordinarios y de demora, amortización anticipada, imputación de cantidades, resolución anticipada, cesión de las obligaciones, etc.; y se crea la figura del banco agente que va a facilitar las relaciones con el deudor, la comunicación entre acreedores y el posible ejercicio de las acciones. Esta última figura es esencial para el desenvolvimiento de las garantías pactadas (apartados 18 y siguientes del Acuerdo), permitiendo que sólo él pueda promover la ejecución de las garantías prestadas, previo acuerdo de los acreditantes en los términos previstos en el contrato de crédito sindicado.”

De igual forma la norma ha querido, y sin embargo no ha traducido en ningún apartado, que las garantías financieras⁴⁸⁴ previstas en el RDL 5/2005 permanezcan al margen de dichas medidas. La Disposición adicional primera del RDL 11/2014 sí que recoge que a los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la

⁴⁸³ Resolución de 3 de octubre de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Terrassa n.º 1, por la que suspende la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca inmobiliaria. «BOE» núm. 264, de 31 de octubre de 2014, páginas 88839 a 88889.

⁴⁸⁴ Vid a tal efecto ZUNZUNEGUI F, <<Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005) >>RDMF. Diciembre de 2006.

aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo. Sin embargo este régimen, como veremos, podrá resultar afectado en función de la interpretación que a tal efecto le demos a los supuestos de arrastre. Los juzgados de Madrid inicialmente entendieron que el RD 5/2005 blindaba a los acreedores con garantías financieras frente al concurso y que por lo tanto no era posible imponer a través de la homologación los acuerdos de refinanciación a aquellos acreedores que se beneficiaran de las mismas. Sin embargo, poco después modificaron sus criterios concluyendo que el blindaje concursal de los acreedores con garantías financieras se limita únicamente al régimen de ejecución y rescisión expu pero que en ningún caso se puede entender que estén excluidos o protegidos de la homologación concursal. Siguiendo este criterio (que ya hemos analizado en el capítulo V) el régimen de dichas garantías resultaría parcialmente afectado en cuanto a las cuantías objeto de dichos beneficios.

En cualquier caso no se ha preocupado el legislador de dar una respuesta al régimen, rango u otros que puedan afectar a las garantías en relación a los supuestos de arrastre (pues en los supuestos de suscripción o adhesión es evidente que podrá y deberá haberse pactado). Esos efectos y cualesquiera otros que pudieran así haberse pactado o resulten de los citados pactos deberán ser determinados y aclarados en la resolución que homologue el acuerdo de conformidad a lo previsto en el apartado sexto de la adicional cuarta. Y además contemplar las posibilidades y límites que pudiera determinar la Dirección General de Registros y Notariado.

2.4. Operaciones particularmente previstas.

2.4.1. Regla general.

Partimos por tanto de una regla general: los acuerdos sujetos a homologación se refieren a acuerdos alcanzados por el deudor y los acreedores de pasivos financieros, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos cuando en virtud de ello se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo (conjugación de lo previsto en la adicional cuarta con el artículo 71 bis LC). De conformidad a ello debemos distinguir:

1º. Se trata de acuerdos entre el deudor y sus acreedores de pasivos financieros tal y como se ha señalado y por las mayorías previstas. Pero también se refiere a otros supuestos (negocios) en donde no ha existido tal acuerdo. De conformidad al efecto arrastre que la norma ahora establece

ciertos acuerdos sobre determinadas materias se extenderá, en cuanto al mismo efecto, a otros acreedores de pasivos financieros que no lo hayan aceptado o que no hayan intervenido por el simple hecho de que el acuerdo se realice con un porcentaje relevante de dicho tipo de acreedores. Por lo tanto el contenido del acuerdo va más allá del mismo y afecta a otros acreedores del deudor en cuanto a su propia relación. Pero sobre esto en particular no existe acuerdo.

2º. El acuerdo se refiere a negocios, actos, pagos y garantías, cualquiera que sea su naturaleza, con tal de que finalmente se consiga el resultado perseguido. Al tratarse de acuerdos colectivos la valoración de ese resultado deberá hacerse globalmente y no de forma individualizada. Pero aún más, el resultado perseguido y conseguido deberá proyectarse igualmente en función de los efectos extendidos del citado acuerdo; de otra forma dicho, para valorar si esos acuerdos colectivos suponen una ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones (bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas) y que garantizan la viabilidad determinada por el plan de viabilidad propuesto y la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo el análisis habrá de realizarse en un doble plano:

- Por un lado en la posición relativa global tanto de los que acuerdan como de los que resultan afectados por dichos acuerdos.
- En un segundo plano en relación global de la viabilidad conseguida a los efectos de la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

3º. El contenido general de dichos acuerdos deberá alcanzar “al menos” los resultados particulares señalados anteriormente; lo que no significa que no puedan o deban alcanzarse otros. La problemática al respecto surge en la posibilidad de garantizar la viabilidad de la empresa y la continuidad de la misma mediante determinados acuerdos cuando el análisis particular que hemos señalado anteriormente respecto de la posición relativa global de los que acuerdan y los que resulten afectados no suponga, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. En estos supuestos deberemos entender que incumple uno de los requisitos esenciales para la homologación y posterior protección; incluso para exclusivamente la posterior protección en caso de concurso cuando se haya logrado esa homologación.

Aunque la cuestión se ha discutido en sede concursal en referencia a los actos en materia de reintegración es interesante señalar que la doctrina se ha mostrado dividida a tal efecto. Así para algunos autores esos actos serían tanto de administración como de disposición⁴⁸⁵ y para otros solo los de disposición⁴⁸⁶ pues son en definitiva los que reducen el patrimonio del deudor. Y en relación

⁴⁸⁵ CRESPO AULLE, F. *Comentarios a la legislación concursal AAVV* dirigido por SANCHEZ-CALERO, J y GUILARTE GUTIERREZ, V. Tomo II, Valladolid 2004.

⁴⁸⁶ ROMERO MATUTE, B. <<Duplicidad de sistemas de reintegración de la masa activa en las operaciones de cesión de créditos>> en la obra *colectiva Estudios sobre la Ley Concursal Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, AAVV Tomo 4, Madrid 2004

con ello si estos incluirían o no actos unilaterales (incluidos o al margen del propio acuerdo) y actos procesales tales como el desistimiento, renuncia, allanamiento o cualquier otro. Al margen de la protección o no que de cara a un análisis de reintegración pudiéramos realizar de ellos entendemos que la referencia lo es al acuerdo en sí mismo y por lo tanto no solo a los contenidos de disposición sino también los de administración o procesales que pudieran derivarse o ser consecuencia de los mismos.

2.4.2. Quitas y esperas.

Del contenido de la norma (y sin perjuicio de la extensión de la que hablaremos posteriormente al tratar las mayorías) se deriva que entre dichos acuerdos podrán incluirse quitas y esperas.

Aunque la norma solo se refiere al contenido de la espera para determinar que la misma podrá afectar tanto a principal, intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, debe entenderse que también la quita podrá afectar a todos estos supuestos.

Mediante la quita se produce una condonación, remisión o liberación parcial de la deuda pero nada impide que dicha quita alcance la totalidad de la misma. Se trata de una causa de extinción de las obligaciones (art. 1156 CC) regulada en los arts. 1187 a 1191 CC. La condonación es, en sí misma, un negocio jurídico⁴⁸⁷ que tiene lugar cuando el acreedor muestra su voluntad de extinguir⁴⁸⁸ en todo o en parte⁴⁸⁹ el derecho de crédito que tiene, sin recibir nada a cambio. La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera (1.090 CC.). En esta materia el efecto arrastre no consentido supone una reducción de la deuda sin consentimiento lo que ha llevado a algunos autores a considerar que se trata “*de una suerte de condonación especial*”⁴⁹⁰ en supuestos de convenio con los acreedores⁴⁹¹. En este sentido se ha pronunciado, alejándose

⁴⁸⁷ La condonación de la deuda cuando es expresa habrá de acomodarse a las formas de donaciones. (S.T.S. 24/10/1955)

⁴⁸⁸ Se presume la existencia de una condonación tácita, en la fórmula convenida para el pago de la deuda acumulada, que ante la carencia de patrimonio de la entidad deudora, consistió en reducir su importe a cambio de reflejarlo definitivamente debido en letras de cambio avaladas por una sociedad con patrimonio bastante. (S.T.S. 13/12/2004)

⁴⁸⁹ La condonación o renuncia por los acreedores de la suspensa a la parte del crédito no cobrada, solamente puede tener eficacia extintiva parcial cuando, por haberse cumplido en parte la obligación, exista verdaderamente esa diferencia entre lo debido y lo pagado, y puedan cuantificarse los porcentajes remitido y subsistente de la deuda. (S.T.S. 14/12/1987). Cabe admitir la existencia de una condonación dentro de un documento de reconocimiento de deuda, formando parte del mismo, cuya causa es transaccional y quedando supeditada la condonación al estricto cumplimiento de lo convenido por el deudor. (S.T.S. 20/7/2005).

⁴⁹⁰ WERT ORTEGA M, <<Tratamiento contable y fiscal de los convenios de acreedores>>. Trabajo presentado al VI Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Financiera celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2012.

⁴⁹¹ La naturaleza jurídica del convenio ha sido tratada, entre otros en GARCÍA VILLAVERDE, R., «Convenio de quiebra», *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 1693 y ss; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo III, Madrid, 1983; GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, pg. 201; PÉREZ DE LA CRUZ, A., «Cuestiones en torno al convenio de quiebra», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pgs. 529-534; PULGAR, J., «El contenido remisorio y dilatorio del convenio concursal y las ayudas de Estado», *RdCP*, núm. 1, 2004, pgs. 131 y ss; RAMÍREZ,

de la condonación, nuestra mejor doctrina⁴⁹² precisamente por esa característica de imposición. Citando este mismo autor se ha señalado que es por ello que, desde un punto de vista técnico-jurídico, la quita concursal no se configura como una condonación -o, al menos, como una condonación ordinaria- sino, en su caso, como una condonación especial o, si se prefiere, como un *pactum de non petendo* de duración limitada, respecto de la parte condicionalmente condonada, al afirmar que, "*si se cumple el convenio, la quita o remisión pactada produce plenos efectos, extinguiéndose el crédito en la parte que haya sido objeto de esa quita; y, si se incumple, el acreedor readquiere el derecho a la satisfacción de la totalidad del crédito reconocido*"⁴⁹³, *la cual tendrá en lugar en la fase de liquidación*"⁴⁹⁴.

Las esperas afectan esencialmente a la exigibilidad de la deuda en función de los aplazamientos o carencias que se pudieran pactar. Ello implica un aplazamiento o dilación en el pago de los créditos concursales que, al igual que la quita, se configura como un *pactum de non petendo* de duración limitada, en el que, en el periodo de espera, los acreedores no tendrán la posibilidad de obtener la satisfacción de sus créditos reconocidos⁴⁹⁵. Se ha señalado⁴⁹⁶ que "[E]n lo relativo a la naturaleza jurídica de esta espera, se suscita si nos encontramos ante un "pacto de non petendo" o si sería calificable como una novación modificativa de las obligaciones, pronunciamiento este que incidiría en la determinación de los intereses eventualmente conectados a la referida espera cuyos efectos se extienden a entidades financieras acreedoras no intervinientes o disidentes del acuerdo; En efecto, de asimilarse la naturaleza de la espera a un "pacto de non petendo", los intereses que en su caso pudieran devengarse serían moratorios lo que conllevaría un costoso efecto perverso conectado a la extensión de las esperas, no teniendo dicha consideración de considerarse novatoria la naturaleza de la referida espera. Entendemos que nos encontramos ante una novación modificativa, o impropia, de la obligación ex art. 1156 Cc, constituyendo, como se ha adelantado, la referida extensión legal de la esperas a entidades financieras acreedoras no intervinientes o disidentes, una excepción al carácter necesariamente

J.A., *La quiebra. Derecho concursal español*, tomo III, 1998, pgs. 1935-1945; TORRES DE CRUELLES, J., «Naturaleza jurídica del convenio en suspensión de pagos», *RJC*, 1958, pgs. 609 y ss.; YANES YANES, P., *La reapertura de la quiebra*, Valladolid, 1992, pgs. 135.136; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Barcelona, 2001, pg. 1067;; y, desde una perspectiva comparada, en particular, desde la óptica del Derecho italiano, PROVINCIALI, R., *Trattato di diritto fallimentare*, tomo III, Milano, 1974, pg. 1776.

⁴⁹²ROJO, A., «El contenido del convenio», *Revista del Poder Judicial*, número especial XVIII, 2004, pgs. 357 y ss;

⁴⁹³ La recuperación de este derecho será estudiada en el apartado de incumplimiento en relación a los pactos de refinanciación.

⁴⁹⁴ ROJO, A., op cit. pgs. 366-367; y, en el mismo sentido, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid (Thomson Civitas), 2004, pg. 2246, : "*la quita concursal no constituye una condonación, ya que la liberación no proviene propiamente de la extinción de la obligación, sino de la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor durante un tiempo indefinido*".

⁴⁹⁵ GURREA MARTINEZ, A <<Las quitas y esperas concursales otorgadas por acreedores públicos desde la óptica del derecho de la competencia.>> en <http://dictumabogados.com/files/2011/10/Las-quitasy-esperas-concursales-otorgadas-por-acreedores-p%C3%BAblicos-desde-la-%C3%B3ptica-del-derecho-de-la-competencia.pdf>.

Última consulta 11/10/2015.

⁴⁹⁶ PULGAR EZQUERRA J, << Acuerdos de refinanciación...>> op cit. pg. 27.

consensual de la referida novación (art. 1203 y ss Cc).” Algunos autores⁴⁹⁷ diferencian el *pacto de non petendo* de la condonación por la subsistencia del vínculo obligatorio aunque se ha señalado⁴⁹⁸ que la remisión parcial se opone a esta argumentación; sin embargo es evidente que en la parte afectada existe esa inexistencia del vínculo a tales efectos en cuanto a remisión de deuda y no en cuanto a espera.

A nuestro entender se trata de situaciones impuestas por la norma legal. El pacto de no pedir⁴⁹⁹ tanto es la no exigibilidad durante un tiempo como la remisión de deuda (*acceptilatio romana*⁵⁰⁰) que otros autores denominan “temporal” o “perpetuo⁵⁰¹”. Y si bien parte de un inicial acuerdo entre deudor y determinados porcentajes de acreedores se configura como una novación de la deuda en donde se recoge (se puede recoger) una minoración de la misma y/o una espera en la exigibilidad. Esto será impuesto a otros acreedores en función del porcentaje de los primeros sin necesidad de que confluyan sus voluntades. Pero todo ello partiendo de que se cumplan- al objeto de la refinanciación- determinados objetivos, contenidos y equilibrios. Por lo tanto supone una figura mixta impuesta *ope legis* en donde el pacto inicial determinará en sí mismo una novación propia y otra impropia con efectos remisorios, dilatorios y otros que afectan – y distorsionan- la forma de pago (art. 1166⁵⁰² Cc) en tanto sustituyen la prestación en que consiste la obligación. Más cercana por tanto a una “novación impropia o sui generis” que a otra figura. En este sentido hemos de distinguir:

- a) Por el propio acuerdo los pactos son de no pedir en tanto a lo acordado por el deudor con sus acreedores.
- b) En tanto dichos acuerdos alcancen determinada mayoría (51%) podrán ser sometidos a homologación y adquirirán determinadas protecciones derivadas del propio proceso de homologación. Se trata de un pacto reforzado en su protección.
- c) En cuanto a dichos acuerdos superen otras mayorías podrán ser impuestos, en determinados contenidos, a otros acreedores. En tal caso esto supone una novación impuesta *ope legis* derivado del acto procesal de la resolución que finalmente homologue el prístino acuerdo.

Al objeto de dichas quitas y esperas la norma no señala límite alguno en virtud del posible acuerdo al que las partes hubieran llegado, pero si señala límites de

⁴⁹⁷ SANCHO REBULLIDA <<Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones>>, en *Estudios de Derecho Civil. revista de Derecho Privado -1955. Pg.211.*

⁴⁹⁸ FLORENSA TOMÁS CE *La condonación de la deuda en el Código Civil (Estructura y objeto del negocio remisivo)*. Tesis doctoral 1987.

⁴⁹⁹ En este sentido FLORENSA I TOMÁS C, <<El pactum de non petendo en la doctrina del ius commune>> En *Estudios Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*. Eugenio Llamas Pombo (coord.). La Ley-Actualidad, Volumen1 , pg. 692.

⁵⁰⁰ CUJACIUS JACOBUS . *Opera Ominia, V Mutinae, 1777, <<In lib. III Pauli ad Edictum. <<Si cum decem mihi,zz pg. 77): << In majori summa minor inest, pactum de non petendo est remissio, remissio autem majoris summae, minoris utique remissio est.>> Citado en la op. cit. 14.*

⁵⁰¹ AREVALO CABALLERO W, << Efectos sustantivos y procesales del pacto de non petendo>>. *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, José Manuel González Porrás (coord.), Fernando P. Méndez González (coord.) Editores: Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004 Volumen 1, pg. 344

⁵⁰² El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida

5 y 10 años respectivamente para poder arrastrar a otros acreedores en función de cualificadas mayorías que para uno y otro caso exige. Pero en este caso no se extenderá a toda la deuda concebida como principal más accesorios. En función de ello distinguiremos:

- A los acreedores que han suscrito el acuerdo conforme a lo que se haya pactado. Podría plantearse aquí si existe a tal efecto una limitación en quitas y esperas de forma similar a los supuestos de arrastre que veremos a continuación. Y en tal caso la libertad contractual del artículo 1255 Cc creemos debe imperar en cuanto a la posibilidad de las partes de acuerdos más allá de esos límites sin perjuicio de que estos sí existen para los supuestos de arrastre. Se podría plantear la cuestión de si pactados esos límites superiores (en función de las mayorías exigidas) y no previsto para los disidentes una limitación la misma opera automáticamente; aunque es evidente que no haberlo previsto supone una distorsión del sistema y una inseguridad jurídica (incertidumbre más bien) respecto de la situación en la que quedará la sociedad , es evidente que no prevista en el acuerdo si debería estarlo en el plan de viabilidad pues de otra forma no ha sido tomada en consideración para ello y por tanto parece quedar excluido dicho arrastre. A ello se une, como veremos, la propia redacción del precepto (que tendremos que desglosar) en el carácter imperativo del apartado tercero , por un lado, y en la facultad prevista en el apartado cuarto. La redacción del segundo parte de que expresamente se haya previsto; la redacción del primero parece querer extender los efectos incluso aunque se hubiera pactado mayor plazo puesto que la limitación (con un plazo no superior a cinco años) parece querer indicar que es propia del efecto arrastre y no del contenido del acuerdo.
- A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real. Por lo tanto distingue dos supuestos:
 - o Cuando gocen de garantía real por la parte que exceda del valor de la garantía real (de principal, intereses y otros) calculada al 90% del valor razonable del bien en relación a su participación en conjunto con el resto de las garantías con las que concurra.
 - o Cuando no gocen de garantía real por la totalidad de la deuda, sin distinguir entre principal, intereses y otros.

En estos supuestos la aplicación es diferente:

- a) Con una mayoría del 60% del pasivo financiero que así lo haya acordado solo será posible el arrastre de una espera de un máximo cinco años.
- b) Con una mayoría del 75% del pasivo financiero que así lo haya acordado cualquier quita acordada (sin límite) y las esperas con un máximo de diez años. En este caso la norma establece esperas superiores a 5 años e inferiores a 10 años.

- A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real:
 - o Se exige una mayoría del 65% calculada desde las garantías para el efecto espera de hasta 5 años.
 - o Se exige una mayoría del 80% sobre dichas garantías, para el arrastre en quitas, sea cual sea la cuantía, y una espera no superior a 10 años.

Uno de los supuestos que pueden plantearse, de forma similar a los convenios, es el momento a partir del cual van iniciarse esos plazos de espera que las partes han señalado y en relación con ello si es posible determinar esperas consecutivas en función de la naturaleza y plazos de la deuda. Debemos partir para ello de la imputación de pagos prevista en el código civil y nuevamente lo previsto en el artículo 1255 Cc. A tal efecto los artículos 1.171 a 1.173 recogen:

1º. El que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse. Si aceptare del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra ésta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato.

2º. Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses.

3º. Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas. Si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata.

La norma no exige, al contrario que el artículo 100.4 Cc (para convenio) o el 236 LC (para Acuerdos extrajudiciales de pago) la existencia de un plan de pagos⁵⁰³. Esto tendrá notoria importancia a los efectos de cumplimiento o incumplimiento del citado acuerdo. Lo que si establece es la necesidad de un plan de viabilidad y, por otro lado, que – cito textualmente- *“esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años”*. Y nuevamente en relación a todo esto el hecho de que *“[N]o se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en esta disposición, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta Disposición adicional”*⁵⁰⁴.

Sobre la primera cuestión es importante determinar que la citada espera se vincula a un plazo máximo de 5 años en relación a deuda que puede o no estar vencida y que la quita o espera se realiza respecto del monto total de la misma. Se realiza por ello, conforme se ha dicho, una novación que puede afectar tanto a la deuda pendiente vencida como a la que no lo está. No habría problema en determinar que respecto del principal esa novación conlleva una

⁵⁰³ Para un estudio del plan de viabilidad y plan de pagos vid: FERNANDEZ C, VARGAS P, BELDA JM Y VARGAS JA. <<El plan de viabilidad y la Ley Concursal>> *Partida doble*, N° 172, 2005, pgs. 90-109

⁵⁰⁴ El artículo 134.1.2º LC recoge que los subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos.

quita y/o una espera tanto en lo que se debe y está vencido y es exigible, como en cuanto a lo que todavía no se ha pagado por no ser exigible; también respecto de otras cantidades que pudieran derivarse del contrato por obligaciones accesorias. El problema respecto de los intereses también parte de que su afectación podrá serlo combinando una reducción (y solo a estos) respecto de los que se deban a ese momento, una modificación incluso del interés aplicable a las cuotas o cantidades futuras (así se prevé expresamente pero limitado en acuerdos bilaterales) y una espera (carencia) en relación a las cuantías debidas y a las que deban sucederse en el futuro.

Es evidente que si se produce una novación del principal ello afectará a los intereses que vayan liquidándose con posterioridad pero ya de la cantidad refinanciada. Y eso afectará al principal y a los intereses ya capitalizados que hayan vencido al momento del citado acuerdo. Es a partir de ahí desde donde debe configurarse el plazo de espera máximo de cinco años que la norma establece y es respecto de estos el límite máximo que se podrá acordar para vincular. Si las partes pactan una espera de tres años eso vinculará a principal, intereses y otros de acreedores disidentes y no firmantes. Si esa espera diferencia partidas también así deberán ser distinguidas. Si la espera afecta a parte vencida y a otra parte no vencida la novación configura una nueva relación en virtud de la cual el pacto de espera se independiza del origen y afecta igualmente a los acreedores a quienes pueda vincular. Si la espera conlleva carencia también aquí resultará afectada la deuda de los que arrastra en tal sentido.

Esa espera puede partir en teoría, a efectos de dies a quo, desde la firma del acuerdo, desde que produce efectos la homologación o desde el vencimiento o vencimientos de la propia deuda. Pensemos por ejemplo una deuda pendiente de pago a una carencia de tres años de la que solo se han consumido varios meses; que se llega a un acuerdo de novación con las citadas mayorías a espera dos años con pagos mensuales desde el primer mes y que este se extiende a aquellos que tenían ese plazo de carencia y un posterior pago mensual durante otros cinco años. Podría concebirse por ello que la novación lo es exclusivamente en relación a la deuda vencida y exigible y no a aquella que no está vencida. Lo lógico sería pensar que el pacto de espera de cinco años debe configurarse en relación a cada tipo de deuda y que por ello el cómputo se haría de forma diferente a partir de una nueva reestructuración de pagos. Pero aun así podríamos considerar que ese nuevo aplazamiento fuera más perjudicial que el que ya se recogía en el producto inicial. Por lo tanto la espera parece concebirse más como carencia que como tal. De esa forma la espera se computaría conforme a un dies a quo común y es a partir de esa espera (carencia) fijada desde que deben reestructurarse los diferentes pagos en función de los pactos concretos que resultaren afectados y por ello si la carencia fuere mayor no resultaría por ello afectado. O bien considerar que la citada espera solo afectará (con un nuevo plan de pagos no previsto) a la parte vencida y debida de cada uno de los acreedores sin afectar al resto, lo que conllevaría una nueva reestructuración de cuotas que atendiera a plazos diferentes según se refiera a uno o a otro. Pero lo cierto es que la norma no ha querido plan de pagos.

El dies a quo deberá ser considerado desde que se produzcan los efectos de la homologación. Sería ilógico vincular una espera en quien acuerda a unos plazos concretos y que el arrastre (que se produce con la homologación)

estuviera sometido a otros plazos diferentes. Pero es la referencia a esos efectos los que determinarán el plazo de espera y que podría condicionarse en función del vencimiento y exigibilidad de cada una de las deudas.

Respecto de los acreedores vinculados en relación conforme a lo previsto en el 93.2 LC ya señalábamos que en este apartado entonces deberíamos aclarar que la distinción puede partir de considerar la posibilidad de que estos suscriban el acuerdo aunque no se computen como mayoría. La norma señala en este sentido que no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías pero sin excluirlos de la posibilidad de suscripción⁵⁰⁵. De hecho la norma señala que “podrán quedar afectados” y no que quedarán afectados en función de las mayorías, lo que nos lleva a plantear la posibilidad de que no lo sean o, a sensu contrario, que expresamente han de recogerse como afectados si se produce la homologación. Como expresamente se señala que podrán quedar afectados por la homologación lo lógico es también pensar que lo serán en función de que no lo suscriban y de que se produzca el efecto arrastre por las mayorías que la norma exige.

En relación a las quitas la norma no establece que estas deban realizarse en función de un porcentaje. La pregunta entonces es si podrán realizarse propuestas de quitas lineales, cuantitativas, y no cualitativas. De otro lado también si esas quitas deben distinguir entre principal, intereses y otros, como señala la norma o bien lo serán en una valoración global de la deuda. Parece lógico que (sin distinción legal) de ser cuantitativo y lineal nos encontraríamos ante un supuesto de sacrificio desproporcionado susceptible de impugnación. Pero a tal efecto y siendo un motivo expresamente previsto de impugnación, de no serlo en plazo podríamos considerar la citada posibilidad; sobre todo porque dicho motivo de impugnación se vincula al “sacrificio exigido” entendiéndose que si no se impugna se aceptaría el mismo en los términos propuestos. En relación al segundo apartado la globalidad de la deuda en sí considerada para determinar una u otra quita sin distinción de la naturaleza del crédito (de principal, intereses y otros) y su extensión al resto no firmantes o disidentes podría conllevar también distintos sacrificios y desproporciones susceptibles de la estimación de una impugnación.

Las quitas, sin perjuicio de su análisis posterior en este apartado, también se prevén como régimen principal (salvo supuesto de elección) en aquellos supuestos de acuerdos de conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora: *“Los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo podrán optar entre la conversión de deuda en capital o una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. A falta de indicación expresa, se entenderá que los citados acreedores optan por la referida quita”*. En este supuesto la quita se determina por el importe del nominal⁵⁰⁶ de las acciones o participaciones más prima de emisión. En supuestos en donde se recojan, cumulativamente, quitas y capitalización la cuantía de unas y otras pueden no coincidir.

⁵⁰⁵ Debemos considerar igualmente el cambio producido en relación al artículo 93.2.2ºLC .

⁵⁰⁶ Al respecto de la función del valor nominal de las acciones vid: ALEMÁN LAÍN P, *Función del valor nominal en las acciones, una aproximación desde el derecho norteamericano*. Aranzadi. 2003. Vid también GÓMEZ BLANCO J, <<Valoración de acciones: valor nominal versus valor contable y cotización”. *Técnica contable*, Vol. 60, Nº 709, 2008 , pgs. 32-43

En relación a esto último los acuerdos podrían fijar una posibilidad de opción para el acreedor que suscribe el acuerdo de la misma forma que se recoge para el efecto arrastre. La cuestión que nos suscita esa posibilidad es si así contemplado ello conllevaría un efecto arrastre al respeto del no suscribiente o el discoloso. La opción puede plantearse como alternativa, como principal de quita con posibilidad de opción a capitalización o al contrario. En el supuesto de quita con opción es evidente que el arrastre se produce con la quita sin que se prevea en la norma que esta misma opción también esté para aquel que ha sido vinculado. En el supuesto de conversión con opción de quita, sea cual sea el acuerdo (y sin perjuicio del posible desequilibrio y sacrificio impugnabile) el acreedor arrastrado tendrá la opción legal que se determina; la problemática puede surgir cuando se determina una quita superior a la que la normativa otorga al disidente o no suscribiente. En tal caso la única posibilidad parece ser el de impugnación. En el supuesto de opción debemos entender que por la misma extensión de las quitas y las capitalizaciones esa opción también existe para el que pueda ser afectado.

2.4.3. Capitalización de deuda (debt equity swap).

Una de las medidas estrella de la refinanciación o reestructuración acordada tras la modificación de la adicional cuarta (que se reproducirá en la modificación que también se produce del contenido de los convenios en el artículo 100 LC y en la última reforma de 2015 respecto de los AEP, art. 236 LC) es la capitalización de deuda o la conversión de la misma en instrumentos de fortalecimiento de los fondos propios de la sociedad deudora⁵⁰⁷. El objetivo es expuesto en la exposición de motivos de la Ley 17/2014: *“Antes de entrar en el detalle de las modificaciones que se introducen, conviene precisar que todas ellas buscan en definitiva la finalidad de mejora de la posición patrimonial del deudor, medida al fin y a la postre en la proporción que representan sus activos sobre sus pasivos exigibles⁵⁰⁸, y dentro de ellos en la parte apta para atender el cumplimiento de sus obligaciones más inmediatas. De este modo se asegura que todas estas acciones no perjudican un eventual concurso de acreedores, ya sea porque el peligro de dicho concurso se aleja definitivamente (lo cual es lo más deseable), ya sea porque las actuaciones previas al concurso no han perjudicado la situación patrimonial del deudor⁵⁰⁹”*.

⁵⁰⁷ Se produce con ello una disminución del pasivo exigible de la sociedad y se incrementa por tanto el valor del patrimonio social.

⁵⁰⁸ Sobre si esa compensación supone un aumento contable o efectivo del patrimonio social existen posiciones doctrinales divergentes. Para PÉREZ LEÓN P, *El aumento de capital en la Sociedad anónima*, Tirant 2008, el aumento contable “supone un cambio de calificación y de destino y régimen de bienes y derechos preexistentes en el patrimonio social; como su propio nombre indica, consiste en apuntes contables y, en el caso de la capitalización de las reservas o beneficios, no plantea dudas en cuanto a su carácter nominal, pues se trata de un traspaso de una cuenta a otra pero sin embargo, se discute doctrinalmente la inclusión en esta modalidad del aumento mediante compensación de créditos, basándose en el incremento patrimonial neto que lleva aparejado. Sin embargo, creemos que se trata de un aumento contable dado que el incremento patrimonial es lo que caracteriza la ampliación de capital en sí, al margen de si se producen o no entrada de nuevos bienes, hecho que no se origina cuando el aumento de capital se lleva a cabo mediante compensación de créditos, ya que se disminuye el pasivo exigible de la sociedad y se incrementa el valor del patrimonio social.” Afirmará también (pg 31) que se trata en realidad de una dación en pago.

⁵⁰⁹ El análisis, sin embargo, no se realiza desde la perspectiva del acreedor sino desde la del deudor en supuestos concursales. Y ello porque tampoco se trata de un análisis de inversión

El legislador está preocupado por la situación de nuestro sector empresarial; tras un arrastre importante de empresas por la crisis económico-financiera de 2008 y en pleno proceso de recuperación es necesario proteger la empresa y la empresa viable evitando la radicalidad de las normas imperativas que le obligan a disolverse o que permite un desmembramiento de la misma. Y en definitiva la compensación supone igualmente una desafectación de los activos de la empresa deudora que teóricamente se destinan a la cobertura de los créditos compensados⁵¹⁰. No debemos olvidar que en el contrato de sociedad (tal y como se define en el artículo 116 del Código de comercio) “... *dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro...*” Por ello las medidas se acompañan de otras que es necesario considerar previamente.

1º. Por un lado prorrogando⁵¹¹ una vez más la vigencia de la Disposición adicional única del Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre⁵¹², por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias. A tales efectos la determinación de las pérdidas para la reducción obligatoria de capital regulada en el artículo 327 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y para la disolución prevista en el artículo 363.1.e) del citado Texto Refundido, así como respecto del cumplimiento del presupuesto objetivo del concurso contemplado en el artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones

en sí misma dado que combina diferentes elementos: por un lado la situación societaria y en relación con ella necesariamente la capacidad de generación para atender los pagos comprometidos; quizás este último es el elemento más importante a considerar por un acreedor que suscribe el citado acuerdo aunque también pesará la mayor o menor profundidad del quebranto que una deuda impagada genere en el balance de dicho acreedor y la necesidad de desplazarlo en el tiempo para poder atender (más que ocultar) el desequilibrio que ello puede ocasionar. Por otro lado el mismo hecho de que otros acreedores se vean sumergidos en dicha refinanciación sin quererlo desnaturaliza su condición de inversión para convertirlo en salvamento (impuesto); en este caso el quebranto ni siquiera puede ser modulable dado que existirá o no como elemento exógeno a la cuenta de resultados de dicho acreedor. En último lugar la salida no está expresamente prevista y puede estar sujeta (algo que no impide que el propio acuerdo también lo refleje) a restricciones estatutarias. Por último no se trata de una inversión sino de una pérdida reflejada en conversión en capital de la empresa que o bien era la inversión o bien era parte del activo de la sociedad que se convierte en socio de la misma. Aún a pesar de todo ello el análisis de la suscripción del acuerdo - con estos condicionantes- con capitalización de deuda debería ser visto desde , también, el punto de vista de la inversión pues en definitiva esta marcará un añadido más a esa posibilidad que en principio puede verse desde un prisma de pérdidas. A tal efecto aconsejamos GRAHAM B y DODD DL, *Security Analysis*. Deusto.2009.

⁵¹⁰ MAMBRILLO RIVERA V *Derecho de Sociedades Anónimas*, Edit. Civitas 1994, pags. 364 y ss.

⁵¹¹ Las modificaciones y prórrogas han sido: disposición adicional única, por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (Ref. BOE-A-2014-9896). Disposición adicional única, por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo (Ref. BOE-A-2014-2485). Disposición adicional única, por Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero (Ref. BOE-A-2013-2029). Adicional única.1, por Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo (Ref. BOE-A-2010-5294).

⁵¹² Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias. «BOE» núm. 300, de 13/12/2008

Inmobiliarias y las Existencias o de préstamos y partidas a cobrar⁵¹³. Esta medida fue acompañada en su origen con una modificación del ordenamiento mercantil referida al artículo 36, apartado 1, letra c) del Código de Comercio, que tenía como finalidad definir la eficacia mercantil de las variaciones de valor en los instrumentos utilizados en las operaciones de cobertura de flujos de efectivo, reconocidas en contabilidad, excluyendo las citadas variaciones del patrimonio neto a los efectos de reducción de capital, distribución de beneficios y causa de disolución.

2º. Una segunda modificación afecta a la Ley de modificaciones estructurales 3/2009: *“Cuando la sociedad absorbente fuera titular directa del noventa por ciento o más, pero no de la totalidad del capital de la sociedad o de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que vayan a ser objeto de absorción, no serán necesarios los informes de administradores y de expertos sobre el proyecto de fusión, siempre que en éste se ofrezca por la sociedad absorbente a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones sociales, estimadas en su valor razonable, dentro de un plazo determinado que no podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha de la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil.»* Se trata de un supuesto de capitalización acelerada, reduciendo formalidades, mediante la absorción de sociedades participadas al noventa por ciento. Las acciones o participaciones de los socios de la sociedad absorbida que no fueran adquiridas deberán ser canjeadas por acciones o participaciones propias que la absorbente tuviera en cartera.

3º. Consecuentemente con lo anterior se modifica el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores eliminando con ello la necesidad de la misma en determinados supuestos: *“Adquisiciones u otras operaciones procedentes de la conversión o capitalización de créditos en acciones de sociedades cotizadas cuya viabilidad financiera esté en peligro grave e inminente, aunque no esté en concurso, siempre que se trate de operaciones concebidas para garantizar la recuperación financiera a largo plazo de la sociedad.”* Corresponderá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordar, en un plazo no superior a quince días a contar desde la presentación de la correspondiente solicitud por cualquier persona interesada, que no resulta exigible una oferta pública. No será necesario el acuerdo de dispensa cuando las operaciones descritas en esta letra se hubieran realizado como consecuencia directa de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente conforme a lo previsto en la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, siempre que hubiese sido informado favorablemente por un experto

⁵¹³ El análisis de dicha norma puede hacerse desde diferentes perspectivas. Así hay quien considera que la medida fue puesta con el objetivo de salvar el sistema de promoción y construcción. La exposición de motivos de la misma ratificaría esta opinión: *“La reciente evolución de la actividad económica internacional nos sitúa en un contexto excepcional. Las pérdidas por deterioro, coyunturalmente significativas en determinadas compañías, al incorporarse a la cuenta de pérdidas y ganancias habrían de computar a los efectos del cálculo de la pérdida del patrimonio neto en los supuestos señalados de reducción de capital y disolución. Por esta razón se suspende, con una vigencia temporal de dos años y únicamente para los casos de pérdidas por deterioro del inmovilizado material, de las inversiones en inmovilizado y de las existencias, el régimen societario aplicable, sin que ello suponga, por lo demás, alteración del correspondiente régimen contable.”* Por otro lado ello ayudaría al sistema de recursos propios de las entidades financieras.

independiente en los términos previstos por el artículo 71 bis 4 del citado texto legal.»

4º. A ello hemos de añadir, derivado ahora del RDL 11/2014 (que fundamentalmente afecta a convenios pero recogiendo normas en este sentido) otra serie de supuestos:

- Por un lado la adicional primera sobre medidas de saneamiento en situaciones preconcursales. Se señala en la misma que a los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.
- Por otro una nueva suspensión de la entrada en vigor de la posibilidad de separación del socio por no reparto de dividendos de la sociedad durante un periodo de cinco años: “Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2016, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis de esta ley”.

Con todo ello se genera una estructura favorecedora de la capitalización que admonitoriamente también traerá sus consecuencias en el futuro proceso concursal, como afectación en caso de culpabilidad, para los supuestos de obstaculización.

La medida de capitalización de deuda está prevista con mayorías reforzadas a efectos de arrastre. Será posible que los acreedores firmantes del acuerdo adopten esa posibilidad en el marco de una mayoría ordinaria del 51%. Pero será necesario obtener mayorías del 75 y del 80% (según los casos) para extenderlas a otros acreedores. En este caso la primera para extenderlo a créditos (siempre respecto de no firmantes o disidentes) que no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real y el segundo porcentaje para extenderlo a la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real.

Debemos tener en consideración que dichas medidas (llamadas del apartado b) podrán ir acompañadas de otras, a efecto arrastre, consistentes en esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez y quitas sin determinación de porcentaje, conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original y cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

Las reglas de conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora que la norma establece distinguen dos apartados:

- a) Los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo podrán optar entre la conversión de deuda en capital o una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería

suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. A falta de indicación expresa, se entenderá que los citados acreedores optan por la referida quita. Como vemos no establece la norma un plazo a tales efectos; es decir no recoge qué plazo tendrán estos socios para optar por una u otra. Esta cuestión deberá recogerse como contenido del propio acuerdo. En su defecto tenemos dos normas de aplicación analógica: 1. Por un lado lo previsto en el artículo 102.2 LC para los supuestos de convenio con propuestas (que no proposiciones) alternativas que establece el plazo de un mes. 2. Por otro lo previsto para el ejercicio del derecho de preferencia en el artículo 305 de la LSC. En cualquier caso este plazo debería computarse desde la firmeza de la homologación judicial. No se recoge tampoco si esa indicación expresa ha de hacerse o no judicialmente; es decir si debe hacerse en el propio proceso de homologación o basta cualquier elemento probatorio externo para que se produzca. Entendemos que no es necesaria esa opción judicial pudiendo acreditarse en la forma prevista en el propio acuerdo homologado o mediante comunicación fehaciente.

- b) El acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá adoptarse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Con ello se consigue una mayoría ordinaria que elimina la posibilidad reforzada en estatutos o la necesaria, por modificación estatutaria, mayoría reforzada en estos acuerdos. Cuando la norma trata de la solicitud de homologación recoge que a la misma habrá de acompañarse la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado, por lo tanto permitiendo tanto que sea anterior como posterior. Lo que sí parece lógico es que siendo competencia de la junta de socios esa aprobación el acuerdo debería estar tomado sin perjuicio de una ejecución posterior dependiendo de la opción que se ha señalado. Uno de los problemas que puede surgir al respecto es la posibilidad de impugnación del mismo (tanto se tome con anterioridad o con posterioridad) y que tienen que ver con lo que estamos diciendo. Conforme a la normativa de sociedades ese acuerdo podrá ser impugnado en los términos previstos en los artículos 204 y siguiente de la LSC. Esto conlleva procesalmente su tramitación por procedimiento ordinario y acumulación de acciones planteadas en un periodo de cuarenta días (art. 207 LSC en relación al 76.2.21⁵¹⁴ con competencia del juez del domicilio social 52.1.10 LEC). De los citados preceptos resultan por lo tanto varios problemas:
- a. Por un lado la posibilidad, de ser así admitido, de que el juez que está conociendo de la impugnación (del domicilio social) del

⁵¹⁴ Cuando el objeto de los procesos a acumular fuera la impugnación de acuerdos sociales adoptados en una misma Junta o Asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración. En este caso se acumularán todos los procesos incoados en virtud de demandas en las que se soliciten la declaración de nulidad o de anulabilidad de dichos acuerdos, siempre que las mismas hubieran sido presentadas en un periodo de tiempo no superior a cuarenta días desde la presentación de la primera de las demandas.

- acuerdo sea diferente (por centro de principales intereses o alternativo del acreedor) al juez que conoce de la homologación.
- b. Por otro lado- y quizás en primer lugar- convendría precisar si la razón de impugnación se centra en la impugnación del acuerdo en conjunto (de forma limitada conforme hemos visto) o es posible conciliar y coordinar dos supuestos diferentes.
 - c. En relación a lo anterior y a lo afirmado sobre la necesidad de tomar el acuerdo previamente o posponerlo recogiendo simplemente una referencia incluida en el mismo (por las razones dadas) si esa impugnación podría conllevar afectación del proceso de homologación según sea tomado con anterioridad o con posterioridad al mismo y los efectos que se producen en caso de una estimación en cualquier caso.
 - d. Asimismo si la impugnación supone, en caso de ser tomado el acuerdo con anterioridad a la homologación, un supuesto prejudicial de la homologación por la que esta resultaría afectada y por tanto suspendida o paralizada de cualquier forma.
 - e. Tomando en consideración los plazos de caducidad del artículo 205 LSC y en particular los supuestos de orden público la extensión de la incertidumbre podría ser ciertamente importante.
 - f. En los supuestos de dichos acuerdos de ampliación de capital también habría que determinar si cuando esta se produce una vez homologado el acuerdo supone una afectación de la competencia funcional del juez que la ha homologado (por ser ejecución del acuerdo) y por tanto atraer su propia competencia.
- c) A efectos del artículo 301.1 del citado Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles. La referencia a los citados pasivos puede plantearse desde una posición favorecedora de la refinanciación considerando que la compensación podrá realizarse al margen de la situación tanto de los créditos a compensar como de los créditos que no se compensan o de la situación de aquellos que no afectan a la refinanciación o de como queden otros créditos (desplazados por tanto en el tiempo) que si resulten afectados. La norma recoge para supuestos de sociedades anónimas que “el vencimiento de los restantes (aquellos que no se compensan) no podrá ser superior a cinco años.” Aunque nada ha previsto el precepto al respecto de esa situación comparativa entre los que se compensan y los que no la realidad es que la redacción de la norma (se entenderá que los pasivos financieros) permite una interpretación flexible y por tanto considerar la posibilidad de compensación en cualquier supuesto. Otro de los problemas a plantear al respecto será la consideración de la naturaleza de esos “*pasivos financieros*” dada la distinción ficticia que realiza la adicional en la distinción entre estos, comerciales, laborales y públicos. Sobre si estos deben considerarse vencidos, líquidos y exigibles a los efectos del citado precepto nuevamente se nos plantea una polémica que debemos resolver entendiendo que el concepto debe identificarse con la posibilidad de compensación al margen de los límites que recoge el artículo 301.1 LSC.

No recoge la norma si esas acciones o participaciones han de ser de una clase concreta⁵¹⁵ o es posible diferenciar entre estas y otras o incluso entre las mismas que puedan arrastrar a esos acreedores recogiendo supuestos diferentes para unos y otros. O la afectación de las diferentes clases, para dicho aumento, de las ya existentes. Entendemos que el acuerdo tomado inicialmente y que es posible arrastrar deberá hacerse en la misma forma para todos los que se sometan a las mismas medidas (tratamiento igual a los iguales) y por lo tanto no hay inconveniente en esa distinción siempre que el trato, sin perjuicio del desequilibrio que otra medida así pusiera al descubierto en una posterior impugnación, sea igual a todos los acreedores. Además deberemos tomar en cuenta que conforme al artículo 79 LSC “[L]as acciones en que se divida el capital de la sociedad anónima deberán estar íntegramente suscritas por los socios, y desembolsado, al menos, en una cuarta parte el valor nominal de cada una de ellas en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social.” Sobre el porcentaje global de capitalización de deudas debemos distinguir los dos supuestos que la norma recoge en función de las mayorías exigidas:

- a) Por un lado tendríamos el acuerdo suscrito y por ello la capitalización de quienes así lo han acordado. Este parece no tener límite alguno en la norma dado que partimos de la libertad contractual del artículo 1.255 del Código Civil y por lo tanto de la voluntad de las partes para pactar. Sobre si esa capitalización supone o no un límite, por un lado, o una consecuencia necesaria y globalmente vinculante, por otro, a los demás acreedores en virtud de las mayorías obtenidas debemos nuevamente hacer referencia a la forma en que se expresa la norma (y salvado por tanto el régimen dispositivo en tanto así se excluya del propio acuerdo) de forma diferente en los apartados 3 y 4; en el primero con un carácter imperativo y en el segundo siempre que así se haya acordado. Sobre si ese porcentaje convertido de los que sí lo han suscrito alcanza o no la totalidad de la deuda afectada en función de esos dos supuestos (y salvo que se hubiera limitado o delimitado en el propio acuerdo) debe partir de los límites que señalaremos a continuación por así establecerlo la norma.
- b) En relación a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte que exceda esa garantía real lo será, como límite máximo, en la cuantía global de la deuda, los primeros, y en la parte que exceda la garantía real los segundos.
- c) En relación a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real lo será exclusivamente respecto de esa cuantía.
- d) En cualquier caso deberíamos entender que una medida de capitalización acordada por los que suscriben en un porcentaje concreto

⁵¹⁵ Art. 94 LSC: Las participaciones sociales y las acciones pueden otorgar derechos diferentes. Las acciones que tengan el mismo contenido de derechos constituyen una misma clase. Cuando dentro de una clase se constituyan varias series, todas las que integren una serie deberán tener igual valor nominal.

tendrá como límite ese mismo porcentaje para la conversión, lo que a su vez conlleva que una vez llegado al tope de la deuda susceptible de capitalización quedará ahí limitada lo que supone (o puede suponer) posibles distinciones entre unos y otros. De un lado tendríamos la conversión pactada por quienes suscriben; por otro la extensión a los que no tienen garantía real y hasta la totalidad de su deuda (a salvo cualesquiera otras medidas que afecten a bloques concretos de deuda); en tercer lugar la extensión a los créditos con garantía real distinguiendo, en función de las mayorías obtenidas (de pasivo y de garantías respectivamente) la parte que exceda de la garantía real y aquella que no exceda de la misma pudiendo abarcar por tanto la totalidad de la deuda como límite máximo.

Derivado del artículo 165.4º.2º LC a los efectos de la calificación concursal el acuerdo, que veremos en el último apartado de este trabajo en relación a las incidencias referidas, podrá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. Ello deberá contemplarse necesariamente en los Estatutos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades.

No se opone, por último, la norma a que se establezca un sistema de desinversión en supuestos de capitalización, lo que estaría conforme con ese derecho de adquisición preferente previsto. En tal caso la norma no ha establecido, como si lo hace para otros supuestos, un límite temporal mínimo o máximo de permanencia precisamente porque da por hecho que la participación sería permanente; pero no limitándolo expresamente tampoco nada impide que así se pueda realizar.

2.4.4. Préstamos participativos⁵¹⁶ y otros instrumentos financieros.

2.4.4.1. Introducción.

Tratamos aquí diferentes productos que la norma concursal establece como posibilidad tanto de acuerdo como de arrastre o vinculación. La conversión de deuda en la disposición adicional cuarta en préstamos participativos u otros instrumentos financieros parte de una delimitación temporal inicial y de una redacción que debemos previamente aclarar.

La conversión de deuda en préstamos participativos podrá hacerse, según las mayorías, con un plazo de hasta cinco o hasta diez años. En este último supuesto y con mayorías reforzadas la posibilidad prevista en el apartado 3.4º aparece redactada de la siguiente forma: *“La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados,*

⁵¹⁶ GARCÍA VILLAVARDE «Créditos participativos» *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, II, La Ley, Madrid. Pg. 1081 a 1123.

en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original". Es decir la limitación de los cinco años está expresamente prevista para el préstamo participativo pero no para otros supuestos cuyo vencimiento o características simplemente se refieren como "distintas a la deuda original". Si esa ha sido o no la intención del legislador la podemos comparar con lo dispuesto en el art. 124.1 "...a la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el artículo 100." Es decir nuevamente repite (en esa segunda reforma referida al convenio mediante RDL 11/2014) el mismo sistema determinando un plazo máximo para préstamos participativos pero no para otros supuestos. El artículo 236.1. e) LC referido a AEP, tras la reforma del RDL 1/2015 y Ley 25/2015, recoge a tal efecto: "*La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original*". Por lo tanto repitiendo el mismo esquema que en las normas anteriores.

Esa conversión de deuda en estos instrumentos tendrá las mismas limitaciones y delimitaciones que hemos señalado para la conversión en acciones o participaciones de la sociedad.

En estos supuestos la norma recoge que los nuevos productos conllevarán su conversión modificando, en su caso, rango, vencimiento y características respecto de la deuda original. En referencia a ello la adicional cuarta no contiene, como la reciente reforma del artículo 236 LC ha establecido para los AEP, una norma que delimite el sistema de cobro conforme a lo siguiente: "*En ningún caso la propuesta ... podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente.*"

2.4.4.2. Préstamos participativos.

Otra de las posibles alternativas a esos pactos del acuerdo de refinanciación es la conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo, según las mayorías, de hasta cinco años o, en su caso y con mayorías reforzadas de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

Respecto del préstamo participativo su origen se encuentra en los procesos de reindustrialización de los años ochenta del siglo pasado⁵¹⁷; demostrada su

⁵¹⁷ Art. 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de reconversión y reindustrialización; Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización; Real Decreto 2001/1984, de 24 de octubre, por el que se desarrollan las características y condiciones de los créditos y avales establecidos en el Capítulo IV de la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización, cuyo art. 4º fue redactado nuevamente por el art. único del Real Decreto 1470/1988, de 2 de diciembre; Orden de 2 de enero de 1985, del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre condiciones de los créditos participativos, dotaciones del tesoro al Banco de Crédito Industrial, y aportaciones de la banca privada a la reconversión industrial. Tardíamente y como ayuda pública en la Orden de 8 de mayo de 1995,

utilidad como instrumento de refinanciación se produce, conforme a los autores⁵¹⁸, un cambio sustancial en la política referente a los mismos no estableciéndose limitaciones sectoriales o públicos en su utilización. Su exponente es la regulación del artículo 20 del RDL 7/1996⁵¹⁹ que posteriormente se llevaría a la Resolución de 20 de diciembre de 1996 del ICAC⁵²⁰ y finalmente desde la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea⁵²¹ al Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad⁵²². Alguna peculiaridad al respecto se ha recogido en la Ley de Presupuestos para 2010 en relación a autopistas⁵²³ y posterior concurso.

Su funcionamiento en particular es el siguiente:

- a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.
- b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.
- c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.
- d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

Se trata de una fuente de financiación cuyo coste o retribución están ligados a la evolución del negocio de la compañía prestataria a través de la componente

del Ministerio de Industria y Energía, por la que se desarrollan las bases y los procedimientos para la concesión de las ayudas y acciones de fomento previstas por la iniciativa PYME de desarrollo industrial.

⁵¹⁸ COLINO MEDIAVILLA JL, << El contrato de préstamo bancario>> *La contratación bancaria*. Sequeira, A., Gadea, E., y Sacristán, F. (drs) 2007, pg. 6.

⁵¹⁹ Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. BOE» núm. 139, de 08/06/1996.

⁵²⁰ Resolución de 20 de diciembre de 1996, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil. BOE núm. 54, de 4 de marzo de 1997, páginas 7063 a 7065.

⁵²¹ Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. «BOE» núm. 160, de 05/07/2007

⁵²² Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. «BOE» núm. 278, de 20/11/2007

⁵²³ Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. «BOE» núm. 309, de 24 de diciembre de 2009, páginas 108804 a 109227 (424 pgs.)

de interés variable, lo que dota a este instrumento de una gran flexibilidad⁵²⁴. El prestamista adquiere un riesgo superior, además de exigir una rentabilidad mayor a través del cobro de intereses, se pueden incluir cláusulas de convertibilidad de la deuda en acciones de la empresa⁵²⁵. Su fiscalidad es interesante⁵²⁶.

Desde su naturaleza mercantil (art. 311 Cco) algunos autores habían defendido su aplicación a prestatarios que sean solo personas jurídicas⁵²⁷ y otros⁵²⁸ su aplicación también a empresario individual en tanto el precepto no limita. Respecto del prestamista el citado autor⁵²⁹ señala “...además de autorizarse expresamente a las entidades de capital riesgo para que puedan desarrollar su objeto principal mediante la concesión de préstamos participativos, el art. 20 uno a) del Real Decreto-Ley 7/1996 habla de «entidad prestamista», lo que parece excluir la posibilidad de que el prestamista sea una persona física”. En relación a ello se señala igualmente que, en cambio, no parece necesario que el prestamista sea una sociedad mercantil, pudiendo serlo una persona jurídica empresario con forma organizativa no societaria. Incluso podría ser prestamista en el ámbito del tipo legal una persona jurídica que carezca de la condición de empresario⁵³⁰.

La posibilidad de amortización anticipada es limitada por el mismo autor señalando que en todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos⁵³¹ y que, en cambio, no se admite la

⁵²⁴ Tanto los intereses fijos como variables son deducibles a efectos de la base imponible del Impuesto de Sociedades del prestatario. Para el prestamista, los intereses se consideran como ingresos financieros.

⁵²⁵ Informe Semanal (SAIE).Nº 185.27 de Noviembre de 2007

⁵²⁶ Vid CIUTAT CURA JI, <<Las operaciones de financiación matriz-filial en el ámbito de los grupos multinacionales utilizando préstamos participativos. Posible concurrencia de precios de transferencia. Una propuesta de actuación de la Administración Tributaria>>. Trabajo presentado al VII-B Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2007.

⁵²⁷ PALÁ LAGUNA, E., «Algunas cuestiones en torno a la figura del <<préstamo participativo>> y su nuevo régimen jurídico», RDBB, nº 70, 1998, p. 466; también, BUSTOS CONTELL, E., *Préstamo participativo: Instrumento de financiación de las Pymes*, Madrid, 2002, p. 20

⁵²⁸ GARCÍA MANDALONIZ, M., *La financiación de las PYMES*, Navarra, 2003, pp. 172-174

⁵²⁹ COLINO MEDIAVILLA, *La contratación...* op. Cit. pgs. 8 y 9. En sentido contrario GARCÍA MANDALONIZ, M., *La financiación...*, cit., pp. 175 y 176

⁵³⁰ PALÁ LAGUNA, E., <<Algunas cuestiones...>> ob. cit., p. 466

⁵³¹ Igualmente se discute si es posible la amortización anticipada con reservas o capital. Posibilidad que excluye DOMÍNGUEZ, J. L., ob. cit., p. 23 pero que admite COLINO MEDIAVILLA, *La contratación*, ob. cit. pg. 19, señalando que “*teniendo en cuenta que lo que se trata de salvaguardar es la solvencia financiera del prestatario, y prestando atención a la diferenciación entre reservas indisponibles y reservas disponibles, entre las cuales hay que incluir a los beneficios que no se hayan asignado a una reserva indisponible, parece que habría que admitir la posibilidad de que el aumento de los fondos propios que compense la amortización anticipada del préstamo participativo se realizase mediante un aumento de capital con cargo a reservas disponibles o beneficios, porque su conversión en capital supondría afectar patrimonialmente cuantías que anteriormente, por su carácter disponible, podían ser distribuidas entre los accionistas, por lo que su permanencia como componente de la solvencia financiera del prestatario era voluntaria*”.

amortización anticipada por voluntad del prestamista, salvo, obviamente, los supuestos del incumplimiento⁵³².

La generalización de estas medidas de conversión de deuda en préstamos participativos en la norma concursal han supuesto, sin duda, una ampliación de las limitaciones que establecen los citados autores convirtiéndose en verdaderos instrumentos de financiación sea cual sea la persona prestamista o prestataria incluyendo un efecto arrastre en esta materia al resto de acreedores de pasivos financieros. Si nos acogemos a lo señalado esas operaciones estarían limitadas conforme se ha dicho.

2.4.4.3. Otros instrumentos financieros.

Otra posibilidad de conversión de deuda es la de hacerlo en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

a) Obligaciones convertibles.

Se trata de títulos de renta fija que las entidades ofrecen a los inversores⁵³³, a un plazo y con un interés determinado y con la posibilidad de que la obligación pueda ser canjeable por acciones de la empresa emisora. Señala algún autor que ello “... aproxima al obligacionista (acreedor) a la posición de socio (accionista), atribuyéndole el derecho de convertir sus obligaciones en acciones y también el derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones que pueda emitir la sociedad⁵³⁴.” Se trata, siguiendo a dichos autores, de un sistema de financiación recurriendo al mercado de capitales o de ahorro. La emisión de obligaciones se hará constar en escritura pública.

De conformidad a los artículos 401 y 402 de la LSC la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones podrán emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda; La sociedad de responsabilidad limitada no podrá acordar ni garantizar la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones. La sociedad podrá emitir obligaciones convertibles⁵³⁵ en acciones, siempre que la junta general determine las bases y las modalidades de la conversión y acuerde aumentar el capital en la cuantía necesaria. De igual forma debemos tomar en consideración que la junta general no podrá acordar la reducción de capital mediante restitución de sus aportaciones a los accionistas o condonación de los dividendos pasivos, en tanto existan obligaciones convertibles, a no ser que, con carácter previo y suficientes garantías, se ofrezca a los obligacionistas la posibilidad de realizar la conversión⁵³⁶. Conforme al artículo 429 LSC si la

⁵³² Se trata de una medida protectora de los fondos propios: GARCÍA VILLAVERDE, R., «Créditos participativos», RdS, cit., pp. 16 y 17

⁵³³ Se asemejan a las mismas obligaciones con derecho de suscripción de acciones (obligaciones con «warrant»).

⁵³⁴ *Curso de Derecho Privado*. BELTRÁN E, ORDUÑA FJ Y CAMPUZANO AB, (Dres.) Tirant 2011. Pg. 434.

⁵³⁵ Si dan derecho a obtener acciones viejas de la compañía se denominan “canjeables”, pero si se pueden transformar en acciones de nueva emisión, se habla de bonos “convertibles”.

⁵³⁶ Conforme a Vicent Chuliá, *Derecho Mercantil*, Volumen II. Tirant, pg. 1414: “En protección del obligacionista, se incorpora a la Ley la habitual “cláusula antidilución”: en tanto exista

emisión se hubiera garantizado con hipoteca o con prenda y la sociedad hubiera demorado el pago de intereses por más de seis meses, el comisario, previo acuerdo de la asamblea general de obligacionistas, podrá ejecutar los bienes que constituyan la garantía para hacer pago del principal con los intereses vencidos.

b) Préstamos subordinados.

Tal y como afirma algún autor⁵³⁷ “[l]a financiación subordinada permite a las sociedades engrosar, para ciertos efectos, sus fondos propios al postergar el rango crediticio de la financiación respecto del pasivo social no subordinado. De este modo, el acreedor subordinado incrementa su cuota de riesgo reforzando su vínculo al proyecto empresarial. En un análisis económico, la financiación subordinada presenta naturaleza híbrida entre los recursos propios y ajenos”. Se ha señalado⁵³⁸ que el origen de esa subordinación, cuando es convencional, se debe a la *Partnership Act inglesa (1890)* aunque también fue recogida rápidamente por la normativa americana (*subordination agreement*) y alemana (*Gesellschafter Darlehen*). En su práctica se ha visto⁵³⁹ cierta derivación hacia el fraude en tanto afectación que puede conllevar un cambio de circunstancias bilaterales que puedan determinar intereses particulares frente a generales.

La figura recogida en la norma concursal no se refiere a cualquier pacto de subordinación sino que se delimita en lo que parece ser – entrecomillado- una opción (obligaciones convertibles o préstamos subordinados). Sin embargo y de la lectura integral del precepto no parecen supuestos de opciones alternativas y excluyentes sino posibilidades de un conjunto de medidas a adoptar. Se trata entonces de “préstamos” y con tal naturaleza, a los que voluntariamente se les dará ese efecto subordinado y que conllevarán el arrastre, en tanto se consigan las mayorías previstas en la norma, a acreedores disidentes o no firmantes. Quiere esto decir que la subordinación aceptada parte de la necesaria consideración del producto (y no otro) de tal forma que solo cabrá la misma en tanto a préstamo. No obstante – y nuevamente- la lectura del precepto nos lleva a ampliar esa posibilidad (si es que es así) partiendo de que se recoge que los acuerdos también podrán consistir en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Por lo tanto la norma se configura como enunciativa y no como limitativa, en

derecho a conversión, si se aumenta el capital con cargo a reservas o se reduce el capital por pérdidas, deberá modificarse la relación de cambio de las obligaciones por acciones, en proporción a la cuantía del aumento o de la reducción, de forma que afecte de igual manera a los accionistas y a los obligacionistas.”

⁵³⁷ ALEMANY EGUIDAZU J, <<Subordinación contractual y subordinación concursal>> La Ley AÑO XXV. Número 6004. Lunes, 26 de abril de 2004.-

⁵³⁸ GÓMEZ-JORDANA, «Financiaciones subordinadas en Derecho español», RDBB, núm. 42, 1991, cit., pgs. 386-387.

⁵³⁹ OLIVENCIA RUIZ, en «Introducción al estudio de las garantías mobiliarias en el Derecho mercantil», en NIETO CAROL y MUÑOZ CERVERA (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil, II.1*, Madrid, 1996, pgs. 53-54. También crítico por los efectos perturbadores que provocan en el sistema de tutela del crédito, GARRIDO, op. cit., pgs. 505 y ss., 116-118 y en pg. 121, pues altera la regla de cierre del sistema que es la regla de proporcionalidad.

sentido amplio. La cuestión es trascendental puesto que la delimitación de la subordinación a los supuestos de préstamos (y no otros productos) o su ampliación a cualquier otro supuesto (siempre que se trate de instrumento financiero) amplía o restringe un abanico importante de posibilidades en relación a los mismos. Siguiendo a ese mismo autor⁵⁴⁰ en la distinción de esos supuestos de subordinación y en la posible concepción amplia de la norma podríamos distinguir:

1º. Una primera subordinación referida al objeto y por tanto en referencia a los créditos mismos o a los propios bienes. Si bien el efecto esencial es la subordinación del acreedor lo evidente en nuestra redacción es que la norma se refiere a conversión de deuda y por lo tanto limitada solo a esta.

2º. La conversión en dichos productos parte de una deuda existente que es la que forma parte el ámbito objetivo. Por tanto no se refiere a deuda futura (salvo que se entienda como deuda pendiente de ser exigible) o a deuda sobrevenida.

3º. No se recoge tampoco la determinación temporal de la subordinación en el universo al que debe ser aplicable. Por la redacción de la norma la conversión de la deuda en dichos productos subordinados parte de otra que tendrá prioridad pero que existe. Si esa subordinación incluye también ese efecto respecto de otros créditos nacidos posteriormente no está excluido. La expresa referencia a préstamo y su efecto subordinado permite ver la posibilidad de subordinación en cualquier supuesto y por tanto la posibilidad de subordinación continuada o flotante.

4º. La referencia generalizada a conversión de deuda nos permite hablar de principal, intereses y otros. Solo cuando se refiere a las quitas la norma distingue (ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada) y se ha limitado a la genérica expresión, conversión de deuda, en otros supuestos. Quizás porque lo que se produce en relación a ello es también una novación en el producto o servicio prestado de tal forma que tanto torna este como todo lo que accesoriamente le sigue.

5º. Tampoco se recoge la posibilidad o no de una garantía⁵⁴¹ en relación a dicha subordinación a los efectos de la posibilidad de ejecución en la forma y como excepción que recoge la norma en caso de incumplimiento.

c) Préstamos con intereses capitalizables y otros instrumentos financieros de rango, vencimiento o características distintas a la deuda original.

La redacción de la norma permite que se utilicen diferentes instrumentos financieros a partir de la definición de conversión de deuda en estos instrumentos. No se trata de la sustitución (o dación o cesión) de instrumentos que pueda poseer la sociedad sino de su conversión en instrumentos de financiación para la misma (capital, monetario, divisas o derivado). Por lo tanto – sin carácter limitativo- podrá (en la medida en que la normativa lo permita) utilizar supuestos como bonos canjeables o convertibles, pagarés de empresa,

⁵⁴⁰ ALEMANY EGUIDAZU << Subordina...>> op. Cit.

⁵⁴¹ GÓMEZ-JORDANA, op.cit., pgs. 407-410.

participaciones preferentes, swaps, o cualquier otro que determine el efecto pretendido de financiación y conversión.

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

Debemos partir al respecto de las exclusiones de la citada adicional cuarta: “*Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público*”. Pero también de la posibilidad de que voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Por lo tanto la cesión de bienes o derechos en pago o para pago prevista en el acuerdo permite partir de acuerdos en los que se prevean estas posibles daciones en pago respecto de los que sí pueden adherirse estableciendo a tal efecto un plazo de adhesiones que la norma no contempla y que tendrá como límite el que sea del propio acuerdo.

La norma lo prevé con carácter imperativo en función de las mayorías exigidas para la denominada propuesta “b” que se compatibiliza con otras medidas que podrán conjugarse paralela o alternativamente.

Los acreedores que suscriben el citado acuerdo podrán determinar ese pago en función del acuerdo concreto y el arrastre se producirá, nuevamente con las mayorías exigidas, a acreedores que no lo hayan suscrito o que se hayan opuesto al mismo por los créditos que no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real y por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, respectivamente.

Conviene inicialmente partir de la citada figura entendiendo⁵⁴² que el cumplimiento de las obligaciones obedece, sin carácter absoluto⁵⁴³, a la regla “*aliud por alio invito creditori solvi non potest*”⁵⁴⁴. Pero que ya en el Fuero Nuevo se recogían dos excepciones: (1) Por un lado el pago parcial de cantidad y la dación en pago necesaria (ley 493, párr. 2º, inciso segundo y tercero). (2) Por otro la “*datio in solutum necessaria*”, que otorga al deudor el poder para instar el amparo judicial a fin de que se imponga al acreedor la aceptación de un objeto distinto en pago de crédito de cantidad.

Se ha señalado⁵⁴⁵, citando los conceptos dados por la jurisprudencia⁵⁴⁶, que “*la dación en pago se configura como un acto, contrato, negocio jurídico o*

⁵⁴² EGUSQUIZA BALMASEDA MA, << Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo.>> *Revista Jurídica de Navarra*. Enero-Junio 2011. Nº 51. Páginas 37-87

⁵⁴³ Partimos no obstante de la obligación de igualdad entre el objeto y el cumplimiento de las obligaciones (vid. HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, pp. 331 y ss.) pero también que el mismo no es tan absoluto en tanto se ha de compensar el *vinculum voluntatis y equitatis* (CRISTOBAL MONTÉS, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 88-89).

⁵⁴⁴ Fuero Nuevo. ley 493, párr. 2º inciso primero.

⁵⁴⁵ ROMERO FLOR LM, <<La dación en pago, un mal menor. Tratamiento fiscal de la dación en pago>> *Revista CESCO de Derecho de Consumo* Nº 4/2012.

⁵⁴⁶ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero y 4 y 15 de diciembre de 1989; STS 29 de abril de 1991; STS 19 de octubre de 1992; STS 27 de febrero de 1993; STS 28 de junio y 14 de julio de 1997; STS 30 de noviembre de 2000; así como la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 25 de febrero de 2006.

acuerdo similar a la compraventa, en virtud del cual, y al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes, una persona determinada (deudor) entrega la plena propiedad de un bien concreto de su patrimonio a otra persona determinada (acreedor), quien a su vez aceptará una prestación diferente a la originariamente pactada, quedando de esta manera extinguida la obligación de satisfacer el pago del débito o crédito pendiente, el cual adquiere la condición de precio del bien que se entrega, como si se tratara de un ídem corpus.” En este sentido se pronuncia la doctrina cuando define la dación en pago, en sentido amplio, como “todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido”⁵⁴⁷.

Y sobre la base de la distinción entre dación y cesión se recogen los siguientes:

- Mientras que la dación transmite la titularidad del bien entregado al acreedor, la cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un poder de carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe.
- El Tribunal Supremo⁵⁴⁸ ha señalado que la dación en pago, *datio in solutum*, es una forma especial de pago, llamada también forma subrogada del cumplimiento y consiste en el acuerdo, como negocio jurídico bilateral, de que se cumpla la obligación mediante una prestación distinta de la que era objeto de la misma. Da el concepto la sentencia de 23 de septiembre de 2002 en estos términos: “Esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (Sentencias de 19-10-1992, 26-6-1993, 2-12-1994, 8-2-1996 , entre otras).” La jurisprudencia ha sido reiterada al distinguir la dación en pago - *datio pro soluto*- del pago por cesión de bienes - *dato pro solvendo* -. Así, la sentencia de 28 de junio de 1997 , recogiendo otras muchas anteriores, dice: “ ha de recordarse la reiterada doctrina de esta Sala sobre las características diferenciadoras entre la “*datio pro soluto*” y la “*datio pro solvendo*”, recogida, entre otras, en sentencias de 14 de septiembre de 1987, 4 y 15 de diciembre de 1989, 29 abril de 1991 y 19 octubre de 1992, ampliamente expuesta en la de 13 de febrero de 1989 al decir que “la *datio pro soluto*, significación de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor trasmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que, según tiene declarado esta Sala en sentencia 7 de diciembre de 1983 , bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta,

⁵⁴⁷ Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Tomo II, Madrid, 1996, p. 555.

⁵⁴⁸ Por todas STS de 1 de octubre de 2009: STS 5939/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5939

ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la segunda, es decir, la *datio pro solvendo*, reveladora de adjudicación para el pago de las deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente". Sin embargo, hay que hacer y resaltar una salvedad: si bien se aplican por analogía normas de la compraventa, aunque es claro que no es un contrato de compraventa, ello no significa que deban aplicarse totalmente y sin excepción ni variación. Así, si un conjunto de prestaciones cuyo pago es debido, pero no plenamente identificadas, ni valoradas, forman el contenido de una obligación, el acreedor y el deudor, mediante acuerdo entre ambos, pueden aceptar una dación en pago en el sentido de que se haga el cumplimiento, como subrogado del pago, mediante ella, sin que pueda exigirse que conste un precio cierto, como exige el artículo 1445 del Código civil para la compraventa, pues las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad ex artículo 1255 pueden acordar esta forma especial del pago.

Se ha señalado que “[e]stas daciones en pago suponen también, en un sentido amplio, una operación de refinanciación para el deudor, en cuanto extinguen deuda (reducen pasivo), dando activos inmobiliarios sin liquidez alguna en los tiempos actuales.” Pero se afirma, sin embargo, que “ parece haber acuerdo en que estas daciones en pago no gozan de la protección de la disposición adicional 4ª-dada su literalidad- frente a posibles acciones rescisorias concursales⁵⁴⁹ si después se declarara el concurso, a diferencia de los acuerdos de refinanciación en sentido estricto que acabamos de examinar. Es decir, no gozan del escudo protector, ni siquiera tratándose de daciones en pago de deudas con garantía real.⁵⁵⁰”

No obstante y a la vista de lo que hemos señalado la distinción de figuras (dato y cesio) no aparece suficientemente clara en la redacción. De hecho la forma en que se redacta parte de una cesión global a acreedores indeterminados: “La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda⁵⁵¹”. Por lo tanto se plantean dos dudas esenciales:

1º. En primer lugar si la citada cesión lo es de bienes o derechos al objeto de ser realizados (encargo a tercero) para con su resultado pagar por completo o parcialmente determinadas deudas.

⁵⁴⁹ Vid a tal efecto GARCÍA-CRUCES JA, <<Dación en pago y reintegración concursal>> *Diario La Ley*, Nº 7492, 2010

⁵⁵⁰ SÁEZ-SANTURTÚN J. Conferencia. El Notario del siglo XXI. Septiembre-octubre de 2014 / Nº57.

⁵⁵¹ La nueva regulación resultante del artículo 236.1 c) en los AEP, tras la reforma del RDL 1/2015 y Ley 25/2015, lo recoge de la misma forma: “Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos”

2º. En segundo lugar si la referencia a esa satisfacción tanto *pro soluto* como *pro solvendo* incluye igualmente la dación en pago.

Si nos fijamos en la nueva redacción, a efectos de convenios, del artículo 100 de la LC⁵⁵², esta señala que “*sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue*”. Nos remite por tanto a una cesión en relación a un solo crédito nominalmente identificado. También se refiere a ello cuando se recoge que “*en ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos*”. Al objeto de señalar como ha de hacerse esta cesión (en convenio) se señala que “[S]i se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4.” Nos vamos entonces a dicho precepto y se vuelve a reproducir la expresión pero esta vez en referencia a los créditos privilegiados partiendo de que estos se determinan en concreto (cada uno) y que el crédito quedará extinguido o la parte no extinguida reconocido en el concurso. En estos casos señala que la cesión en pago o para el pago se hará al acreedor privilegiado o a la persona que él designe. Por lo tanto individualiza la cesión y configura la dación como instrumento operativo.

Admitida entonces y partiendo de que existe una valoración (valor razonable) de los concretos bienes y de la concreta garantía (en función de un concreto porcentaje) la problemática que genera esta dación en pago es importante:

1º. Por un lado el mismo hecho de que se pueda otorgar en cesión en pago o para pago una parte indivisa de un concreto bien o derecho que genera comunidad entre varios acreedores. Es evidente que la medida no puede ser paritaria (salvo los valores) en atención a los bienes que se puedan adjudicar. De otra forma dicho, ese pago se hace con diferentes bienes y derechos a quienes suscriben o arrastran y por lo tanto la opción que la norma recoge lo es exclusivamente de valoración y no de oportunidad u otros criterios. La propia norma prevé esa valoración cuando se trata de garantía constituida en proindiviso a favor de dos o más acreedores; en este caso el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total de la garantía la proporción que en la misma corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso, sin perjuicio de las normas que, en su caso, resulten de aplicación a los sindicatos.

2º. En relación a lo anterior que se pueda otorgar en pago o para pago un bien gravado a un porcentaje concreto inferior al valor del mismo por el exceso de este y por tanto con una carga anexa y preferente. Evidentemente desde un plan de viabilidad que contempla el cumplimiento (no siempre probable) de dicho acuerdo.

3º. En relación a las anteriores si es posible realizar esa cesión sin contar con la aquiescencia del acreedor privilegiado en función de esos porcentajes.

⁵⁵² Con la normativa anterior el Juzgado de lo Mercantil Número Siete de Madrid, Auto de 23-7-2008, número de Autos 209/2006) la admitía en convenio siempre que la aceptara el deudor; Otras resoluciones entendían aplicable la misma en tanto no supusieran una forma encubierta de liquidación global y en la forma en que se recogiera en convenio: (SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 20-1-2010, número 30/2010, recurso 733/2009), SAP de Orense, Sección 1ª, de 14-1-2011, (EDJ 2011/200518, y SAP de Asturias, Sección 5ª, de 13-3-2007, EDJ 2007/102875).-

4º. En relación a lo anterior y tomando en consideración el apartado diez de la citada adicional (En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación) si ello se puede extender también a la cancelación de garantías, por el citado acuerdo y con el citado acuerdo, para una nueva distribución todos ellos. Y en su defecto si esto es posible pactarlo (lo que es evidente que sí) pero con efecto arrastre.

5º. En quinto lugar si la cesión de bienes o derechos se limita exclusivamente a ello o será posible entenderlo en sentido amplio incluyendo unidades productivas u otros elementos complejos.

Todo lo anterior no tiene respuesta en la norma pero tampoco exclusión. El único límite es la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

En estos supuestos de cesión en pago⁵⁵³ o para pago (al menos en lo pagado) no sería operativa la referencia prevista sobre que los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo pero resultasen afectados por la homologación mantendrían 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 aquéllos.

La reciente reforma de la Ley de Sociedades de Capital⁵⁵⁴ ha introducido un nuevo elemento distorsionador del sistema de cesión o dación (o transmisión de cualquier forma) al recoger en su artículo 160 f) como competencia de la Junta “[L]a adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.” No es tanto una cuestión de decisión sino de naturaleza del bien objeto de cesión. Y tampoco lo es en relación a la misma (dado que con la aprobación de la propia Junta quedaría con ello por un lado solventado el problema) sino en la impugnación que pudiera derivarse tanto del acuerdo societario que no se toma (cuando supere dicho porcentaje o se considere esencial) como, en su caso, del acuerdo de homologación y las posibles incidencias que al respecto pudiera tener el primero en el segundo⁵⁵⁵.

2.4.6. Operaciones de descentralización de activos y pasivos al objeto de garantizar la refinanciación. Art. 56 LC.

⁵⁵³ Al respecto véase SASTRE PAPIOL S, *La dación en pago: su incidencia en los convenios concursales*. Bosch, 1990.

⁵⁵⁴ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. «BOE» núm. 293, de 4 de diciembre de 2014»>

⁵⁵⁵ A tal efecto puede verse la Resolución de 27 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Cieza n.º 3 a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo (BOE de 30 de septiembre de 2015) en donde trata el tema de los bienes esenciales y su concepto jurídico indeterminado. A tal efecto recoge lo siguiente: “*Dado que el carácter esencial del activo constituye un concepto jurídico indeterminado, deben descartarse interpretaciones de la norma incompatibles no solo con su «ratio legis» sino con la imprescindible agilidad del tráfico jurídico*”.

Uno de los posibles acuerdos no incluidos en el marco de la adicional cuarta pero que puede resultar de los mismos es el previsto en el citado precepto. Se trata de operaciones de descentralización de activos y pasivos que se localizan en una sociedad cien por cien participada por la sociedad en crisis y que refinancia al objeto de proteger dicho patrimonio de otras posibles deudas. En tal caso incluso la posibilidad de descentralizar bienes y derechos que conllevan garantías respecto de deuda que se otorga a la sociedad.

La reforma que se produce del artículo 56 LC (por tanto ya en sede concursal) recoge que ,en particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo. Por lo tanto partimos de supuestos en los que existe una presunción a efectos de ejecución separada antes de transcurrido el plazo previsto en dicho precepto.

2.4.7. Otros posibles pactos protegidos.

Ya hemos señalado que la norma parte de un primer contenido existente y pactado entre los que suscriben el acuerdo y el deudor y un segundo producido por efecto de la homologación a quienes no han participado o no quieren participar en el mismo. Las posibilidades del primero son (además de las que veremos respecto de los que se adhieren) importantes y abiertas dentro de la limitación que se circunscribe a la viabilidad. En relación a esta señalaba la redacción del artículo 93.2.2º LC que *“salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la Disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad”*. Esa referencia ha sido modificada por el RDL 1/2015 recogiendo en el citado apartado lo siguiente: *“Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición”*. Se refiere entonces a otras obligaciones asumidas por el deudor en relación al cumplimiento del plan de viabilidad lo que puede conllevar (dado que el mismo se sitúa en relación a su consideración o no de administradores de hecho)

posibilidades de *convenants*⁵⁵⁶ o *cláusulas de salvaguarda* que afectarán al funcionamiento de la empresa tanto en relación a sus deudas como en relación a los posteriores compromisos o endeudamientos que pudieran derivarse del mismo. Se trata de una limitación que no es desconocida en nuestro derecho concursal a los efectos del convenio con los acreedores. El artículo 137 LC establece al respecto que podrán recogerse medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor. Su infracción constituirá incumplimiento del convenio y podrán inscribirse en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite. En el marco de dichos acuerdos algunos, a modo de ejemplo, que podrían adoptarse son: 1.- Prohibición de otorgar nuevas garantías o “*negative ledge*” sobre activos (o determinados activos) de la empresa. 2.- Limitación de la enajenación de activos o permitir únicamente la venta de algunos de ellos. 3.- La prohibición o limitación de inversiones que pongan en peligro el cobro de sus deudas. 4.- Operaciones societarias que puedan perjudicar o contaminar activos esenciales para el repago de la deuda. 5.- Limitación o prohibición en el reparto de dividendos. 6.- Afectación del orden de pago de deuda.

2.5. Amplitud de contenidos del acuerdo.

Ya hemos señalado con anterioridad que los acuerdos de refinanciación pueden distinguir tres partes (con las delimitaciones y limitaciones que hemos visto para los supuestos anteriores) bien diferenciadas:

1º. Por un lado acuerdos entre el deudor y los acreedores de pasivos financieros. Estos se delimitan de forma amplia puesto que el objetivo es ganar solvencia y evitar precisamente la situación opuesta. Aquí nos encontramos con acuerdos tipificados en la adicional y otros (cualesquiera otros) que pudieran coadyuvar a ello y que no necesariamente deben ser los que se recogen en la misma. Aquí se podrán incluir otros pactos destinados a garantizar el cumplimiento de dichos acuerdos.

2º. Aquellos que se extienden por efecto arrastre a determinados acreedores respecto de sus garantías reales. En tales casos los pactos son delimitados en la norma y se estructuran tal y como lo hemos desarrollado anteriormente.

3º. Aquellos otros que pudieran establecerse para su aplicación por adhesión (voluntaria y facultativa siempre) a otros acreedores no incluidos en el espectro de arrastre y vinculación que establece la norma. También aquí podrán establecerse pactos en garantía de su cumplimiento.

Algunos autores⁵⁵⁷ han considerado que el acuerdo de refinanciación es un negocio atípico y tan solo regula un régimen de protección frente al sistema de reintegración en caso de que el deudor sea finalmente declarado en situación

⁵⁵⁶ CLIFFORD W. SMITH, JR AND JEROLD B. WARNER , *On financial Contracting: An Analysis of Bond Covenants*. *Journal of Financial Economics* 7 (1979) pgs.117- 161. <http://www.simon.rochester.edu/fac/warner/jerry%20papers/jfe-june%2079.pdf>. Último acceso 11/10/2015.

⁵⁵⁷ En este sentido los Capítulos V y VI de GARCÍA CRUCES JA (Dr.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*. Bosch 2013.

legal de insolvencia⁵⁵⁸. Y ello permitiría hablar de negocios amparados y no amparados por el escudo protector de la citada adicional. Se citan como supuestos no amparados los *debt-to asset* o los *debt to-equity swaps* que ahora si vienen recogidos.

Desde nuestro punto de vista los acuerdos protegidos se estructuran en relación al objetivo principal que es prevenir y/o remover la situación de insolvencia y por ello la distinción en protección parte de los criterios que antes hemos señalado. De esta forma cualquier pacto directa o indirectamente relacionado con dicho objetivo, dentro de cada grupo que hemos distinguido, estaría protegido por dicho acuerdo. Y ello con una salvedad como es aquello, todo aquello, que el propio legislador haya querido modular de alguna forma específica.

En relación a esto último nos podríamos referir a supuestos de cláusulas de vencimiento anticipado, posibilidad de ejecución al margen de la declaración de incumplimiento o un régimen sustitutivo de cualquiera de estos. En tal caso entendemos que el legislador (con o sin acierto) ha previsto la forma en la que dicho acuerdo va a funcionar y por lo tanto la posibilidad de desactivarlo solo podrá hacerse desde la legalidad establecida.

3. Gastos derivados de dichas operaciones.

La referencia a gastos derivados de dichas operaciones conlleva también atender a la fiscalidad y otros que pudieran devenir en cumplimiento del acuerdo tanto por parte del deudor como en aquello a que pudieran estar obligados los acreedores. Y en este último caso distinguiendo los acuerdos originales (es decir aquellos a los que han llegado un porcentaje determinado de suscribientes con el deudor) y los que se deriven del efecto arrastre o de adhesión.

La distinción que hemos realizado parte igualmente de considerar dos grupos concretos:

- a) Por un lado los que suscriben el acuerdo y los que se adhieren. En estos dos supuestos se trata de pactos privados que conllevarán en su caso un acuerdo de refinanciación privado y por tanto no derivados de la posterior homologación que finalmente protege frente a un concurso de acreedores o arrastra a otros. Será lo dispuesto y pactado por las partes, al que se someten los que se adhieren, lo que determinará la asunción de gastos en cualquier caso. La normativa fiscal, en su defecto, será la aplicable en cualquier caso por imperativo legal.
- b) Por otro los gastos derivados de operaciones que pudieran afectar a los acreedores arrastrados. Pensemos por ejemplo en la necesidad de novación surgida de dichos acuerdos o de dación en pago de un determinado bien. En estos casos existe una voluntad disidente. Pero el acuerdo podría haber fijado que dichos gastos fueran asumidos por los acreedores. La cuestión es más compleja cuando el efecto es impuesto legalmente y es la resolución judicial la que debe determinar el efecto arrastre en su resolución (apartado sexto). La posibilidad de oponerse a

⁵⁵⁸ ARÁ TRIADU C, << El contenido del acuerdo (I)>>. En AAVV García Cruces (Dr.) *Los acuerdos de refinanc...* op. Cit. pg. 133.

ello será, como veremos, con la impugnación del acuerdo por la vía del carácter desproporcionado del sacrificio exigido. El refranero español tiene varias referencias a estos supuestos en tanto no solo se arrastra obligatoriamente, aún a pesar de la oposición, como en tanto se obliga al arrastrado a soportar los gastos de la operación. Cuando la norma concursal ha querido hacer referencia a ello lo ha hecho (como en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos) asumiendo el deudor el coste de las citadas operaciones. El artículo 231.2. c) LC señala que el deudor deberá acreditar que dispone de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo. Nada impediría que los acreedores originales fijaran nuevos ingresos de tesorería (a los efectos de su calificación como créditos contra la masa en un posterior concurso) pero sin duda alguna no extensibles a los acuerdos de arrastre. Cuando la norma se refiere a ello lo hace en el apartado once de la adicional señalando que de no realizarse las operaciones por el deudor podrá instarse el incumplimiento. Entendemos que el acuerdo original podrá afectar a los acreedores arrastrados tan solo en lo que la norma recoge como efecto arrastre pero no en la operación que pueda conllevar a tal efecto la materialización de dicho cumplimiento. Y ello salvo los supuestos de ejecución forzosa en donde el ejecutado deberá soportar los gastos y costas del proceso.

En definitiva lo que se lleva a efecto es el mismo acuerdo y en este solo aparecen como firmantes el deudor y los acreedores originales (también los adheridos en su caso) pero no los arrastrados que podrán ser obligados en virtud del efecto arrastre que ha de declarar el juzgador. Y por ello ese efecto arrastre se modula desde la norma legal (adicional cuarta) en referencia exclusiva a lo que la misma recoge.

4. Mayorías.

4.1. Base del cómputo de esas mayorías: acreedores de pasivos financieros.

El primer problema que se plantea respecto de las mayorías es la determinación de la base sobre las que deben computarse. Se trata, como hemos señalado, de acreedores de pasivos financieros. Pero la norma establece determinadas excepciones que hemos de delimitar:

- a) Por un lado que no se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en esta Disposición, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta Disposición adicional.
- b) Por otro que quedan excluidos de tal concepto (acreedores de pasivos financieros) los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.

- c) En tercer lugar que a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, se entenderá, en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.
- d) En cuarto lugar que voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta Disposición.
- e) Derivada de la reforma operada con el RDL 11/2014 se modifica la Ley 9/2012 y se recoge que los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, aun cuando la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria tuviera la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor conforme al apartado 2 del artículo 93 de la Ley Concursal. Con la nueva norma (Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras) esta referencia ha desaparecido.
- f) De igual forma y como ya hemos introducido al estudiar el ámbito subjetivo de la disposición adicional las conclusiones de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid han introducido, por no estar excepcionados, los acreedores que entren dentro del ámbito del RD 5/2005 respecto de acuerdos marco de compensación o de garantías financieras. En tal sentido señalan que dichos acreedores se comprenden en este ámbito pero que no les afectará el arrastre que pudiera haberse acordado respecto de sus garantías.

La constante referencia a cómputo de mayorías (ahora afectada como veremos) nos hace plantearnos igualmente si ello ha de ser igualmente delimitado a efectos del conjunto de créditos que deben ser tomados en cuenta o no para los citados acuerdos. De otra forma dicho, si la exclusión de dichos créditos lo son tanto para el conjunto de créditos sobre los que finalmente se van a computar esas mayorías o, en defecto, si no tienen derecho de voto pero siguen situándose en la base de cómputo.

Al determinar las mayorías la norma señala que si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos un determinado porcentaje, según los casos, del pasivo financiero: “*acreedores que representen*”.

Por lo tanto podemos entender que la referencia que la norma realiza a esas mayorías podría entenderse de dos formas:

1º. O bien que computan para el global de pasivo financiero pero no tendrán derecho de suscripción y por tanto no computan como porcentaje.

2º. O que son excluidos globalmente. Y ello sin perjuicio de que los vinculados podrán ser afectados y los laborales o los comerciales podrán adherirse.

Estos últimos, junto a los públicos no computarán como pasivos financieros por estar expresamente excluidos de dicha naturaleza crediticia según la norma⁵⁵⁹. También quedarán excluidos los créditos públicos que tuvieren esta naturaleza. En relación a los vinculados el artículo 93.2 LC al que se remite recoge diferentes supuestos. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

1.º Los socios y, cuando éstos sean personas naturales, las personas especialmente relacionadas con ellos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera.

2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.

3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado.

La situación nos llevaría al absurdo si partiéramos de, por ejemplo, una empresa con un 25% de créditos incluidos en el ámbito de pasivos financieros y un 75% también incluidos pero pertenecientes a dicha categoría (es decir a acreedores especialmente relacionados). En tal caso resultaría imposible el citado acuerdo dado que computan en la base pero no en la posibilidad de suscripción. Ello reduciría los supuestos a aquellos casos en los que los

⁵⁵⁹ En el mismo sentido la Consulta 1 del ICAC, BOICAC N° 102/2015 viene a señalar que *“[e]n consecuencia, esta categoría debe incluir a los acreedores como las entidades de crédito, con independencia del instrumento con el que se haya formalizado la financiación y en su caso de las garantías exigidas, así como otras personas, entidades o intermediarios ya sean sometidos o no a supervisión financiera y que hayan financiado a la empresa mediante los mercados de capitales (bonos, pagarés, etcétera) o de forma bilateral o multilateral (préstamos sindicados, etcétera). La categoría de pasivos financieros excluye, por lo tanto, a los acreedores laborales, a los acreedores de derecho público, a los acreedores por operaciones comerciales, así como a otros acreedores cuya financiación otorgada no responda a los criterios anteriores previstos para los acreedores financieros.”*

créditos afectados por dicha limitación fueran iguales o inferiores al 49% del total (dado que se requiere un 51%) y en estos casos el porcentaje conllevaría, desde ahí, unanimidad bajando este requerimiento de mayorías en función de dicha participación.

Lo cierto es que el legislador no ha utilizado los términos de “quórum” o “mayorías” con rigor en el momento de la regulación de los posibles acuerdos. En el supuesto de convenios (en donde se exige quórum cuando se celebra Junta de acreedores) la exposición de motivos de la reforma RDL 11/2014 recoge indiferentemente unos y otros términos: *“En segundo lugar, otra modificación relevante en materia de convenios concursales es la ampliación del quórum de la junta de acreedores, atribuyendo derecho de voto a algunos acreedores que hasta ahora no lo tenían. Si las medidas adoptadas en materia de valoración de garantías deben conducir ya de por sí a la ampliación de dicho quórum, también deberán hacerlo las medidas que reconocen derecho de voto en general a los acreedores que hubiesen adquirido sus derechos de crédito con posterioridad a la declaración de concurso (exceptuando siempre a los que tengan una vinculación especial con el deudor). Hasta ahora sólo se les reconocía derecho de voto cuando la adquisición hubiese sido a título universal, como consecuencia de una realización forzosa, o (a partir de 2012) cuando se tratase de entidades financieras sujetas a supervisión”*. El artículo 83 de la Ley de sociedades de capital puede ser aplicable por analogía a efectos de descontar también esos pasivos. En el mismo se recoge el descuento de las participaciones de los socios que estén privados de derecho de voto por mora en el pago de los dividendos. El 116.4 LC (La junta se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso) parece computar todo el pasivo ordinario y en definitiva la venta que pudiera producirse con la vieja redacción del artículo 122 LC no supone la exclusión del pasivo sino del derecho de voto. La reforma pretendida a partir de la enmienda número 8 en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 modifica el contenido de la redacción que quedaría de la siguiente forma : *“4. La junta se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso o, en su defecto, cuando concurren acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio excluidos los acreedores subordinados.»”*. Con ello, por lo tanto, un argumento a favor de la restricción en caso de no ser afectada⁵⁶⁰. El 118.1 LC se ha interpretado como la necesidad de una lista de acreedores que debe confeccionar la administración concursal para la Junta a partir de como haya quedado después del informe definitivo (119), teniendo en cuenta que algo puede haber cambiado por rescisorias, daciones, condonaciones, etc. Solo esos acreedores tienen derecho de asistencia. Es decir los de la lista que se hace posteriormente. Si nos vamos al apartado tercero de dicho precepto (*“Los acreedores firmantes de algunas de las propuestas y los adheridos en tiempo y forma a cualquiera*

⁵⁶⁰ En este caso se refiere a la mitad del pasivo que pudiera resultar afectado por el convenio y excluyendo los acreedores subordinados. Consecuencia de la nueva redacción de los artículos 124.1 y 134 de la LC la cuestión se centrará, con mayor incertidumbre, en el concepto de “afectado” por su referencia a afectado directo o indirecto (por arrastre) y a la necesidad de convocar a la junta a dichos acreedores. De igual forma la coordinación entre las mayorías exigidas y el quorum se contradice en si mismas con la afirmación destacada.

de ellas que no asistan a la junta se tendrán por presentes a efectos del quórum de constitución”) parece que el quórum de constitución toma en cuenta variantes al sistema de asistencia. Algunos no asisten pero se entienden que asisten. Esto todavía no afecta a la base sino al porcentaje (50%) sobre la misma pero supone un porcentaje ficticio puesto que no están. Pero si utilizamos el artículo 124.1º LC (Para que se considere aceptada por la junta una propuesta de convenio será necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso), la situación quedaría de la siguiente forma: Si exigimos el cómputo del pasivo ordinario para quórum conforme a la lista (incluidos los que están privados del derecho de voto) la exigencia de mayoría de votos (50%) nos llevaría a considerar que si un acreedor vende en esos términos (antiguo 122) lo que hace es castigar el posible acuerdo puesto que exige del deudor que otros acreedores refuercen esa mayoría exigida para aprobarlo. Esto podría dar lugar a maquinaciones fraudulentas.

Pensemos en un convenio anticipado (110.2). En este precepto se señala lo siguiente: “*Los acreedores adheridos a la propuesta anticipada se tendrán por presentes en la junta a efectos de quórum y sus adhesiones se contarán como votos a favor para el cómputo del resultado de la votación*”. Imaginemos que le privamos del derecho de voto por venta posterior conforme a la normativa anterior. En este caso resultaría que se entienden – al no haber norma que lo excluya- que por haberse adherido antes constituyen cómputo para la junta si después son vendidos (es decir entre la adhesión – la no aprobación y la junta). Y ello aunque la norma recoge que se contarán a efectos de cómputo y como votos a favor. Sin embargo se les priva posteriormente del derecho de voto y debemos considerar que ya no lo tienen. ¿Seguirán teniéndose por presentes a efectos de quórum? En el mismo sentido 188.3: “*Los acreedores firmantes de algunas de las propuestas y los adheridos en tiempo y forma a cualquiera de ellas que no asistan a la junta se tendrán por presentes a efectos del quórum de constitución.*” ¿Bastaría entonces que ese acreedor que no tiene voto firmara la propuesta para ser computado en el quórum? De otra forma: ¿Se le priva el derecho de voto pero no a los efectos de formar quórum y por tanto se le mantiene (con las mismas mayorías del 50% en su caso) con cierto poder de decisión en materia de aprobación del convenio cuando la norma sanciona el derecho de voto?

El voto es por tanto un derecho, en el convenio, del acreedor en tanto tal. Si se le priva del derecho de voto sigue siendo acreedor pero la norma no quiere que vincule el posible acuerdo precisamente por ser un acreedor devenido con posterioridad y con ello evitar el mercado de votos en el que creía ver fraude o posible fraude. Vayamos nuevamente al 118.2. 3º: El apoderamiento deberá conferirse por comparecencia ante el secretario del juzgado o mediante escritura pública y se entenderá que las facultades representativas para asistir a la junta comprenden las de intervenir en ella y votar cualquier clase de convenio. Conforme a este precepto: ¿El acreedor ordinario sin derecho a voto que se hiciera representar en la junta debe hacerlo tanto para intervenir en ella como para votar en ella? Pero ese apoderamiento no puede hacerse para votar porque no le es permitido. De esta forma se obliga a que asista personalmente o interpretamos que también cabe simplemente representación para formar quórum. Por último 111.2 y 115.3 LC: Convocatoria de la Junta:

- El auto ordenará convocar junta de acreedores de acuerdo con lo establecido en el artículo 23. En la notificación de la convocatoria se expresará

a los acreedores que podrán adherirse a la propuesta de convenio en los términos del artículo 115.3.

- Desde que, conforme a lo establecido en el apartado anterior, quede de manifiesto en la Oficina judicial el correspondiente escrito de evaluación y hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a la junta, se admitirán adhesiones de acreedores a la propuesta de convenio con los requisitos y en la forma establecidos en esta Ley. Salvo en el caso previsto en el apartado 2 del artículo 110, las adhesiones serán irrevocables, pero no vincularán el sentido del voto de quienes las hubieren formulado y asistan a la junta.

Parece entonces que la lista de asistentes se configura también como aquellos que tienen derecho de voto aunque no se excluyan en el 122 (anterior redacción). Sin embargo el 118.1 parece quedar limitado a esa lista que dice el 115.3. Y el 118.2 parece que excluye a algunos (en este caso los privados de derecho de voto). Por lo tanto la consecuencia puede ser también que la lista de asistentes es la que debe considerarse para el quórum y que el pasivo ordinario lo es en relación a esa lista de asistentes (del pasivo ordinario) de forma similar a como se hace sin quórum en convenios anticipados o de tramitación escrita. El agravio, si no es así, estaría servido.

La Sentencia de 11 de marzo de 2011 del Juzgado de lo Mercantil 1 de La Coruña y que resolvió las impugnaciones en el tema del Convenio de Martínsa-Fadesa se refiere a ello en cuanto a los créditos contingentes (sin cuantía propia pero con calificación) en relación a su derecho de oposición (128) argumentaba: “ Desde luego es difícilmente admisible que quien por Ley ha sido privado de la posibilidad de conformar, con el resto de los acreedores, la mayoría necesaria para aceptar o rechazar una propuesta de convenio, pueda sin embargo oponerse a la aprobación judicial del que la mayoría ha aceptado⁵⁶¹”. Esa sentencia cuestiona la legitimación de un contingente que entiende no se podrá dar en ninguno de los supuestos previstos como motivos de oposición (La oposición sólo podrá fundarse en la infracción de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, la constitución de la junta o su celebración). Por lo tanto asemeja la privación del derecho de adhesión o voto a los supuestos de constitución de la junta.

Cuando en la adicional cuarta se recoge la referencia a mayorías se refiere a “*efectos de cómputo de mayorías*”. Esa referencia nos lleva a considerar que no solo han de tomarse en consideración las mismas mayorías sino también el conjunto de créditos respecto de los cuales se ha de computar. De otra forma resultaría que los créditos sin posibilidad de suscripción conllevarían una penalización al conjunto de las mayorías restantes. En supuestos sindicados la norma recogía una primera referencia que ha sido modificada por la Ley 9/2015: “*A los efectos del cómputo de las mayorías necesarias*”; tras dicha reforma se recoge que “[E]n caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.” Por lo tanto modifica esa cuantificación inicial a efectos de mayorías y parece confirmar el

⁵⁶¹ Cita la resolución a MENENDEZ ESTEBÁNEZ FJ, *Oposición a la aprobación del convenio concursal*, Tirant, 2009, pago. 108;

criterio que mantenemos. En este caso la distinción entre pasivo y mayoría está clara, posibilitando por tanto la interpretación dada. La redacción dada tras la modificación no solo delimita el ámbito subjetivo de la norma (acreedores de pasivos financieros en lugar de entidades financieras) sino que también elimina otra referencia: “*en el momento de la adopción del acuerdo*”. Parece por tanto que esa referencia lo era al conjunto mientras que la nueva viene a ser posteriormente matizada. El artículo 71.6 LC, al que se remitía la misma recogía en su apartado primero (cuestión que también fue objeto de polémica) lo siguiente: “*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*”. Esa exclusión lo era del pasivo y la afectación era delimitada en cada una de las sociedades del grupo.

Lo anterior nos lleva, por tanto, a plantearnos el pasivo financiero que deberá computarse a los efectos de esas mayorías desde otras perspectivas. Así, en primer lugar, la consideración del pasivo referido en el primero de los apartados del 51%. Excluidos, en la citada interpretación, aquellos que no forman parte por no tener derecho de suscripción o por no quedar dentro del ámbito de la norma, deberían quedar incluidos el resto de los créditos que se incluyan en su ámbito. Se trata en definitiva de un acuerdo colectivo y por tanto sin delimitarlo a quienes firmen el citado acuerdo que, en su defecto, podrán acudir a la vía del 71 bis 2 LC.

Pero en relación a ello también otra cuestión llama poderosamente la atención en tanto a que la norma recoge, en relación a los supuestos del art. 93.2 LC que “*podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta Disposición adicional.*” Al utilizar el verbo “podrán” parece delimitar cierto comportamiento facultativo de quienes toman el acuerdo resultando por tanto que – excluidos del pasivo a efectos del cálculo de las mayorías- esas respectivas mayorías podrán o no decidir esa extensión a los acreedores titulares de dichos créditos. Dos cuestiones concretas se derivan de dicha referencia:

- Por un lado la extensión de esos acuerdos en origen o por arrastre. Dicho de otra forma: si la norma determina que podrán quedar afectados por la homologación, en referencia a la adicional cuarta, si eso se extiende a los acuerdos sujetos al 51% o exclusivamente a los sujetos a mayorías de arrastre. La colocación del citado apartado, a continuación del primer párrafo referido a los acuerdos básicos, parece querer delimitar una extensión completa también de los mismos. En definitiva no votan y su no participación o disidencia es ajena al acuerdo. Pero sí deberá recogerse expresamente esa afectación.
- En segundo lugar si esto es aplicable a los supuestos de créditos transmitidos a la SAREB que como ya hemos señalado tenía una norma especial recogida tras la reforma del RDL 11/2014⁵⁶². En tal caso la reforma producida recogía- una vez más- que los créditos transmitidos a

⁵⁶² Vid al respecto PULGAR EZQUERRA J, <<Sareb y paraconcursalidad normativa>>. *Diario La Ley*, Nº 8200, 27 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY

la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías (base y porcentajes) indicadas en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, aun cuando la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria tuviera la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor conforme al apartado 2 del artículo 93 de la Ley Concursal. Esto era interpretado de dos formas:

- O bien que son una excepción a la norma y por tanto se sujetan al mismo régimen como si no fueran personas relacionadas. En tal caso la referencia de “*a efectos de cómputo de mayorías*” ayuda poco a dicha interpretación.
- Por otro lado podríamos entender que también en estos supuestos (en donde la norma recoge que la SAREB puede tener la consideración de persona especialmente relacionada) la afectación es facultativa. En este caso si se decidiera que no estará afectada (bien porque se recoja de esta forma o porque expresamente no se le vincule) también ello conllevaría que no entraría dentro del cómputo base.

No parece que la segunda (aunque posible en interpretación) sea la intención del legislador que en cualquier caso recoge en la exposición de motivos que se pretende esencialmente evitar interpretaciones restrictivas⁵⁶³. Si bien esto es así y todavía tendremos que soportar esa realidad en algunos supuestos ya negociados lo cierto es que la nueva norma que sustituye a esa anterior ya no recoge este apartado. El artículo 29 de la misma ya no recoge esa transformación a cambio de una modificación de la calificación que se va a producir del crédito de dicha institución.

La cuestión de la afectación del crédito garantizado para supuestos comprendidos en el ámbito del RD 5/2005 también tendrá su incidencia en estos acuerdos tanto en referencia a los pasivos como en referencia a las garantías. Hemos señalado anteriormente que en relación a ello debemos considerar tres apartados importantes; por un lado su inclusión en el ámbito subjetivo de la norma (que ya hemos tratado); por otro en relación a la conformación de las mayorías para la adopción y arrastre que la misma exige y en tercer lugar en cuanto a los efectos. En relación a esas mayorías debemos partir de que la adicional primera del RDL 11/2014 recoge que los mismos “*tendrán la consideración de medidas de saneamiento*”; ello nos lleva al citado RD 5/2005 en donde se definen en el artículo 14 del mismo lo que conlleva que esos acuerdos de refinanciación deban ser incluidos en el ámbito del mismo aunque realmente el legislador haya vuelto a utilizar una técnica de referencia (en este caso de similitud⁵⁶⁴). Si partimos de ello la protección que se otorga lo

⁵⁶³ La disposición final segunda matiza, con el objeto de evitar interpretaciones restrictivas, que los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) se tendrán en consideración a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para adoptar los acuerdos regulados en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal

⁵⁶⁴ Hubiera sido más interesante modificar el citado apartado incluyendo entre los supuestos de saneamiento expresamente la homologación de estos acuerdos.

es en relación a la protección frente a la nulidad, la rescisión o a la limitación, restricción o afectación en cualquier forma por tres supuestos: la apertura de un procedimiento concursal, la liquidación administrativa y, conforme a lo señalado, los acuerdos de homologación; y podrán ejecutarse, inmediatamente, de forma separada, de acuerdo con lo pactado entre las partes y lo previsto en esta sección. Ello nos lleva a considerar que nada de ello impide que voluntariamente se puedan someter a dicho acuerdo y por tanto (de forma contraria a lo que señalan las conclusiones de Madrid) nada impide que puedan entrar en el ámbito de dichos acuerdos. Pero a nuestro entender lo que hace la norma es establecer un derecho de separación (de forma similar a como se recoge para algunos supuestos concursales) que motivará que se tenga en cuenta a los mismos siempre que se sometan pero no para el supuesto en que ejerciten dicho derecho. El problema se sitúa entonces en la extensión de dicho derecho de separación y en su operatividad respecto del efecto arrastre cuando no estén incluidos. En este último apartado las citadas conclusiones parten de dos premisas: 1º. Que no están expresamente excluidos como si lo están los subordinados. 2º. Que computan para las mayorías. En relación al primero es evidente que no están expresamente excluidos precisamente porque se reconoce ese derecho de separación optativo y facultativo y por lo tanto dependerá de esa opción para poder incluirlos o no. En relación al segundo de los apartados también debemos considerar que si es facultativo no es lógico entender que siempre estarán incluidos puesto que la naturaleza de ese mismo derecho de separación (similar a lo previsto para el convenio concursal) determinará el mismo dado que ningún perjuicio se causa a estos precisamente por haber optado por esa ejecución separada. Y de igual forma decíamos que el problema también se sitúa en la operatividad respecto del efecto arrastre cuando no estén incluidos. A tal respecto las conclusiones de Madrid señalan que serán computados para las mayorías y que les podrá afectar (el acuerdo homologado por otros) en cuanto al crédito garantizado pero no en cuanto a las garantías. A tal efecto con ello resultará que el acuerdo será en sí mismo modificado en cuanto al crédito; si tomamos en consideración el artículo quinto del citado RD 5/2005 resultará que el mismo se define (partiendo del acuerdo de compensación contractual) en tanto *“prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones. El saldo neto deberá ser calculado conforme a lo establecido en el acuerdo de compensación contractual o en los acuerdos que guarden relación con este”*. El artículo sexto recoge que *“Se entiende por obligaciones financieras principales aquellas obligaciones garantizadas mediante un acuerdo de garantía financiera que dan derecho a un pago en efectivo o a la entrega de instrumentos financieros”*. El acuerdo de garantía financiera debe cumplir simplemente las formalidades del apartado octavo de la citada norma. Por tanto, y en tanto entre dentro del ámbito de la misma, resultará igualmente aplicable *“la limitación a la limitación”* que un efecto arrastre pudiera producir incluso con la matización realizada de que solo afecta al crédito garantizado.

No recoge la norma, como si lo hacía la anterior a la reforma, la referencia a grupos de sociedades. En tal caso se señalaba: *“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". Nada impide que ahora también se pueda presentar una solicitud para supuestos de grupo a efectos de homologación pero en este caso se exigirá el cómputo individual y no el cómputo conjunto que la anterior redacción requería.

4.2. Base para el cómputo de las garantías.

Cuando se trata de supuestos más gravosos de arrastre la norma exige que el cómputo se realice por mayorías calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas.

En estos supuestos la referencia a garantías no distingue entre garantías reales o garantías personales pero hemos de entender que lo son a las garantías reales por dos razones esenciales:

- Son estas las que está considerando la citada adicional desde el valor razonable del bien.
- A ellas se refiere en el inicio del apartado que las determina: Por la homologación judicial, se extenderán a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real.

Es entonces la garantía real la que se computa en base y en mayorías. Esto nos lleva nuevamente a considerar la expresión utilizada por el legislador cuando se refiere a mayorías calculadas en función de garantías aceptantes-valor total de las garantías.

La delimitación de ese "*valor total de las garantías otorgadas*" debería partir igualmente y en lógica- de los supuestos excluidos y que hemos delimitado. Pero en este caso la norma se refiere a todas las garantías.

Quizás lo primero que haya que hacer es delimitar la errónea referencia a las "garantías otorgadas" que hace el legislador. Pues en criterio de lógica deberíamos entender que esas garantías no son otorgadas en el acuerdo sino que lo son en cuanto a las existentes respecto del patrimonio del deudor.

Desde ahí el total de esas garantías otorgadas lo son en referencia a los acreedores de pasivos financieros. De estos deben excluirse los acreedores comerciales, laborales y de derecho público. Y si consideramos la exclusión de estos supuestos de los acreedores financieros que se encuentren en cualquier situación de entre las previstas en el artículo 93.2 LC también estas deberían ser excluidas. Pero una vez más chocamos con la expresión "total de las garantías otorgadas" que delimitan una extensión mayor que la de acreedores de pasivos financieros incluidos a efectos de las mayorías previstas en el apartado anterior.

Cuestión esta última que nuevamente nos lleva a dudar respecto de la exclusión en la mayoría de pasivos financieros exigidos pero que tiene más coherencia en una interpretación restrictiva que esta última. El efecto perverso que anunciábamos anteriormente no parece trascender a este sistema, diferente, de cómputo pues su efecto se extiende a la parte de su crédito que

no exceda del valor de la garantía real; es decir afecta directamente a la garantía y por ello, quizás, la necesaria distinción.

Otra de las cuestiones que se han planteado⁵⁶⁵ es la extensión del término y su comparativa con los privilegios especiales previstos en la Ley Concursal. En tal sentido la conclusión no ha sido unánime mostrándose dos opiniones que citamos literalmente:

- La doctrina más autorizada ha coincidido durante la vigencia de la Ley Concursal en que la expresión “garantía real”, utilizada reiteradamente en dicha disposición, no es un concepto técnico interno del derecho español que tenga un significado legal preciso. La misma doctrina ha venido afirmando que dicho concepto no puede considerarse coextensivo con el concepto de acreedor privilegiado en los términos del artículo 90 de la Ley Concursal, llamando la atención sobre el hecho de que, en este último precepto, figuran acreedores especialmente privilegiados cuyo derecho no está amparado, en sentido propio, por una garantía real. Esos mismos autores concluyen que, de entre los distintos supuestos enunciados en el artículo 90 de la Ley Concursal, puede hablarse propiamente de garantías reales por ejemplo en el caso de la hipoteca, la prenda, la hipoteca naval, la hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento o la reserva de dominio inscrita en el Registro de Bienes Muebles. En cambio, el arrendamiento financiero no podría conceptuarse como una garantía real a partir de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 28/1998. En el mismo sentido, tampoco la anticresis tendría reconocido en el Código civil una especial reipersecutoriedad ni un privilegio ejecutivo, por lo que no podría identificarse con la categoría considerada; razonamiento que sería igualmente predicable del derecho de retención. En una dirección parecida, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, cuyas modificaciones han sido introducidas con leves retoques en la Ley 17/2014, algunos comentaristas han planteado que, basándose en un concepto dogmático estricto, no debería considerarse acreedor con garantía real a los efectos de la Disposición Adicional 4ª al arrendador financiero de bienes inmuebles ni al titular de créditos refaccionarios inscritos. Interpretando conjuntamente el sentido, objeto y fin de las dos reformas de 2014, se llega a la conclusión de que los cambios legales han pretendido instituir, para el acreedor privilegiado y para el acreedor con garantía real, dentro y fuera del concurso, una disciplina uniforme de sumisión al principio de la mayoría de sus iguales. Dado que en ambos casos el acreedor con privilegio especial o garantía real puede ser objeto de igual agresión en su posición jurídica a través del efecto de “arrastre” hacia lo pactado por sus homólogos en un acuerdo de refinanciación o en un convenio, la idea prevalente es que la situación de concurso no pueda instituir diferencias en cuanto a la situación de inmunidad que beneficia a un mismo acreedor fuera y dentro del concurso, que empuje a promover su declaración. En otras palabras, no parece justificado que exista ninguna

⁵⁶⁵ En tal sentido las Conclusiones de la Reunión de los Magistrados de lo Mercantil (Juzgados) de Madrid de 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la ley operadas por el RDL 11/2014 y La Ley 17/2014.(En adelante Conclusiones-Madrid-2014)

disimetría entre la posición de los acreedores con garantía real o privilegio especial dentro y fuera del concurso. En ese sentido y aun admitiendo que podría ser una cuestión fuertemente controvertida, concluimos que el concepto de acreedor con privilegio especial y con garantía real de los artículos 90 y Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal debe ser interpretado de manera coincidente; siendo esta decisión además la única que dota de seguridad jurídica a las reglas sobre mayorías establecidas en la Disposición Adicional 4ª, que en otro caso quedarían sujetas a sesudas discusiones civilistas sobre la naturaleza o esencia de derechos heterogéneos, lo cual está más allá del alcance de la labor del auditor que certifica las mayorías en la solicitud de homologación. En consecuencia, concluimos que a los efectos de la homologación de acuerdos de refinanciación, se considera que es titular de una garantía todo aquel acreedor que en el concurso sería calificado como acreedor con privilegio especial en los términos del artículo 90 de la Ley Concursal y en la misma cuantía que lo sería en el concurso.

- La otra posición mantiene sin embargo que debe entenderse que la declaración de concurso crea una cierta singularidad jurídica en las relaciones patrimoniales, lo que justifica en ciertos supuestos la especialidad en el tratamiento legal intraconcursal de algunas instituciones, como ocurre precisamente con el caso del arrendamiento financiero. Y precisamente por este tratamiento singular intraconcursal, contrario al general, ha existido una controversia jurisprudencial sobre la consideración del crédito del acreedor financiero como privilegiado especial, hasta la STS de 25 de marzo de 2014 que alumbró las dudas sobre dicho tratamiento. Si ello es así dentro del concurso, cuando se esté ante una negociación de un acuerdo de refinanciación de los previstos en la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal, no se habrá producido todavía la singularidad que genera la declaración de concurso, por lo que deberán entenderse operativos, con toda plenitud, los principios esenciales del Derecho común. Y según éste, es un elemento básico para el derecho real de garantía el rasgo de recaer sobre cosa ajena, característica que no se da en el supuesto del arrendamiento financiero (precisamente es esto lo que genera parte de la controversia sobre su naturaleza concursal). Nunca la doctrina ha asimilado la posición jurídica del arrendador financiero a la de un acreedor con garantía real, ni hay norma aplicable que los equipare en un escenario extraconcursal. Debe pues rechazarse la consideración del tratamiento como tal al amparo de la DA 4ª.

Sin duda alguna computar las garantías en su totalidad respecto de quien no va a resultar afectado, en los términos señalados, supone igualmente partir de eliminar supuestos de desproporción y por tanto garantizar la proporcionalidad a todos los acreedores de tal forma que no puedan por ello los no afectados encontrarse con una situación más gravosa para cobrar finalmente sus créditos. Pero esto en nada afecta a las garantías constituidas en el ámbito del RDL 5/2005 que seguirán teniendo un derecho de ejecución previsto en la citada norma. Es por ello que entendemos que su inclusión (ya tratada en otros apartados referidos a ámbito subjetivo y mayorías de pasivos) a los efectos de computo sin que finalmente les afecten (en tal sentido las conclusiones de los

jueces de Madrid de enero de 2015) resulta ciertamente contradicha con esa protección que siguen manteniendo y que es objeto de protección al configurar las mayorías. Entendemos por tanto que el carácter facultativo sigue poniéndose de manifiesto para considerar o no que resultarán afectados.

4.3. Porcentajes.

El acuerdo debe ser tomado – sobre la base anterior- por el 51% de los acreedores de pasivos financieros. El apartado cuarto de la adicional recoge que si se obtienen determinadas mayorías el acuerdo (más bien partes de dicho acuerdo limitadas) podrá extenderse a los acreedores que no lo hayan suscrito o que se hubieren mostrado disconformes. La diferencia entre unos y otros puede estar en que hayan o no participado en el proceso de negociación previo al citado acuerdo. El universo que comprende puede considerarse global sin necesidad de delimitar o referir diferencias por esa doble referencia que la norma realiza. No obstante lo anterior – y si alguna distinción cupiera- podríamos señalar que:

- El acreedor disconforme lo es por haber participado en la negociación y se ha mostrado en desacuerdo o bien porque una vez conocido el acuerdo se ha opuesto expresamente a este.

- El acreedor que no lo ha suscrito incluye a los anteriores y a los que no han participado en el proceso de negociación.

Podríamos plantearnos la posibilidad de que el acuerdo sea suscrito por un acreedor que, sin embargo, se muestre disconforme parcialmente; es decir que acepte algunas medidas tomadas en refinanciación pero no otras. Y además que su crédito sirva (sea determinante) a los efectos de la posibilidad de arrastre de otros acreedores. En estos casos la consideración de acreedor suscribiente o no conforme podría delimitar (si se alcanzan con otros créditos las mayorías de arrastre necesarias) su vinculación voluntaria o su vinculación delimitada por arrastre según los casos.

Desde esas consideraciones iniciales debemos señalar que las mayorías exigidas lo son en función del pasivo o en función de las garantías.

1º. En función del pasivo.

A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial, los siguientes efectos acordados en el acuerdo de refinanciación:

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

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

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

2. ° Las quitas.

3. ° La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora pudiendo optar, como se ha señalado por una quita.

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

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

2º. En función de las garantías.

Por la homologación judicial, se extenderán a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, los efectos señalados en el apartado anterior, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

a) Del 65%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra a) del apartado anterior.

b) Del 80%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra b) del apartado anterior.

En relación a todo ello conviene volver a citar la Consulta 1 del ICAC, a la que ya hemos hecho referencia, en relación a la comparativa que debe hacerse por el experto. Aunque lo hace en relación al artículo 71 bis LC nos dice que *“para cuantificar el “pasivo” regulado en el artículo 71.bis.1.b)1º de la Ley Concursal, el pasivo que luciría en el balance de una empresa, en la fecha del acuerdo de refinanciación, puede constituir un primer punto de partida sobre el que tal vez sería preciso realizar ajustes para excluir conceptos como los pasivos por impuestos diferidos, las provisiones y los ajustes por periodificación en la medida que no puedan calificarse como acreedores en sentido estricto, esto es, titulares de un derecho de crédito frente a la empresa.”* Y en consecuencia sigue diciendo- *“cuando el legislador emplea el término “pasivo” en estos artículos⁵⁶⁶ (y en el que es objeto de la presente interpretación; artículo 71.bis.1) se está refiriendo a una cuantificación de los créditos, o por decirlo de otra forma, a una ponderación de cada acreedor, para darles un peso proporcional al valor de sus créditos a la hora de la toma de decisiones o el cumplimiento de ciertos requisitos.”* Ello conlleva una referencia *“a la suma del importe adeudado a todos los acreedores, titulares de un derecho de crédito o exigible de otro modo, y no a la cifra de pasivo del modelo de balance. Esta interpretación se soporta en la propia literalidad del precepto, en el que se alude a los acreedores y sus créditos, analizado en el contexto y finalidad de la citada regulación.”*

⁵⁶⁶ Se refiere entonces a todos los supuestos en donde la ley concursal habla de pasivo.

CAPITULO VII.

CAPITULO VII: EL AUTO DE HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN, EFECTOS E IMPUGNACIÓN.

1. El Auto de homologación: control de legalidad y control de oportunidad

El apartado sexto de la adicional cuarta recoge que el juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta disposición. La resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante un trámite de urgencia en el plazo de quince días y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el Boletín Oficial del Estado, por medio de un extracto que contendrá los datos previstos en el último párrafo del apartado anterior.

Tras su admisión a trámite y publicación, la norma recoge que el juez homologará (o no) el citado acuerdo en tanto reúna los requisitos previstos en el apartado primero que a su vez se remite , en parte, a lo previsto en el artículo 71 bis LC.

Si partíamos de una solicitud inicial en la que se habían comprobado judicialmente los requisitos formales, esta nueva resolución, que ya es de homologación, parte de un nuevo control ahora más amplio.

De conformidad a los dos primeros apartados del artículo 19 LEC los litigantes (en este caso no lo son o no lo son todavía) están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin. A este respecto debemos considerar que ese análisis que realiza el juzgador parte de la necesidad de comprobar el objeto del mismo y que lo homologará salvo que la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Aún admitida inicialmente la solicitud es necesaria una nueva comprobación de los requisitos iniciales necesarios a tales efectos, no pudiendo ser homologado - salvo subsanación- el acuerdo que no cumpla con todos ellos. Por otro lado hemos de tener en cuenta las múltiples y complejas cláusulas y pactos que puede conllevar el citado acuerdo, lo que nos lleva al poder de disposición de las partes (fundamentalmente del deudor) y al posible control que el juzgador ha de realizar en este sentido. De conformidad a todo lo anterior tendríamos:

- a) Control nuevamente del cumplimiento de los requisitos formales (con posibilidad de subsanación) en tanto hubiera habido algún error en la presentación de los mismos y aún a pesar de la providencia de admisión.
- b) Control de los requisitos (el verdadero objeto) previstos en el apartado primero de la adicional y por remisión de esta en lo previsto en el 71 bis 1, apartados b y c.
- c) Control del contenido de los acuerdos en tanto a limitaciones de interés general o beneficio de terceros. Ello incluiría cuestiones de orden público.

- d) Control en cuanto al poder de disposición de las partes en el contenido de dichos acuerdos. En este caso entendemos que no será posible, salvo lo señalado anteriormente, sin perjuicio de la admisión que de ello hayan realizado los propios acreedores (en su propio control y negociación) dado que excedería de las funciones inicialmente atribuidas.

La forma de resolución judicial será un auto por aplicación del artículo 206.1.2º de la LEC, en tanto supone la aprobación de una transacción judicial. De forma análoga también las homologaciones. También en el supuesto en que finalmente no se otorgue la misma.

Ese control que quiere el legislativo se remite entonces a lo previsto en el apartado primero de la adicional. Tal y como está redactada la norma el apartado primero recoge (lo desagregamos):

- Control de mayoría ordinaria: Que sea suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros.
- Control formal: Que reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis.
- Control de mayorías extraordinarias: Para extender sus efectos serán necesarias las mayorías exigidas en los apartados siguientes de esta disposición. Y en relación a estas:
 - i. No se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación.
 - ii. Tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.
 - iii. A los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, se entenderá, en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.
 - iv. Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta Disposición.

Bien es cierto que el control de mayorías se determina a partir de las certificaciones del auditor y/o del experto independiente y por lo tanto basta un control formal de esa certificación para poder entender cumplido el requisito⁵⁶⁷. De esta forma el control judicial se limita a comprobar que existe esa certificación y que la misma recoge los quórums y mayorías que la norma señala.

De entre los controles a los que se remite es particularmente interesante el primero:

1º. En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo;

2.º Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante, y

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.

Los dos segundos son controles formales, nuevamente, siendo el primero de ellos el que más problemática puede plantear inicialmente. Si tomamos la literalidad del precepto el juez otorgará la homologación cuando el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta disposición. La cuestión por tanto suscita dudas:

- Ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas.
- Plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

No existe un proceso de contradicción (al menos hasta ese momento) y partimos de un plan de viabilidad aceptado por los acreedores. El juzgador tendrá sobre la mesa el acuerdo de refinanciación adoptado y otorgado en escritura pública, la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso, los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos

⁵⁶⁷ Claramente se puede ver en el Auto de 21 de julio de 2015 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao (Auto 361/2015) en donde su fundamento 2º recoge: *“Ha sido suscrito por acreedores de la entidad que representan “al menos por el 60% del pasivo financiero” (según certifica el auditor de la compañía, doc. 6)”*

independientes y la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado. El contenido de dicho acuerdo y la superación de los estándares de liquidez no parece que sea un control exigido por el legislador a la vista de tales defectos probatorios. La cuestión, sin embargo, se centrará más en la exigencia (también formal) de una declaración de quienes suscriben dichos acuerdos sobre que los mismos suponen en realidad una ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Pero en realidad entendemos que la propia manifestación de estar sujetos a ese proceso de homologación y por tanto la misma solicitud conllevaría esta misma declaración.

Lo anterior no termina de no ser inocuo a un posterior proceso concursal en donde se pueda revisar, como veremos, el citado acuerdo aún a pesar de dicha homologación. Y no lo es en relación a la legitimación concedida por el legislador tanto a deudor como a los acreedores, como hemos visto, para esa solicitud. En el supuesto de que finalmente dicho acuerdo no cumpliera con este requisito (y presumiendo – como se ha hecho- que la misma solicitud conlleva la afirmación de que realmente lo cumple) la actuación de quien lo ha solicitado podría considerarse de mala fe, con las consecuencias concursales que ello podría tener al respecto de sus créditos en esa revisión concursal, de la complicidad y de la afectación posible en la sección de calificación.

Sobre la posibilidad de que el juez homologue parcialmente el acuerdo y no todos los pactos que en el mismo se contienen tampoco se ha pronunciado el legislador. A este respecto debemos considerar cuestiones de tres tipos: (1) pactos al margen de los límites de arrastre que prevé la norma con contenidos concretos y a los que se someten voluntariamente las partes suscribientes; (2) pactos que supongan un efecto arrastre y en los que el juzgador pueda ver que realmente se infringe la normativa reguladora. (3) pactos que afecten al orden público o la legalidad vigente.

La consideración del acuerdo como un todo que parece prever la norma con su elevación a escritura pública no impide, dado lo que hemos señalado, que el control del juzgador se produzca, en relación a ese objetivo perseguido por remisión al artículo 71 bis 1 a), sobre el conjunto de pactos que allí se contienen. El problema surge en cuanto a la posibilidad de todo o nada en la homologación; es decir si es posible homologar parte de dicho acuerdo marginando en la resolución aquellos pactos que infrinjan lo señalado bien por afectar a esa legalidad, a terceros o al orden público.

Por su relación con un plan de viabilidad, al que queda inexorablemente unido, entendemos que el juzgador no tendrá más remedio que optar entre una homologación completa o no homologación en estos supuestos salvo que se trate de cuestiones de orden público. A tal respecto ya nos hemos pronunciado anteriormente sobre la posibilidad de subsanación que el juzgador puede conceder en el trámite posterior a la solicitud de homologación respecto del cumplimiento de los requisitos allí previstos.

1.1. Homologación parcial de acuerdos de refinanciación.

El control de los límites legales y en particular del orden público ha sido analizado por la resolución del Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada de 28 de julio de 2014⁵⁶⁸ conforme a lo siguiente:

“A la vista de lo anterior solo dos cuestiones se plantean en el régimen de la presente homologación: 1. En primer lugar el hecho de tratarse de una homologación presentada por sociedades de un grupo en donde participan otras dos sociedades a cuyos efectos la norma concursal parece no haber regulado. Cuando la Ley Concursal recoge la homologación en supuestos de la DA 4ª señala que la solicitud deberá ser formulada por el deudor acompañando el acuerdo de refinanciación adoptado. En este caso no intervienen las acreedoras sino que la publicidad ofrecida en los apartados 5 y 7 de dicha adicional justifica la posibilidad de que puedan comparecer a los efectos señalados por la norma. Aunque la homologación judicial (DF 5ª LC) recogida en la LEC parte de lo previsto en el artículo 19 (dispositivo) y art. 415 LEC en cuanto a las partes con dichos efectos, es evidente que el legislador ha querido que se parta de una sola legitimación (el deudor) para permitir al resto de los acreedores la posibilidad de oponerse o impugnar. De la misma forma aquellos que actúen como garantes, contragarantes o en cualquier posición que ocupen coadyuvando la posición del deudor. 2. En segundo lugar la cláusula 18 del mismo en tanto al sometimiento de interpretación, validez o cumplimiento del acuerdo a los Juzgados de Madrid. Bien es cierto que la tramitación de la impugnación corresponde, por orden público a este juzgado. También que, conforme al artículo 10 de la DA 4ª LC, " en ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación. " Por otro lado que el siguiente apartado nos establece que " 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 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". Que el artículo 415 antes citado nos señala que el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judiciales aprobados. De esta forma la ejecución del mismo residirá en el propio órgano judicial que lo haya homologado. La homologación judicial en supuestos de insolvencia está residenciada a partir de la competencia para conocer por el juez de lo mercantil que en su caso fuera competente para la declaración de concurso de acreedores. En este análisis al juez se le otorga la revisión del cumplimiento de los requisitos que se prevén en la norma que además fija la forma en que debe entenderse el valor razonable de los bienes, el valor de las garantías, etc. Es por tanto irrenunciable, por razón de orden público, el sometimiento que el legislador ha querido respecto del citado acuerdo. Y lo es no solo para el supuesto de incumplimiento sino también para las cuestiones

⁵⁶⁸ Auto J.M. nº 1 de Granada de 28 de julio de 2014. (28/08/2014)

que pudieran derivarse del mismo precisamente porque se exige el control judicial a tales efectos respecto del juez que hubiera otorgado la homologación. En supuestos de homologación judicial las partes podrían haber considerado en cuanto a las cuestiones de interpretación otros tribunales, árbitros, mediadores, etc. No existe problema alguno en este aspecto en líneas generales pero no, en los términos planteados, respecto de la homologación en insolvencia. No lo será en ningún supuesto sobre la validez o cumplimiento del acuerdo en donde la competencia siempre lo será por sujeción a quien decide la homologación. De conformidad a ello el problema se plantea respecto de si ello supone, estimando la homologación, la imposibilidad de homologar o no un acuerdo cuando una de sus cláusulas infringe dicho orden público y por lo tanto no puede ser homologado. En este caso procede entender que la homologación procede, no obstante, pues la depuración por el juez del concurso parte de dos apartados concretos a tener en cuenta: 1º. Que el juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los citados requisitos. Por lo tanto la homologación se dará, sí o sí, cuando se cumplan los mismos. 2º. Que el juzgador homologará el citado acuerdo en tanto a los contenidos que recoge la DA 4ª pero no necesariamente en cuanto a otros apartados que, como este, infringen la competencia de orden público prevista por la norma.”

No obstante ya existe alguna resolución que se ha pronunciado al respecto de una homologación parcial. En tal sentido el Auto de 16 de diciembre de 2014 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Pontevedra⁵⁶⁹, recoge : “Sin embargo, decir que se incluye como contenido del acuerdo de homologación que medie la venta del inmueble que ni siquiera es propiedad de la concursada, sino de la empresa P.. S.L. Primero, decir que esa es una petición que extralimita el contenido de un acuerdo de refinanciación, y en modo alguno, en el marco de una homologación puede peticionarse por la deudora que se autorice judicialmente la venta de un activo, lo cual tiene un trámite específico en la Ley Concursal (que no se ha ejercitado conforme marca su articulado y fuera de la solicitud del acuerdo de refinanciación), y como se ha dicho, ni siquiera es propiedad de la concursada (en su día se denegó por auto la acumulación de concursos respecto de las concursadas Plásticos Barcia, S.L y Tuberías Barcia, S.L en relación con el seguido con Barcoga, S.L) pero recuérdese a la vista de lo que se dice en el punto 4.1º del acuerdo que el dinero que se obtiene de una venta debe ser integrado en la masa activa, para poder ser destinado al pago de créditos que sean los propios de la concursada en estricto orden que prevé la ley concursal y no de otras empresas concursadas, teniendo presente que rige el principio de *pars conditio creditorum*, y más teniendo en cuenta que se denegó por auto la acumulación de los concursos CNA 218/13 y CNA 219/13 al presente. Así, se puede comprobar del tenor literal del art. 71 bis 1.a) de la LC sobre el contenido que ha de tener el acuerdo "se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo", como se puede ver del tenor literal, no se prevé que en el marco de un acuerdo de refinanciación se

⁵⁶⁹ Auto de 16 diciembre 2014. JUR 2015\69309

pacte o pueda incluirse peticiones de autorización de venta. Por tanto, se procede a homologar el acuerdo de refinanciación, pero a excepción del punto 4.1 del acuerdo, esto es, de consentir judicialmente una venta, que no ha sido formulada conforme se prevé en la Ley Concursal, y que extralimita el contenido del acuerdo de refinanciación y recordando que en todo caso no cabe autorización de venta de bienes sino son activos de la concursada.” No obstante la cuestión vuelve a ser de orden público y por tanto limitada en los mismos términos que hemos señalado.

1.2. Plazo de emisión de la resolución de homologación y contenido.

El auto de homologación (que deberá adoptarse en un plazo de urgencia de quince días) y deberá ser motivado, por lo demás, contendrá:

- 1º. La Homologación del citado acuerdo.
- 2º. Declaración de la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto.
- 3º. Ordenará su publicación mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el «Boletín Oficial del Estado», por medio de un extracto que contendrá los siguientes datos: “El secretario judicial ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.”
- 4º. La posibilidad de impugnación, dentro de los quince días siguientes a la publicación.

En relación a ellos debemos plantearnos igualmente ese plazo establecido de quince días como tramitación urgente que se ha previsto y que ya habíamos avanzado. La norma parte de una inicial solicitud y una posterior providencia de admisión que habrá de ser publicada en el citado Registro sin un plazo previamente predeterminado. Al recoger ese nuevo plazo de quince días para resolver la homologación no toma en consideración posibles defectos que hayan de ser subsanados y por tanto nuevos plazos ni tampoco determina el día desde el cual deberá iniciarse el cómputo (si con la solicitud o con la posterior publicación de la providencia de admisión a trámite o incluso- tal y como se justificó al tratar este tema, si con la necesidad de esperar un prudencial plazo a efectos de alegaciones de los interesados). En realidad lo que el legislador ha querido es acelerar lo más posible esa homologación a fin de evitar los perjuicios que se pudieran ocasionar pero sin que esa determinación legal pueda infringir derechos de defensa o contradicción de los posibles interesados.

Sí que al referirse a un supuesto de urgencia (como plazo) nos encontraríamos en el supuesto del artículo 131 de la LEC y por lo tanto debemos entender que son urgentes en la medida en que su demora puede causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia

de una resolución judicial. Bien es cierto que podría señalarse que uno de los efectos de la providencia de admisión, como se ha visto, es el de paralizar las ejecuciones pendientes y que por ello ese perjuicio se habría diluido. No obstante entendemos que el legislador ha querido proteger completamente cualquier casuística que pudiera darse. En tal caso debería operar el apartado tercero del citado precepto en tanto establece (por expreso deseo en este caso del legislador) que para las actuaciones urgentes a que se refiere el apartado anterior serán hábiles los días del mes de agosto, sin necesidad de expresa habilitación⁵⁷⁰. Tampoco será necesaria la habilitación para proseguir en horas inhábiles, durante el tiempo indispensable, las actuaciones urgentes que se hubieren iniciado en horas hábiles.

La sección tercera, relativa a los acuerdos extrajudiciales, contiene las previsiones de publicidad edictal del proceso de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.

Hemos señalado que el mismo deberá ser motivado. Conforme a lo señalado, es conveniente realizar breve análisis de las resoluciones dictadas a la fecha al objeto de una prospección sobre dicha motivación:

En algunos supuestos - como el Auto de 27 de abril de 2014 del Juzgado de lo Mercantil 7 de Barcelona⁵⁷¹- se recoge que así como antes de la reforma del RDL 4/2014 *“el legislador atribuía al juez la competencia de examinar de oficio el contenido del acuerdo de refinanciación pudiendo incluso denegar la homologación judicial si consideraba que tal acuerdo suponía un sacrificio patrimonial injustificado para los acreedores disidentes, tras la reforma, se suprime ese control judicial a priori, debiendo el juez limitarse a verificar si la solicitud cumple o no los requisitos antes mencionados. Si es así, el juez debe homologar el acuerdo de refinanciación y extender sus efectos frente a terceros disidentes dejando para un momento posterior la posibilidad de analizar si el mismo supone o no un sacrificio patrimonial injustificado para éstos, previa denuncia de parte. En consecuencia, tanto la providencia de admisión a trámite del expediente como el propio auto de homologación judicial se convierten en resoluciones bastante regladas”*. Tras describir el contenido del propio contrato recoge algunos apartados interesantes que debemos resaltar:

- Como puede observarse, tal acuerdo satisface suficientemente⁵⁷² el requisito previsto en la letra a) del Art. 71 bis LC pues permitirá al deudor obtener un plazo de espera de seis años, siendo todo él de carencia, seguir disponiendo de líneas de circulante en los mismos términos y condiciones que hasta ahora y conseguir una importante inyección de tesorería para seguir ejerciendo su actividad con normalidad.

⁵⁷⁰ En ese sentido podemos entender que el Auto de 28 de Agosto de 2014, al que haremos posterior referencia, se realice en dicha fecha y no se fundamente nada al respecto.

⁵⁷¹ Homologación judicial de acuerdos de refinanciación nº 666/14-B.

⁵⁷² En este supuesto la juzgadora se pronuncia expresamente sobre si el citado acuerdo satisface o no suficientemente el requisito. Existe pues una valoración amplia y valiente de dichos supuestos.

- Tal conclusión viene además respaldada por el experto independiente designado a tal efecto por el Registro Mercantil quien, en su informe, incluye un juicio técnico favorable sobre:
 - 1) La suficiencia de la información proporcionada
 - 2) La razonabilidad del Plan de Viabilidad;
 - 3) Las manifestaciones previstas en el artículo 71 bis de la Ley Concursal;
 - 4) La proporcionalidad de las Garantías Originales y de las Garantías Adicionales, así como del valor de determinadas garantías reales a los efectos de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal; y
 - 5) La razonabilidad de la capitalización prevista en el Contrato Marco y en la Reestructuración de Marina.

- Ciertamente es que en dicho informe, el experto independiente hace una serie de reservas y limitaciones, ahora bien, éstas son conocidas por los acreedores y valoradas expresamente por ellos, según lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 71 bis de la Ley Concursal.

En este mismo sentido el Auto de 22 de septiembre de 2014 del Juzgado de lo Mercantil 12 de Madrid⁵⁷³ cuando afirma que *“... la homologación del acuerdo parece obligada siempre que no suponga un sacrificio desproporcionado y que obviamente, el hecho negativo de "no constituir un sacrificio desproporcionado" por su propia naturaleza no puede ser acreditado, obtenemos como resultado que la denegación del Juez Mercantil únicamente sería viable en caso de que alguien personado en las actuaciones hubiera practicado en el expediente prueba bastante sobre la resultancia del sacrificio desproporcionado respecto de la espera aprobada en el acuerdo de refinanciación”*.

Partiendo de la misma idea anterior los Autos de 23 de mayo de 2014 del Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona⁵⁷⁴, Auto de 5 de junio de 2012 del Juzgado Mercantil 6 de Barcelona⁵⁷⁵ y Auto de 28 de julio de 2014 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada⁵⁷⁶. Aunque realizan, en todos los supuestos, un análisis pormenorizado de los diferentes pactos del acuerdo sometido a homologación evidentemente ceden ante la certificación del auditor en cuanto a cuestiones formales. Ese análisis completo, sin embargo, en homologación⁵⁷⁷

⁵⁷³ Roj: AJM M 73/2014. Reproduce otro de 20 de febrero de 2013 del mismo juzgado.

⁵⁷⁴ AJM B 69/2014

⁵⁷⁵ 304/12-M : Aunque sujeto al contenido de la norma tras la Ley 38/2011, realiza un análisis pormenorizado del contenido del acuerdo desde el punto de vista financiero aunque sin, finalmente, como en la resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Granada, determinar porqué se adecuan a la norma.

⁵⁷⁶ AJM GR 53/2014

⁵⁷⁷ Referido a un supuesto anterior a las reformas de 2014 la argumentación dada es: .- En el supuesto de autos el acuerdo de refinanciación presentado cuenta con los requisitos exigidos por la norma, objeto -ampliación del crédito, modificación de obligaciones-, porcentaje del pasivo, del que son titulares las entidades financieras, recogerse en escritura pública y contar con él, informe favorable de experto independiente. A la vista de los cuales, habida cuenta de sus términos, los importes y el porcentaje del pasivo del que son titulares las entidades disidentes no se aprecia sea especialmente gravoso para aquellas; Considerando, también, el afectar la carencia a las amortizaciones, la previsión de amortizaciones y la constitución de

lo hace el Auto de 29 de enero de 2014 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Huelva⁵⁷⁸.

Formal es también el control⁵⁷⁹ del Auto de 25 de junio de 2014 del Juzgado de lo Mercantil 3 de Madrid⁵⁸⁰ y el Auto⁵⁸¹ de 1 de julio de 2014 del Juzgado Mercantil 1 de Málaga⁵⁸².

Los Autos del Juzgado de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona (Juzgado de lo Mercantil 1 de Barcelona de 22 de febrero de 2013⁵⁸³ y Juzgado Mercantil 2 de 10 de abril de 2013⁵⁸⁴) realizan una distinción entre control de legalidad y control de oportunidad. Señalan a tal efecto que la norma exige al juez mercantil -que fuera competente para conocer del concurso- llevar a cabo un control de legalidad (relativo a la concurrencia de los requisitos del art. 71.6 y del quórum específico) y un control de oportunidad (que no supone un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron). El mismo señala: *“...donde se prevé una reordenación del pasivo del deudor mediante la prórroga del vencimiento de las obligaciones, tanto de las vencidas como de las garantizadas para el caso que se materialicen, se acompaña de un plan de viabilidad en los términos previstos en la ley así como del informe favorable del experto independiente que ha considerado suficiente la información proporcionada, razonable y realizable el plan de viabilidad que permitiría la continuación de la actividad empresarial de la entidad a corto y medio plazo y proporcionales las garantías otorgadas atendiendo a las condiciones de mercado. En cuanto al control de oportunidad se debe indicar que la solicitud de la instante contiene un discreto aplazamiento, hasta el día 1 de octubre de 2013, por lo que no debe considerarse desproporcionado para las entidades disidentes”*.

Un tema interesante tratado por el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de fecha de 17 de febrero de 2012⁵⁸⁵ es el referido a la compatibilidad entre los requisitos del artículo 71.6 LC y DA4ª LC. A tal efecto señala que *“... establecida la sujeción del acuerdo de refinanciación a lo dispuesto en el art. 71.6 L.Co surge la cuestión de determinar si además lo está a lo dispuesto en la D.A. 4ª, pues remitiéndose ésta a aquel, se adiciona por la D.A. un*

garantías reales. Procediendo, conforme lo dispuesto por los preceptos citados, acordar la homologación, dando la publicidad establecida en la Ley y con posibilidad de impugnación por los acreedores afectados que no hayan prestado su consentimiento, por los motivos admitidos en la norma.

⁵⁷⁸ AJM H 34/2014

⁵⁷⁹ En el acuerdo se pacta, entre otros extremos, una quita parcial y la modificación de las obligaciones de la entidad deudora, dando lugar a una prórroga de su plazo de vencimiento. Se adjunta asimismo copia de plan de viabilidad relativo a la continuidad de la actividad empresarial en el corto y medio plazo.

⁵⁸⁰ AJM M 42/2014

⁵⁸¹ Se limita a reproducir la citada disposición terminando diciendo: Tramitada la presente solicitud de homologación tal y como dispone la norma transcrita, y verificándose los elementos necesarios al objeto de poder homologar el acuerdo alcanzado, procede dictar resolución de homologación con los efectos que dispone la norma

⁵⁸² AJM MA 45/2014.

⁵⁸³ Juzgado de lo Mercantil nº 1, Barcelona, A 22-2-2013, nº 53/2013, nº autos 48/2013

⁵⁸⁴ Juzgado de lo Mercantil nº 2, Barcelona, A 10-4-2013, nº 127/2013, nº autos 191/2013

⁵⁸⁵ AJM-6 Madrid 17.12.2012 (Procedimiento 720/2012)

contenido inexcusable en el acuerdo refinanciador, cual es la espera cuya efecto se extiende a los disidentes; y ello porque siendo contenido potestativo en el acuerdo de refinanciación del art. 71.6 L.Co lo es imperativo en la D.A. 4ª, so pena de autorizar la homologación de un acuerdo que no extenderá ningún efecto a los disidentes. Ciertamente es que en el presente acuerdo refinanciador las entidades crediticias participantes no establecen nuevos plazos de espera respecto a los créditos vencidos o por vencer, limitándose dichas entidades y el deudor a configurar una nueva línea de financiación para amortizar y extinguir las deudas existentes, novando los contratos de líneas bilaterales existentes, de factoring y gestión de cobro para hacerlas homogéneas entre las entidades partícipes y adicionando una significativa ampliación de la financiación a cargo exclusivo de las partícipes; de lo que resulta que ningún efecto novativo puede extenderse a los disidentes en lo relativo al tiempo de cumplimiento de las obligaciones preexistentes. Pero siendo cierto también lo es que uno de los deudores partícipes en el acuerdo solicita la paralización de las ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras; pretensión autónoma de la anterior que exige entrar a valorar la concurrencia de los restantes requisitos y presupuestos de la homologación solicitada.”

El Auto del Juzgado de lo Mercantil 3 de Gijón de 10 de julio de 2012⁵⁸⁶ añadirá algo más a todo ello (aunque parte de la normativa recogida tras la modificación introducida por la Ley 38/2011 y antes de las posteriores reformas) y se refiere a un "juicio de equidad" De esta forma expone que según el apartado 3, el juez deberá realizar un juicio valorativo en el que deberá considerar que el acuerdo "no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron".

En materia de supuestos de grupos de empresas hemos de destacar el Auto de 12 de enero de 2015 del Juzgado Mercantil 10 de Barcelona⁵⁸⁷ y el Auto del Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao de 13 de febrero de 2015⁵⁸⁸. El primero trata una homologación de un importante grupo societario solicitada por la sociedad principal y unas treinta sociedades de su grupo. Son características a destacar del mismo:

- a. Se trabaja sobre lo que se denomina "Acuerdo Marco" de refinanciación.
- b. La homologación se pide, mediante una sola solicitud, respecto de todas las sociedades del grupo y por tanto admite a trámite un supuesto grupal.
- c. El efecto arrastre que se pretende conlleva: (i) la extensión de los efectos del Acuerdo en cuanto a la aplicación de los fondos obtenidos en la ampliación de capital acordada por FCC, por importe de 1.000 millones de Euros, (ii) la extensión de los efectos de la amortización anticipada parcial del llamado Tramo B, previsto en el Acuerdo Marco de Reestructuración Inicial (en adelante, "el Acuerdo Inicial"), antecedente del Acuerdo, con una quita o descuento del 15%, (iii) la extensión de los efectos de la

⁵⁸⁶ AJM-3 Gijón 10.07.2012 (Auto 186/2012; Procedimiento 99/2012)”

⁵⁸⁷ AJM B 1/2015

⁵⁸⁸ Auto de 13 de febrero de 2015. Juzgado Mercantil 2 de Bilbao. Procedimiento de homologación 79/15. Eroski.

novación modificativa pero no extintiva de las condiciones de la financiación de dicho Tramo B, tras la amortización anticipada parcial, (iv) la extensión de los efectos de la regulación de las condiciones de la financiación de la sociedad del grupo Cementos Portland Valderrivas, S.A. (en adelante, "CPV") y la liberación de responsabilidad de FCC respecto a dicha sociedad y (v) la prórroga del vencimiento del plazo de amortización del Tramo B, tras la amortización anticipada parcial. Cabe destacar por tanto que el citado acuerdo parte de una extensión de efectos particular si bien utilizando posteriormente las mayorías del grupo por un lado y las mayorías de cada sociedad por otro de forma similar a lo previsto en el 71 bis 1 LC⁵⁸⁹.

- d. El propio acuerdo recoge una fecha de cierre de adhesiones si bien con anterioridad a la presentación de la solicitud de homologación.
- e. En cuanto al ámbito subjetivo recoge una importante matización: *“Asimismo, para que el acuerdo pueda desplegar sus efectos con normalidad es razonable entender que serán acreedores de pasivos financieros no sólo quienes cumplieran con las exigencias referidas en el momento de la firma y homologación del Acuerdo, sino también en un momento posterior, para el caso de que una entidad financiera de las firmantes o adheridas pudiera transmitir sus derechos de crédito a terceros.”*
- f. Los acuerdos sindicados se valoran en conjunto siempre que cumplan las mayorías; es decir que una vez cubiertas estas afectan a todos los que existan en el mismo: *“Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el párrafo cuarto del parágrafo 1º de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, teniendo en cuenta que existe un pacto de sindicación (Documento nº 4 del escrito) derivado del Acuerdo Inicial, que establece una mayoría ordinaria del 66,67% y una mayoría reforzada del 75% en la cláusula 4.4 del citado pacto, y considerando que los acreedores firmantes de dicho pacto se han adherido al Acuerdo superando estos límites, debe considerarse que se ha adherido el 100% de los pasivos financieros, por lo que es innecesaria la valoración de las garantías.”* Supone por ello un criterio diferente al previsto en los Acuerdos de los juzgados de lo mercantil de Madrid de 2014 y creemos que más acertado.

El segundo citado de Bilbao sobre grupos societarios se identifican tanto los participantes como los no participantes (entre los que incluye los disidentes). La homologación se construye sobre la base de un acuerdo marco de reestructuración y un anexo consistente en un contrato de financiación sindicado que se formalizan en Póliza intervenida por el Notario. En el mismo figuran diferentes novaciones que se dicen modificativas que afectan también a garantías reales. Por su importancia recogemos los aspectos más significativos del acuerdo:

⁵⁸⁹ El auto se refiere a dichas mayorías conforme a lo siguiente: “76,67% de los acreedores financieros de FCC, un 70,26% del grupo consolidado y un 71,12% de media en el resto de sociedades del Grupo FCC.”

a) *En cuanto a las deudas:* En relación con los acreedores titulares de deuda financiera procedente de los Contratos de Financiación Existentes:

- Prorrogar el plazo de vencimiento y distribución de la deuda resultante en los Tramos A, B1, B2.1 y B.2.2, cada uno de ellos con el importe, vencimiento, intereses, supuestos de amortización anticipada obligatoria y demás condiciones que se estipulan en el Contrato de Financiación.
- Aplicar una quita de los intereses de demora que, en su caso, se hayan podido devengar hasta la Fecha de Cierre (tal y como este término se define en el Acuerdo Marco).
- Vincular a los acreedores de pasivos financieros no participantes o disidentes por la decisión que, en su caso, se alcance en relación con la adjudicación o disposición de la participación de Cecosa Supermercados en Vegonsa Agrupación Alimentaria, S.A, de conformidad con lo previsto en la cláusula 7.2.3(C)(ii) del Contrato de Financiación.
- Eventualmente, si se dan las condiciones establecidas en el Contrato de Financiación, convertir la deuda pendiente bajo el Tramo B.2.1 en préstamo participativo o recompra por 1€ (quita) de esta deuda de acuerdo con la cláusula 7.3 del Contrato de Financiación.
- Imponer expresamente a los acreedores de pasivos financieros no participantes o disidentes la obligación de llevar a cabo las actuaciones que sean necesarias a los efectos de cumplir con la citada conversión en préstamo participativo o quita de esta deuda.
- Eventualmente, si se dan las condiciones establecidas en el Contrato de Financiación, extender la fecha de vencimiento del Tramo B2 de conformidad con lo previsto en la cláusula 7.2.4 del Contrato de Financiación.
- Imponer expresamente a los acreedores de pasivos financieros no participantes o disidentes la obligación de llevar a cabo las actuaciones que sean necesarias a los efectos de cumplir con la citada extensión de la fecha de vencimiento.
- Sustituir expresamente el consentimiento de cualquier acreedor de pasivos financieros no participante o disidente por los términos de la homologación y que, por consiguiente, se tengan por aceptados y consentidos en su integridad: la conversión de deuda pendiente bajo el Tramo B.2.1 en préstamo participativo o quita de esta deuda a la que se ha hecho referencia en el apartado (D) anterior; y la extensión de la fecha de vencimiento del Tramo B2 a la que se ha hecho referencia en el apartado (E) anterior.
- En relación con los acreedores titulares de obligaciones derivadas de las Fianzas Explícitas: Establecer, como condición de la ejecución de la garantía, la ejecución previa de la hipoteca sobre la promoción inmobiliaria en cuestión, con aplicación del producto de la ejecución al repago de la Financiación Inmobiliaria. Regular la deuda remanente por los términos establecidos en el Contrato de Financiación como parte del Tramo B2.2, antes citado, a modo de préstamo, incluyendo, expresamente: su sujeción a las condiciones que se estipulan en el Contrato de Financiación (incluyendo, sin limitación, plazos, calendario

- de amortización, importes, intereses, extensiones de fechas de vencimiento, conversiones, supuestos de amortización anticipada, etc); la eventual quita de cualesquiera intereses de demora que, en su caso, se hayan podido devengar hasta la Fecha de Cierre (tal y como este término se define en el Acuerdo Marco); la vinculación por la decisión que, en su caso, se alcance en relación con la adjudicación o disposición de la participación de Cecosa Supermercados en Vegonsa Agrupación Alimentaria, S.A, de conformidad con lo previsto en la cláusula 7.2.3(C)(ii) del Contrato de Financiación; y la eventual conversión de la deuda pendiente en préstamo participativo o quita de esta deuda.
- Imponer expresamente a los acreedores de pasivos financieros no participantes o disidentes la obligación de llevar a cabo las actuaciones que sean necesarias a los efectos de cumplir con lo acordado, y en particular: la obligación de conversión en préstamo participativo o quita de su deuda que sean de aplicación de conformidad con el Contrato de Financiación; y la obligación de extensión de la fecha de vencimiento de su deuda que sean de aplicación de conformidad con el Contrato de Financiación. Sustituir el consentimiento de cualquier acreedor de pasivos financieros no participante o disidente por los términos de la homologación y que, por consiguiente, se tengan por aceptada y consentida en su integridad la conversión de la deuda remanente de la Fianza Explícita como parte del Tramo B.2.2 del Contrato de Financiación a todos los efectos.
 - A los acreedores titulares de Obligaciones de Aportación: Suspender el devengo de la deuda hasta el 31 julio de 2018 (incluido). Suspender hasta el 1 de agosto de 2019 de la exigibilidad de la deuda que, en su caso, se devengue desde el 1 de agosto de 2018 hasta el 31 de julio de 2019 (ambos incluidos). Imponer a los acreedores no participantes o disidentes la obligación de llevar a cabo las actuaciones que resulten necesarias a estos efectos.
- b) En cuanto a las garantías:* Extender las Garantías Reales existentes (hipotecas y prendas) a la totalidad de los acreedores de los Tramos A, B1 y B2.1, así como a los acreedores de las Líneas Operativas, remitiendo los correspondientes mandamientos a los Registros de la Propiedad para que inscriban en la hoja registral correspondiente a las fincas de las que son titulares las Sociedades la novación modificativa de la garantía hipotecaria en los términos que resultan del Contrato de Financiación. Imponer a los acreedores de pasivos financieros no participantes o disidentes la obligación de vinculación por la decisión tomada por la mayoría correspondiente y, en su caso, el consentimiento al levantamiento de garantías (ya sean reales o personales) en caso de disposición de activos o derechos gravados en garantía de la deuda homologada, en los supuestos de disposición previstos en los Contratos de Refinanciación (en concreto, pero sin limitación, los supuestos de levantamiento de garantías previstos en las cláusulas 4.4.3 y 7.2.3 del Contrato de Financiación). Imponer a acreedores de pasivos financieros no participantes o disidentes la obligación de llevar a cabo las actuaciones propias de los acreedores garantizados a los efectos de que se logre la reconfiguración las Garantías Reales prevista en la Cláusula 4.2.1 del Acuerdo Marco para

adecuarlas a la nueva realidad contractual que se ha pactado en virtud del citado Acuerdo Marco. Sustituir el consentimiento de cualquier acreedor garantizado de pasivos financieros no participante o disidente (incluyendo expresamente los hipotecarios) por los términos de la homologación y que, por consiguiente, se tengan por aceptados y consentidos en su integridad los actos relativos a la reconfiguración las Garantías Reales.

El Auto de 21 de julio de 2015 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao sigue esta misma línea, si bien la argumentación del mismo es interesante por el juego que se ha realizado a los efectos del cálculo de los intereses. Afirma en este sentido que tal y como señala el artículo 71 bis, para los supuestos de acuerdos bilaterales o plurilaterales, se deberá cumplir- entre otros- que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa. En este caso no es un requisito aplicable a estos supuestos más que el fin perseguido de viabilidad. El acuerdo se contrae a dos aspectos esenciales entre los que lo suscriben: “supone una modificación de sus obligaciones de pago de la deuda ajustada a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial a medio plazo: (i) prorroga el vencimiento de las deudas existentes hasta el 25.04.2017 y 25.04.2021; (ii) modifica los tipos de interés ordinarios, reduciendo los márgenes que se añadirán al euribor (del 4,34% y del 4% al 3,60% y al 2,5%). Así se dice en la solicitud y se justifica con el documento 2 (copia del acuerdo de refinanciación, adjuntando como anexo I el plan de negocio).”

Sobre la forma de tramitación (es decir el expediente concreto) tenemos el Auto del Juzgado de lo Mercantil 7 de Madrid de 12 de febrero de 2015⁵⁹⁰. La homologación que se acuerda parte, procesalmente, de una comunicación del artículo 5 bis. El juzgado tramita la homologación dentro del expediente inicial de comunicación de inicio de negociaciones. Tiene notoria importancia porque podría llevarnos a pensar que la citada homologación sí que tiene en realidad un plazo específico (aún no previsto en la norma) que coincidiría con el periodo de cuatro meses que se ha señalado recoge el citado artículo. De esta forma y considerando este supuesto resultaría que no podría presentarse una homologación fuera del plazo previsto en la norma. Es importante destacar que introduce, también, elementos valorativos importantes a considerar:

- e) Por un lado pone de manifiesto la relación entre nuestro sistema y el “*scheme of arrangement*” del derecho inglés en materia de arrastre.
- f) Destaca que el control judicial de proporcionalidad (superando con ello la relatividad de los contratos del artículo 1.257 Cc) se produce ex-post y no ex-ante. Este último lo será exclusivamente con carácter formal.
- g) Sí que realiza, no obstante, un análisis de contenido (aún a pesar de lo dicho) en relación a lo dispuesto en el artículo 71 bis 1 a): “*la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo;*” En tal

⁵⁹⁰ Auto 49/2005. Sacyr-Vallehermoso.

sentido parece referirse a un plazo de carencia de tres años⁵⁹¹ en una obligación- no identificada- que vencía el 31 de enero de 2015. Tengamos en cuenta que el procedimiento se abre en ese mismo año y que la resolución es de 12 de febrero de 2015, lo que conlleva que el acuerdo se debió someter a novación con anterioridad tal y como se recoge en la parte dispositiva del citado auto.

- h) Identifica a los acreedores “no participantes” como acreedores “silentes” dando a entender que en principio todos deberían haber podido participar en dicho proceso⁵⁹².
- i) Identifica a los acreedores de pasivos financieros (definiendo el concepto) relacionándolos directamente con operaciones destinadas a dar liquidez, solvencia y contra-garantías a la solicitante. En concreto se refiere a “entidades financieras” con un concepto, por tanto, restrictivo del ámbito subjetivo de la norma.
- j) El instrumento utilizado para canalizar las operaciones han sido dos pólizas.
- k) Para el cálculo de las mayorías un acreedores firmantes con acreedores “adheridos” posteriormente. La referencia parece dejar intuir que existen- afirmación realizada por el auto- unos acreedores iniciales que firman y que someten a la posible “adhesión⁵⁹³” de otros que también son financieros con posterioridad pero con anterioridad a la homologación.
- l) El juzgador hace un análisis del plan de viabilidad presentado desde el objeto de la actividad de la entidad (tenencia de participaciones sociales) en relación al grupo societario al que pertenece. En relación a ello el riesgo sistémico que supondría la ejecución de garantías respecto de la entidad que solicita la homologación al respecto del grupo tanto financiera como laboralmente⁵⁹⁴.
- m) Respecto de las mayorías el citado auto realiza dos referencias concretas: por un lado a acreedores sin garantías y por otro a acreedores con garantías, significando que se han alcanzado mayorías suficientes para la extensión de efectos. Se recoge al respecto la existencia de un acuerdo de sindicación con un régimen específico en el

⁵⁹¹ En realidad consistente en una novación modificativa con mantenimiento de contratos de garantías.

⁵⁹² Hemos señalado en el análisis del ámbito subjetivo de la norma que los acreedores no participantes tanto lo podrán ser porque realmente no hayan sido invitados a participar como porque realmente no hayan querido intervenir.

⁵⁹³ Hemos señalado con anterioridad que la norma distingue entre acreedores firmantes y acreedores adheridos. La expresión referida a la adhesión se reserva en la misma para acreedores comerciales o de deudas laborales. El último párrafo del apartado primero de la DA 4ª recoge: “*Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta Disposición.*” En el referido auto la expresión no se identifica con estos sino con otros que no han firmado originariamente el acuerdo pero que lo han hecho con posterioridad tras ser firmado por un grupo inicial de acreedores financieros.

⁵⁹⁴ Se pone entonces de manifiesto un criterio extremadamente flexible en supuestos de homologación de acuerdos de sociedades pertenecientes a un grupo.

- mismo de mayoría (absoluta) pero que finalmente no distingue entre los que si se muestran de acuerdo y los que no lo hacen (una minoría⁵⁹⁵).
- n) Igualmente se recoge una referencia a las garantías financieras en relación al RDL 5/2005 y a la nota aclaratoria que se publica por los juzgados de Madrid en relación a este asunto. Para ello considera- como ya afirmara la nota- que el acuerdo podrá afectar al crédito pero no a la tutela ejecutiva que se deriva de la citada norma.
 - o) Expresamente se pronuncia también- reproduciendo el texto de la norma- sobre la posibilidad de ejecutar contra otros garantes o avalistas (por parte de los acreedores) sin posibilidad de invocar el citado acuerdo⁵⁹⁶.
 - p) La resolución recoge una expresa referencia a la no reintegración del acuerdo homologado como “efecto⁵⁹⁷” de la citada homologación. Expresamente recoge efectos respecto de tres acreedores disidentes aplicando el régimen de la carencia (aplazamiento según la resolución) a todas ellas (efecto arrastre) pero también introduciendo elementos novedosos en relación al “*loan to value ratio*⁵⁹⁸” o LTV⁵⁹⁹ o al beneficio de un cobro anticipado o mejora del crédito. Respecto de la primera se señala que la deudora (acreditada en la terminología bancaria asumida por la resolución) se señala que esta se beneficia de un incremento de la diferencia entre el crédito y la garantía (acciones) pero condicionado a la cotización en bolsa de , al menos, un 25% de las acciones de la sociedad garante. No se distingue en la resolución un porcentaje específico de acciones de esta última sociedad garante sino que se hace referencia a la totalidad de las mismas si bien parece desprenderse del acuerdo que habrá una entrada a bolsa de al menos ese porcentaje con

⁵⁹⁵ Recordemos que los Acuerdos de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid de fecha 7 y 21 de noviembre de 2014 recoge en su conclusión cuarta , la siguiente conclusión: “*En conclusión, salvo las previsiones que el propio acuerdo sindicado establezca, el acreedor disidente en el seno del sindicato únicamente podrá verse arrastrado a la refinanciación si concurren las mayorías necesarias para la extensión de efectos de la misma (computando su crédito, si el 75% de este último vota a favor), quedando sujeto a dicha extensión (por ejemplo, si el acuerdo de refinanciación contempla una espera de 10 años, pero la mayoría que lo respalda –un 60% del pasivo financiero total- sólo permite la extensión de una espera de 5 años, será esta última la que se aplicará al disidente en el seno del sindicato); y pudiendo deducir la impugnación de la homologación por los motivos legalmente establecidos para ello, en especial la denuncia del sacrificio desproporcionado.*”

⁵⁹⁶ No obstante debemos tener en cuenta que por un lado se encuentra el acuerdo y por otro la homologación. Que la propia resolución recoge que se trata de una novación (modificativa y de carencia) y que por tanto el citado acuerdo en sí mismo si producirá estos efectos respecto de los firmantes iniciales no pudiendo quedar perjudicados por tanto los garantes. Se refiere solo a quienes sean disidentes o no firmantes y por los efectos del arrastre de la homologación.

⁵⁹⁷ Analizaremos en su momento el citado efecto de la homologación que esencialmente se produce ope legis y que parte de la posibilidad de su análisis en el proceso concursal. La expresa referencia a ser un “efecto” de la homologación y no un efecto derivado de la homologación entendemos que no priva a la misma de esa posterior posibilidad de revisión o a la propia naturaleza de la misma.

⁵⁹⁸ Importe del crédito en relación con el valor de la última tasación disponible de la garantía que lo respalda (*loan to value*, LTV)

⁵⁹⁹ Vid a tal efecto TRUCHARTE ARTIGAS, C EN << Nuevos requerimientos de información sobre el mercado hipotecario: Un análisis del Loan to Value>>. *Revista Estabilidad Financiera*. Número 10. Noviembre de 2010. BdE. <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/10/Nov/Fic/ref0319.pdf>. Ultima entrada 11/10/2015.

operaciones de ampliación de capital y que con ello se realiza una nueva valoración (que parece condicionada) precisamente por la participación de terceros (*shareholders*) en la propiedad, lo que indica que esa operación puede estar prevista en el citado acuerdo y necesariamente reflejada en el plan de viabilidad; y sin embargo referida a otra sociedad del grupo. Asimismo un beneficio en la reducción temporal de intereses cuando se cumplan determinados requisitos respecto de las acciones que ostenta la deudora del grupo Repsol que se condiciona a que la citada acción no supere (quizás en tanto no traspase) determinados niveles y otras condiciones que no se recogen pero que tienen que ver con lo que analizamos a continuación. Ello conlleva que el propio beneficio de la acción asumirá – con esos condicionantes- la minoración del cobro de intereses de la deuda. De igual forma se recoge, como beneficio y efecto arrastre (cuestión que debe entenderse en relación al conjunto de la operación) del cobro anticipado que resulte de la venta de acciones que realice la deudora y que por ello asumirá, por el mayor valor de dichas acciones, ese interés que se dice se reduce; se condiciona entonces a un incremento del valor de la acción.

- q) A efectos procesales la norma recoge la posibilidad de oposición, por un lado, y la posibilidad de recurso de reposición por otro, de la citada resolución, que entendemos es incompatible de la misma forma que se recoge para los supuestos, por ejemplo, de medidas cautelares inaudita parte o de diligencias preliminares. No obstante introduce dos vías diferentes de trascendencia:
- i) Por un lado para los que si intervienen en el citado procedimiento o que son firmantes del acuerdo por cuanto tendrán recurso de reposición.
 - ii) Por otro lado para los que no intervienen o disidentes en tanto se señala solo la posibilidad de oposición limitada que la norma establece.
- r) Por último debemos destacar que tras la presentación para la homologación y por tanto tras la admisión a trámite de la misma y su publicación en el Registro Público Concursal, se presenta (proveído un día anterior a la homologación⁶⁰⁰) una nueva adhesión de otra entidad financiera. Por lo tanto permitiendo adhesiones hasta el momento mismo de la homologación.

2. Efectos de la homologación del acuerdo.

El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta disposición y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas. De conformidad al artículo 415.2 LEC *“El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la*

⁶⁰⁰ Diligencia de 11 de febrero de 2015 que provee escrito de 10 de febrero de 2015 presentado por el propio deudor. La suscripción se realiza notarialmente.

transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.”

En la conjugación de ambos preceptos debemos tener en cuenta por tanto que existe:

- a) Una homologación del acuerdo al que hayan llegado el deudor y al menos el 51% de los acreedores de pasivos financieros. A estos le es aplicable lo dispuesto en el citado artículo 415.2 de la LEC en tanto se trata de un acuerdo homologado judicialmente ; sin embargo los efectos atribuidos por la transacción judicial pueden estar delimitados en virtud del contenido de la adicional cuarta.
- b) Una extensión o arrastre de determinados efectos conforme dispone la norma. En este caso esos efectos arrastre no surgen como consecuencia de los acuerdos transacciones sino por la voluntad de la ley (ope legis) y en tanto a tales, sujetos a lo previsto en la norma concursal.

El mandato al juzgador es imperativo en tanto a que “otorgará “ la homologación o no en función de que se cumplan dichos requisitos que por remisión lo son al apartado primero del precepto y a su vez desde este, completándolo, a determinados apartados del artículo 71 bis LC.

Habíamos señalado anteriormente que la providencia de admisión a trámite sería publicada en el registro público concursal y que la norma no establece un régimen específico de personación o alegaciones a los posibles interesados; ni siquiera existe un plazo concreto. No obstante y en favor de esta posibilidad destacaban dos elementos esenciales: (1) Por un lado el régimen admonitorio de la Recomendación de 12 de marzo de 2014 de la Comisión Europea. (2) Por otro el propio texto de la ley que recoge que en la citada publicación se habría de indicar “*que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido*”. Esto hacía posible su conocimiento a través de diferentes medios y entre ellos la personación en el propio expediente. A raíz de esta matización convendría señalar que esas alegaciones que pudieran soportarse en la redacción de la norma no constituyen un elemento distorsionador del marco imperativo en la que esta se mueve; de otra forma dicho, no es posible que exista una resolución no homologadora cuando se cumplan dichos requisitos; sin embargo sí que es posible determinar a partir de ellas valoraciones concretas sobre el cumplimiento formal y objetivo de los citados requisitos. Incluso la propia competencia del juzgador bien de oficio o bien a través de un régimen admisible de declinatoria.

El juzgador por tanto tendrá tres posibilidades:

- a) La homologación cuando se cumplan (o así lo considere) dichos requisitos. Es importante esta matización que hemos realizado puesto que el análisis del acuerdo podrá nuevamente realizarse en sede posterior de impugnación o concursal según los casos. La valoración inicial del juzgador es limitada, fundamentalmente en cuanto a lo que no son requisitos formales que algunos juzgados han considerado se

pueden determinar bajo principios de oportunidad o de equidad (quizás con la anterior redacción) pero que en concreto son determinados contenidos objetivos que aparecen más bien fruto de una posición declarativa de los firmantes o suscribientes que de una valoración judicial que no conlleva prueba alguna. Esto es esencial en tanto una valoración del cumplimiento del requisito previsto en el artículo 71 bis 1 a) de la LC (En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo) solo parte de una declaración o bien de una declaración comparativa no sujeto a prueba o limitado a documental aportada por los que suscriben sin posibilidad de contradicción. Hemos podido comprobar como la mayoría de los juzgados (a mi modo de ver acertadamente) no realizan en esta fase más que una descripción de los elementos (declarados por quien lo solicita) que determinan el cumplimiento de dicho requisito. Se limitan a ello precisamente por el defecto probatorio y la problemática de defensa o contradicción que pudiera derivarse en una posterior impugnación. Esta, como veremos, no es un recurso sino un verdadero proceso declarativo en donde se va a volver a analizar (dentro de los límites señalados) determinados elementos de dicho acuerdo. Se puede afirmar, en contra, que la citada impugnación prevé como motivos exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido. Pero es que este último supone un análisis completo del contenido de cualquier acuerdo (de entre los que son susceptibles en relación a quien impugna) dado el concepto jurídico indeterminado- que posteriormente analizaremos- de sacrificio exigido.

- b) En segundo lugar podrá acudir a la vía de resolver cuestiones excepcionales o subsanaciones concretas cuando las mismas se hayan puesto de manifiesto en el momento de resolver. Nada impide que el juzgador pueda analizar su competencia objetiva, la capacidad de las partes o pedir subsanación respecto de los requisitos formales cuyo incumplimiento se hubiera puesto de manifiesto en ese momento. La vía de subsanación no está expresamente prevista como si, por ejemplo, en el artículo 13.2 LC para la solicitud de concurso: *“ Si el juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto procesal o material o que ésta es insuficiente, señalará al solicitante un único plazo de justificación o subsanación, que no podrá exceder de cinco días.”* Ciertamente es que la trascendencia de esta no es la de aquella, al menos en cuanto al estado que configura. Pero en nuestro derecho ritualario la subsanación de los defectos procesales- por un lado- es un principio básico que ya se recoge tempranamente en el artículo 26.2.1º LEC como función del procurador (Le corresponde la obligación de colaborar con los órganos jurisdiccionales para la subsanación de los defectos procesales) y que se materializa más concretamente en el artículo 277.2 LEC (Sin perjuicio de ello, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga

fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular) , 231 LEC (El Tribunal y el Secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes). Y 418 LEC en cuanto a capacidad o representación. El legislador limita igualmente, como principio, los supuestos de inadmisión (art. 403 LEC) y a tales efectos en el momento procesal en el que nos encontramos debería tomarse en consideración que todo ello habría de haberse puesto de manifiesto en el trámite previo antes de dictar la providencia de admisión.

- c) La tercera posibilidad es la de la no homologación del acuerdo. Tal caso se producirá cuando no se cumplen los citados requisitos partiendo de que ello será así tanto por la valoración que haga el juzgador como por la no subsanación. Y que esa valoración podrá tomar en consideración las posibles alegaciones realizadas por las partes.

Podríamos plantearnos la posibilidad de suspensión del proceso de homologación a petición de las partes. Se trata de un supuesto dispositivo (art. 19 LEC) pero que conlleva en sí mismo unos efectos graves de mantenimiento de los efectos derivados de la providencia de admisión respecto de las ejecuciones de terceros. El artículo 19.4 LEC recoge a tal efecto que las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días. En este caso es evidente que tanto se afecta al interés general como al perjuicio de terceros si este es solicitado. Y afecta al orden público en tanto posterga artificialmente los plazos urgentes que la norma quiere para estos supuestos. Ante ello podemos adoptar dos posiciones entendiendo que a la parte solicitante puede convenirse esa suspensión en tanto a posteriores suscripciones que deban añadirse o cualquier otro y evitación de una prórroga indefinida de unos efectos que no se quieren por el legislador. Por un lado la posibilidad de otorgar esa suspensión si bien sin mantenimiento de los efectos que la norma señala, algo que se antoja ciertamente complejo y susceptible de ser utilizado fraudulentamente como veremos al analizar el impacto de la tramitación de una homologación de este tipo y la tramitación de una solicitud de concurso necesario cuando no se está cubierto por el plazo previsto en la comunicación del artículo 5 bis LC; por otro la denegación de dicha posibilidad al amparo del carácter urgente y perentorio que la norma señala para su tramitación. De hecho esta última parece ser la más adecuada a la vista de los plazos que la adicional señala.

2.1. Delimitación temporal.

Aunque el apartado octavo de la adicional cuarta recoge que los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial del Estado» ello será en los supuestos en los

que exista una impugnación. En realidad la resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se publicará igualmente mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el «Boletín Oficial del Estado» por medio de extracto. El transcurso del plazo de quince días (que analizaremos posteriormente) sin impugnación hará que la citada resolución sea firme y por tanto también dichos efectos se retrotraerán al momento de su publicación en BOE.

Pero la referencia a esos efectos dependerá igualmente del propio acuerdo. En realidad la norma señala que la homologación surtirá efectos desde dichas publicaciones y por tanto producirá entre las partes los efectos y el arrastre que la misma señala o del que deriva del acuerdo sujeto a homologación.

Nada impide, sin embargo, que las partes (sin perjuicio de las limitaciones que pudieran tener respecto del efecto arrastre) puedan postergar los mismos e incluso retrotraerlos o que queden sujetos a condiciones suspensivas o resolutorias. Incluso la norma refiere (algo que veremos en su momento oportuno) que las partes pueden pactar- y será necesario aclarar- la resolución, para el supuesto de incumplimiento del mismo acuerdo (“salvo que en el acuerdo se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución”) que ya anticipamos debe referirse a los concretos pactos y no al acuerdo en su conjunto.

Ahora bien hemos de distinguir entre estos efectos y los que se producen con la homologación en otros créditos que son arrastrados y que veremos con posterioridad.

De igual forma también hemos de considerar las posibles adhesiones al acuerdo o incluso las posteriores suscripciones que pudieran hacerse, en este caso, por acreedores de pasivos financieros inicialmente no participantes o disidentes. En estos dos supuestos concretos si el acuerdo no lo ha previsto se habrá de estar al momento en que así se determine en relación a los supuestos concretos que les afecten.

En definitiva lo que recoge la norma es el efecto de la homologación; de otra forma dicho, desde cuando surgen los efectos derivados de este y no los efectos del acuerdo que en sí mismo vincula a los acreedores firmantes y solo por la homologación arrastrará a otros no firmantes y a quienes, si es posible, se quieran adherir.

2.2. Paralización de ejecuciones singulares.

El legislador ha querido una especie de efecto continuo entre la comunicación del 5 bis y el régimen de homologación previsto en la adicional cuarta. Los efectos del primero continuarán hasta que se dice la providencia de admisión a trámite del segundo con el límite temporal que prevé el citado artículo. No obstante ya hemos visto como con la reforma de la Ley 9/2015 se recoge que esos efectos podrán venir delimitados e incluso pudieran desafectarse voluntariamente. En relación a esa providencia de admisión se recoge que la

juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación. En relación a esa referencia deberemos tomar en cuenta que la homologación puede terminar tanto con homologación como con una no homologación. Y que la resolución que se dicte será susceptible de recurso en los términos que veremos distinguiendo entre ambos supuestos.

En caso que el acuerdo sea homologado y sea impugnado la literalidad de la norma nos lleva a que se produce el alzamiento de dichas medidas precisamente porque quedan sustituidas por las previstas en el acuerdo, pero este no tendrá efectos hasta que sea finalmente publicado en Boletín Oficial del Estado o transcurra el plazo de impugnación sin que la misma se haya formalizado. Es por ello que entre uno y otro supuesto nos encontramos con un lapsus temporal inadecuado en donde parece levantarse esa paralización generalizada pero todavía no sería eficaz el acuerdo homologado produciéndose una suerte de levantamiento de veda para ejecutar que ciertamente pueden afectar más a los arrastres que a los mismos acuerdos de quienes lo suscriben.

Lo anterior no parece coherente a la lógica sino que deberíamos entender que el efecto subsiste hasta que finalmente es resuelta la homologación en todas sus fases. Sin embargo lo anterior no plantearía mayor problema para los afectados en tanto el acuerdo haya sido homologado pero resultaría nuevamente controvertido el hecho de no haber obtenido una homologación y hacer esta resolución sucesible de impugnación. Como defenderemos en posteriores apartados esta vía de impugnación no está prevista por lo que se aplicaría el régimen de recursos ordinario motivándose con ello la posibilidad de medidas cautelares en los términos que señalamos en su desarrollo.

2.3. Limitación para la solicitud de concurso necesario.

Aunque nos referiremos a esto último en el capítulo IX en relación a las posibilidades que se abren tras la declaración de incumplimiento del acuerdo procede dejar apuntada ya la cuestión al respecto.

En un supuesto de declaración de incumplimiento el apartado 11 de la adicional cuarta señala que *“los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares.”* Que el legislador ofrezca, tras la declaración de incumplimiento del acuerdo, la posibilidad doble de instar la declaración del concurso del deudor, por un lado, o iniciar ejecuciones singulares, nos lleva a plantear si realmente lo que se recoge es una limitación (como efecto) a esa posibilidad de instar el concurso necesario mientras esté vigente el acuerdo y este no se haya declarado incumplido. Si bien en tanto limitado a los créditos sujetos a dicho acuerdo tal y como veremos a continuación.

La consecuencia lógica será, por tanto, la siguiente: el legislador deja expedita dicha posibilidad partiendo de la “necesidad” de acudir a un procedimiento previo de declaración de incumplimiento por ante el juzgado que otorgó la homologación. Esa posibilidad puede conciliarse de dos formas:

- a) O bien entendiendo que lo que el legislador ha querido es dar una opción entre la solicitud de concurso necesario y ejecución singular a quien resulte agraviado por el incumplimiento.
- b) O bien que el legislador lo que ha querido es proteger el acuerdo (de hecho ese es uno de los supuestos previstos para el caso de concurso limitando la reintegración) en lo que al mismo se refiere (no a otros créditos incluso de los mismos acreedores) motivando como requisito previo procesal para solicitar el concurso necesario por impago de dichos créditos, que se declare el incumplimiento a través de dicha vía.

Si acudimos al artículo 7 LC, en su apartado primero (al margen del indicio que pueda suponer estar incurrido en cualquiera de los supuestos del artículo 2.4 LC o de la situación real o no de insolvencia) el acreedor que insta un concurso necesario deberá : *“El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el título o hecho en el que de acuerdo con el artículo 2.4 funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo”*. Por lo tanto son dos supuestos (a groso modo) los que determinan esta solicitud: (1) Crédito y (2) Título en que se fundamenta a los efectos de esa situación de insolvencia con remisión al 2.4 LC.

Desde esa perspectiva enarbolar el crédito que está sujeto a un acuerdo de refinanciación que no ha sido declarado incumplido lo constituye en un crédito limitado, por una parte, a los pactos del mismo y por otra al procedimiento legal e imperativamente previsto para que proceda la posibilidad de reclamación al margen del acuerdo. De esta forma uno de los efectos que se producen por la homologación de dicha refinanciación es la limitación en la solicitud de concurso necesario respecto de dichos créditos en tanto sujetos al pacto, a la homologación y a la declaración de incumplimiento.

2.4. Efecto arrastre.

El carácter imperativo del apartado sexto de la adicional cuarta señala: *“ El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta Disposición y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto”*. De la misma extraemos el último de los apartados: *“declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto”*.

Ese mandato imperativo de declaración de extensión de efectos debe ser matizado conforme a la regulación contenida con anterioridad en relación a dichos efectos:

1º. En relación a unos y en concreto respecto de los créditos de los mismos que no gocen de garantía real o en cuanto excedan, en esos supuestos que sí tengan garantía, la norma establece- igualmente de forma imperativa- que se les extenderán, por la homologación judicial, los siguientes efectos acordados en el acuerdo de refinanciación. Es decir se aplicaría a créditos de pasivos financieros que no tengan garantía real o a la parte que exceda de dicha

garantía una vez determinados el valor razonable del bien y el porcentaje correspondiente de dicha garantía.

2º. En relación a otros y en cuanto la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, por cuanto señala que se les extenderán los efectos *“siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados, con el alcance que se convenga”*. Se trata por tanto de aplicarles lo acordado respecto de los que sí han firmado en relación a sus propias garantías.

De esta forma la norma parece concebir una extensión imperativa en el primer supuesto (que el juez declarará en su resolución) mientras que en el segundo supuesto matiza esta advertencia. El análisis de todo ello debe partir del que debamos hacer de esta última referencia:

- a) Por un lado recoge que se extenderán los efectos siempre que los mismos hayan sido acordados.
- b) En segundo lugar delimita que dichos efectos se extenderán con el alcance que se convenga, es decir con el alcance que se hubiera recogido en el citado acuerdo que se somete a homologación.

La norma señala que el juez *“declarará los efectos que correspondan”* y para ello tomará en consideración la certificación del auditor. Un breve paréntesis al respecto de esto último nos llevaría a analizar nuevamente este supuesto partiendo de lo previsto en uno de los apartados a los que se remite la citada adicional (71 bis 1 b 2º LC). En este precepto se establece que se emitirá *“... certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante”*. Pero acompañando a esto existirán informes de expertos independientes (en su caso) respecto del valor razonable y la propia garantía. De existir diferentes informes el juzgador deberá también pronunciarse sobre esa extensión bien en este trámite o bien en un trámite posterior en ejecución.

Volviendo al análisis inicial tenemos, por tanto, una norma que parece imperativa y otra que dependerá de lo que las partes hayan pactado con un determinado alcance. Pero en cualquier caso se trata de medidas adoptadas por el inicial acuerdo y con el alcance que también el mismo prevea. La problemática es delimitar si entre ambas existe alguna diferencia y fundamentalmente si es posible disponer (art. 1255 Cc) de las primeras en la misma forma que se recoge respecto de las segundas.

Un inicial criterio de lógica nos llevaría a pensar en la libre disposición de las partes en el marco de cualquier acuerdo. Pero en estos supuestos de homologación resultarán implicados no solo los firmantes sino otros que lo son por arrastre e incluso quienes no lo son (comerciales) o no lo pueden ser (públicos). En general afecta a la propia empresa y a la viabilidad de la misma.

La distinción que hace el legislador es, o se realiza, en base a un determinado porcentaje de deuda. El carácter imperativo de la declaración lo recoge respecto de créditos sin garantía real de los no firmantes (a los que se les extienden) por la parte de los mismos y a los porcentajes que exceden de la

protección de dicha garantía, cuando la tuvieren, calculada en la misma forma determinada por la ley:

1º. En el primer supuesto se trata de otros créditos, que no tienen garantía real, pertenecientes a acreedores disidentes o que no han firmado.

2º. En el segundo supuesto se extienden a la parte que exceda de dicha garantía real calculada conforme a la norma.

Y la norma no recoge la misma expresión prevista para la extensión a la parte cubierta con garantía real (y que exige una nueva mayoría computada respecto de la garantía) que es “*siempre que se hubiera acordado*”.

Pensemos por ejemplo en un acuerdo en donde los firmantes han recogido la afectación de sus créditos garantizados con quitas, esperas y conversión. Que estos mismos acreedores son a su vez de otros créditos no garantizados respecto de los que no se han tomado medidas o se ha tomado una en concreto. ¿Deberían por ello extenderse los mismos efectos previstos de quita, espera y conversión respecto de los créditos garantizados por los firmantes a los no garantizados por los disidentes o en cuanto excedan de ello? Creo que la respuesta a ello es la misma referencia a “extensión de efectos” y por tanto entendiendo que la referencia “*se extenderán*” delimita igualmente la identidad de supuestos para que esto pueda operar. Lo que hace la norma es dar mayor fuerza al pacto y ampliar la eficacia e influencia de los mismos en otros supuestos. Por tanto dicha extensión lo es desde la base o el pacto de origen.

Lo anterior nos delimita el primer apartado en referencia a la posibilidad de extender esa eficacia en supuestos similares pactados pero no el carácter imperativo de la norma; es decir si ante supuestos similares (semejantes) en relación a los pactos y créditos y las mayorías reseñadas cuando fueran alcanzadas es posible que se introduzca la libertad contractual de las partes para no extender, en este caso, dichos efectos a otros no firmantes. De ser así ¿Qué razón tendría (salvo error de redacción) la distinción que realiza el legislador en uno y otro supuestos?.

A partir de ahí debemos volver a lo que ya hemos señalado anteriormente; en estos supuestos de homologación el resultado de un acuerdo no solo afecta a un grupo concreto de pasivo respecto del que se consideran las mayorías sino también a otros acreedores ajenos al citado grupo y a la viabilidad de la propia empresa. Se trata por lo tanto de un sacrificio impuesto también a estos últimos tanto en relación a la situación patrimonial como en la creencia a ciegas que deben tener de la viabilidad propuesta con la adopción de dichas medidas que, por otro lado, podrían- de no cumplirse- afectar también a las posibilidades de recuperación de deuda. Es en este sentido, entonces, desde donde podemos concebir la imperatividad de la norma de forma distinta a los acreedores disidentes con garantía real respecto de la parte cubierta con sus propias garantías en donde los concretos efectos deberán haber sido acordados con el efecto de convenga y es esta conveniencia la que delimita el supuesto diferente.

La misma redacción de la norma configura esta interpretación como válida; en el primer supuesto (cómputo de pasivo) el efecto- derivado de la homologación-

parte de señalar que se les extenderán los diferentes efectos. En el segundo supuesto (garantías) se señala que “*por la homologación judicial*” se les extenderán dichos efectos.

La norma delimita que a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, se entenderá, en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esto ha conllevado también una cierta polémica doctrinal que ha venido a ser delimitada por los Acuerdos de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid-2014 conforme a lo siguiente: “*En los términos en los que estaba redactada la norma, la disposición no sólo parecía establecer una regla de cómputo de pasivo a efectos de la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, sino instituir una auténtica disposición imperativa o limitativa de la autonomía de la voluntad en el funcionamiento de los préstamos sindicados. La consecuencia sería que el 25% del pasivo disidente en un préstamo sindicado en que la mayoría votase a favor de un acuerdo de refinanciación, no sólo se computaría como adherido al mismo, sino que habría de considerarse a todos los efectos adherido al mismo. Sin embargo también podía defenderse que la regla contenida en la Disposición Adicional 4ª sobre mayorías en el seno de las operaciones sindicadas únicamente debía aplicarse a los efectos del cómputo del porcentaje básico favorable que se exige para la homologación del acuerdo de refinanciación, sin poderse identificar con la voluntaria adhesión del acreedor disidente en el seno del préstamo sindicado al contenido de lo pactado. Ello significaría: a) que la extensión de efectos del acuerdo de refinanciación a dicho acreedor estaría supeditada a la concurrencia de las mayorías de los apartados 3 y 4 de la Disposición Adicional 4ª (esto es, aunque la totalidad del sindicado se compute a efectos de la mayoría del 51% necesaria para la homologación, los disidentes en el seno del préstamo sindicado no estarían vinculados por el acuerdo salvo que el apoyo del pasivo financiero rebasara el umbral del 60%: para este último porcentaje se suscitara entonces la duda de si el sindicado computaría en su integridad o con exclusión de los disidentes en el seno del mismo); y b) que el acreedor disidente en el seno del préstamo sindicado mantendría el derecho de oposición frente a la homologación. Esta hermenéutica podría basarse en la distinción que se hacía en los párrafos 3 y 4 de la Disposición Adicional 4ª entre los acreedores afectados por el acuerdo que no lo suscriben y los que muestran su disconformidad, deduciéndose que esta última categoría únicamente podría venir referida a los acreedores integrados en un préstamo sindicado que por imperativo legal se tienen por adheridos. El Legislador parece haber querido despejar las dudas en el artículo único apartado 23 de la Ley 17/2014 a favor de esta segunda interpretación, al modificar el tenor del precepto diciendo: A los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, se entenderá, en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando*

voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. La adición de la proposición subrayada únicamente puede justificarse como una validación de la segunda de las teorías expuestas. En conclusión, salvo las previsiones que el propio acuerdo sindicado establezca, el acreedor disidente en el seno del sindicato únicamente podrá verse arrastrado a la refinanciación si concurren las mayorías necesarias para la extensión de efectos de la misma (computando su crédito, si el 75% de este último vota a favor), quedando sujeto a dicha extensión (por ejemplo, si el acuerdo de refinanciación contempla una espera de 10 años, pero la mayoría que lo respalda –un 60% del pasivo financiero total- sólo permite la extensión de una espera de 5 años, será esta última la que se aplicará al disidente en el seno del sindicato); y pudiendo deducir la impugnación de la homologación por los motivos legalmente establecidos para ello, en especial la denuncia del sacrificio desproporcionado.”

No compartimos dicha interpretación. Precisamente el legislador lo que ha venido a aclarar es el funcionamiento como un todo del “acuerdo sindicado” tanto en el cómputo de mayorías como en la afectación que pudiera derivarse de ello. Y en el mismo sentido se ha pronunciado (en semejanza de supuestos para acuerdos y convenios concursales) en el artículo 121.4.3º LC tras su modificación por RDL 11/2014: *“En caso de acuerdos que, tras la declaración del concurso, sigan sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que los acreedores votan a favor del convenio cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta previsión se aplicará para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes.”*

Se puede señalar que la misma norma prevé ya la extensión de efectos a acreedores no participantes o disidentes pero es que este mismo supuesto se recoge en la adicional cuarta que expresamente señala:

- d) A los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y
- e) la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes.

Extraer de ahí una distinción entre pasivos (75%/25% en un supuesto base) para aplicar a estos últimos, disidentes, el régimen de extensión – y no el de suscripción- previsto a continuación, supone marginar que la propia norma delimita el conjunto como un todo a los efectos señalados de entender *“que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación”*. Por tanto es el mismo concepto de suscripción el que se está poniendo en duda realizando una distinción que la norma no realiza y asemejando la referencia *“efectos a acreedores no participantes o disidentes”* con las que posteriormente se realizan respecto de los que no intervienen o se muestran contrarios pero que no están vinculados sindicalmente.

Consecuencia lógica del citado acuerdo de los juzgados de lo mercantil de Madrid es la recogida en el apartado 15 de los mismos que entiende que “[d]esde luego, la norma de la sindicación es de arrastre positivo, no negativo. Es decir, lo que se establece es que de alcanzar dicho porcentaje se entiende que todo el crédito sindicado vota a favor de la propuesta de acuerdo, pero no que en caso de no llegar al 75% se entienda lo contrario: que el 100% del pasivo de este sindicato rechaza el mismo. En tal caso, siempre con respeto a las especiales dificultades que puede presentar la estructuración concreta de cada crédito sindicado, los acreedores integrados en dicho acuerdo podrán votar individualmente en la propuesta del acuerdo de refinanciación”. Y consecuencia contraria a lo que hemos afirmado es el funcionamiento como un todo de dicho sindicato. Conforme señalan los autores⁶⁰¹ “... si bien es cierto que la referida mancomunidad conlleva que los derechos y obligaciones esenciales de las entidades financiadoras (principalmente la obligación de aportar los fondos y el derecho al repago de ellos) se mantienen independientes del resto de entidades, el objetivo y vocación de la financiación sindicada es, precisamente, que las entidades financiadoras no actúen de forma independiente, sino que lo hagan conjunta y coordinadamente en su relación con el deudor de modo que su funcionamiento sea lo más parecido posible al de una financiación bilateral con una única parte financiadora. Y para ello se establece un marco contractual único y conjunto que vincula a todas las entidades financiadoras limitando su independencia en numerosos aspectos (régimen de toma de decisiones, reparto proporcional de los pagos entre todas las entidades financiadoras, ejecución de garantías, etc.) a fin de asegurar que todas ellas se encuentran en igual posición y rango frente al deudor, sin que existan preferencias o privilegios en favor de ninguna de ellas.”

El efecto arrastre se configura independiente tanto en cuanto a la parte del crédito sobre el que debe aplicarse como en cuanto a la formación y necesarias mayorías que deben apreciarse a tal respecto. En todo caso partiendo de una homologación del 51% del conjunto de pasivos financieros en la forma en que lo hemos definido. Es precisamente esa mayoría la que da lugar a que pueda extenderse la eficacia del acuerdo porque solo con la misma podrá homologarse. Ese carácter independiente se pone de manifiesto en las diferentes bases de cómputo que la norma recoge (pasivo y garantías) y no supone incoherencia alguna en el sistema puesto que parte de especies de deuda diferente. De esta forma una mayoría alcanzada en relación a los créditos con garantías afectará a la parte cubierta por las garantías, si así se ha pactado, aunque no conlleve una mayoría suficiente de pasivo para extenderlo a los acreedores disidentes o no firmantes respecto de los créditos no garantizados o en la parte que exceda de dicha garantía. En este último caso la reducción de la parte cubierta por la garantía sana la situación patrimonial en relación a la capacidad de recursos propios de la entidad deudora y permite un nuevo margen de maniobra a través de un nuevo apalancamiento que facilite dinero nuevo cubierto por la misma. Este es el objetivo esencial buscado por la norma cuando se remite al 71 bis 1 a) de la LC. Y ello independientemente de

⁶⁰¹ DE MUNS YNZENGA, «Préstamos y créditos sindicados», en SAAVEDRA ORTIZ / SERRANO ACÍTORES, *Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros*, Bosh 2011, p. 36

aquellos no cubiertos por garantías y la situación en la que los mismos queden, incluso para poder subsumirlos en la parte rebajada (y por tanto cubiertos con garantía) que suponen en conjunto una reducción de deuda a favor del deudor.

Antes hemos hecho referencia también a los supuestos de arrastre de disidentes o no firmantes cuando así se haya previsto y - cito textualmente- "*con el alcance que se convenga*". Conviene analizar igualmente esta referencia en relación a la posibilidad de establecer un alcance distinto para ellos que el previsto para los acreedores firmantes. Es decir si el pacto puede conllevar efectos distintos (en cuanto se convenga) para la parte cubierta con la garantía real respecto de los disidentes o no firmantes a los que se hubieran recogido para los firmantes. Y en este supuesto debemos delimitar varios aspectos:

- a) Por un lado volver a señalar que se trata de extensión de la eficacia de lo pactado y por tanto extensión de efectos desde su origen.
- b) En segundo lugar que ya hemos señalado que en virtud de la redacción de la norma podrá pactarse que no vinculará, o no se extenderá, a otros acreedores no firmantes.
- c) En tercer lugar que las medidas que pueden ser objeto de extensión están limitadas en función del contenido que debe ser homologado para su extensión.
- d) En último lugar que todo ello no impide por tanto que pueda acordarse la extensión de unas y no las de otras a aquellos no firmantes.

Más allá de lo anterior también es interesante delimitar si esa extensión facultativa puede conllevar modificaciones que en conjunto permitan el mismo resultado. Es decir si es posible extender más quita y menos conversión por ejemplo. Y la respuesta debe ser igualmente negativa en tanto a lo que hemos señalado sobre la extensión de la eficacia del acuerdo origen.

Un último aspecto a considerar, que ya avanzamos en el capítulo V es la posibilidad de que determinados acreedores suscriban el acuerdo por una parte de su pasivo financiero pero no por otra considerando diferentes productos o servicios. Habíamos señalado entonces que ello era posible en una interpretación individualizada del producto o servicio que nos permitía la definición del ámbito objetivo sobre el que se aplicaba. Pero esto tiene, en el efecto arrastre, una importante repercusión. Así resultaría que los mismos acreedores quedarán sujetos por la suscripción a los efectos pactados pero no lo serán respecto de otros productos o servicios de que sean titulares que no hayan sido objeto del acuerdo. Cuando la adicional recoge el efecto arrastre se refiere entonces a "*acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación*" o "*o que hayan mostrado su disconformidad*". En teoría aquellos sí que han suscrito el acuerdo pero no por la totalidad del crédito del que pudieran ser titulares de pasivos financieros. En tal caso la norma, entendemos, deberá ser interpretada en sentido amplio puesto que otra posición contraria podría resultar objeto de manipulaciones o maquinaciones fraudulentas (por ejemplo suscribirlo con un pequeño porcentaje para quedar exento del arrastre en los demás créditos). La norma de arrastre no es de

sanción sino de extensión y de pretensión de un objetivo concreto: viabilidad. En virtud de ello ese efecto arrastre se deberá extender también a la parte del crédito que no interviene en el acuerdo.

2.5. Alcance del acuerdo de homologación en el marco de operaciones sujetas al Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

La posición defendida por los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, posteriormente traducida en el Auto de 12 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Mercantil 7 de Madrid⁶⁰², que se recogen en sus conclusiones al respecto de la reforma del RDL 11/2014 determinan la aplicación al crédito garantizado de dichos acuerdos por no estar expresamente excluidos, pero no afectarían a la garantía en tanto al tenor literal de la DA 1ª de la citada norma: *“A los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.”* Esto nos ha llevado a considerar una problemática existente tanto en relación al ámbito subjetivo o de aplicación de la misma como en relación a las mayorías del pasivo y de conformación sobre las garantías reales constituidas que ya hemos tratado y que en definitiva nos llevan a contradecir dichas conclusiones, cuyo tenor literal es el siguiente: *“Esta precisión viene a significar que la posición del acreedor con garantía financiera es igualmente inmune dentro y fuera del concurso, por lo que el pasivo con garantía financiera computará para el volumen total del pasivo financiero (ninguna disposición expresamente lo excluye, como sí hace en relación con el pasivo de personas especialmente relacionadas) y los titulares de las garantías financieras que se adhieran también serán tenidos en cuenta respectivamente a los efectos de las mayorías de pasivo financiero total y con garantía que en la Disposición Adicional 4ª se exigen. Sin embargo, los titulares de pasivos con garantía financiera no podrán verse afectados contra su voluntad por lo pactado en los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. Debe matizarse que esa protección exclusivamente vendrá referida al privilegio de tutela ejecutiva instaurado por el artículo 15.4 del Real Decreto-ley 5/2005, siendo posible la afectación del crédito garantizado en los mismos términos que el de cualquier otro acreedor con garantía real.”*

Por lo tanto – y conforme a dicha interpretación- el crédito garantizado puede ser afectado de igual forma que el de cualquier otro acreedor con garantía real

⁶⁰² La nota aclaratoria es de 20 de enero de 2015. Los acuerdos que se homologan se suscriben notarialmente en fechas de 14 y 23 de enero de 2015.

en función de las mayorías. La justificación dada a tal efecto por algunos de sus autores⁶⁰³ parte de considerar los siguientes elementos:

- a) Que la Disposición Adicional 4ª tenía presente la inclusión de las garantías financieras entre las garantías reales comprendidas en su ámbito de aplicación parecía obvio, pues expresamente se recogían reglas de valoración de las constituidas sobre “valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario”.
- b) La voluntad del Legislador de urgencia en este punto fue facilitar la subsunción de los trámites recogidos en la Disposición Adicional 4ª y en el artículo 5 bis de la Ley Concursal en los “procedimientos de insolvencia” aludidos por el artículo 15.4 del Real Decreto-ley 5/2005, sin pretender ampliar o mejorar la posición de los titulares de garantías financieras respecto al (exclusivo) blindaje de la ejecutividad de estas últimas. No cabía extraer de esa sucinta previsión que los titulares de garantías financieras no pudieran verse afectados por la extensión de efectos de un acuerdo de refinanciación en cuanto al crédito garantizado; quedando únicamente indemne la posibilidad de ejecución de la garantía respecto del crédito exigible, en las condiciones que hubieran sido estipuladas al constituir la obligación o las que hubieran resultado de la aplicación de las medidas contenidas en el acuerdo de refinanciación, consentidas o no por dicho acreedor.
- c) La Directiva 2002/47, de la que trae causa el Real Decreto-ley 5/2005, pretendió únicamente “mejorar la seguridad jurídica de los acuerdos de garantía financiera” desactivando “determinadas disposiciones de la legislación sobre insolvencia, en particular aquellas que impedirían la efectiva realización de la garantía financiera o plantearían dudas sobre la validez de técnicas actuales como la liquidación bilateral por compensación exigible anticipadamente, la prestación de garantías complementarias y de sustitución de garantías” (Considerando 5º).

Sin duda reconociendo la validez de los argumentos debemos partir de una premisa inicial cual es el hecho de que los citados acuerdos parten de la autonomía de la voluntad y en tanto a tales su afectación en el marco de un acuerdo de homologación libremente consentido y firmado quedará por ello, en tanto acreedores financieros, sujeto a dicho acuerdo. Mayores problemas plantean tres supuestos:

- a) Por un lado la posibilidad de arrastre a los mismos afectando al crédito y no a la garantía y por tanto configurando un sistema en el que el valor razonable se calculará partiendo de parámetros que finalmente afectarán a la garantía pero que al aplicar dicho criterio extensivo al crédito pero limitativo a la garantía deberá adaptarse para determinados acuerdos cuyo computo de mayorías se realiza

⁶⁰³ NIETO C, VILLENA B. <<Garantías Financieras y homologación de los Acuerdos de Refinanciación>> Pendiente de publicación. Gentileza de los Autores que señalan a tal efecto: “El presente artículo expone la motivación y alcance de la reciente nota de aclaración de criterios aprobada por los Jueces Mercantiles de Madrid en fecha 20 de enero de 2015 y referida a la posición de los titulares de garantías financieras frente a la homologación judicial de acuerdos de refinanciación.”

en función de estas últimas. Esa misma adaptación deberá hacerse en función del arrastre pretendido en tanto afecten a la parte no cubierta por la garantía (en tanto disidentes) o a la parte cubierta.

- b) Algunas de las medidas de arrastre afectan directamente al crédito no solo en cuanto a la cuantía sino en tanto al cumplimiento o a la conversión y por tanto al mismo acuerdo que resulta por ello distorsionado. La operatividad de un acuerdo, por ejemplo, de compensación se ve afectada por supuestos como la conversión de créditos o capitalización de tal forma que el mismo acuerdo resulta no solo limitado sino incluso con posibilidad de inoperatividad.
- c) Por otro en cuanto a la distinción de cada uno de los productos que quedan dentro del ámbito de la citada norma de 2005. Se entiende por obligaciones financieras principales aquellas obligaciones garantizadas mediante un acuerdo de garantía financiera que dan derecho a un pago en efectivo o a la entrega de instrumentos financieros. Las obligaciones financieras principales pueden consistir total o parcialmente en: a) Obligaciones presentes, futuras o condicionales, incluidas las obligaciones procedentes de un acuerdo de compensación contractual o similar. b) Obligaciones propias o de terceros. c) Obligaciones periódicas. A tal efecto y para la apropiación las partes habrán previsto, por ley, en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito y por tanto excepcionan también el sistema. La ejecución de una garantía se hará de conformidad con lo previsto en el acuerdo de garantía financiera correspondiente (por lo tanto al margen de la ejecución del propio acuerdo) , sin que, no obstante las condiciones acordadas en el acuerdo de garantía financiera, pueda supeditarse a ninguna exigencia de notificación previa, ni a su aprobación por un tribunal, un funcionario público u otra persona, ni a que deba efectuarse mediante subasta pública o de cualquier otro modo regulado normativamente, ni que deba subordinarse al cumplimiento de cualquier plazo adicional.

La situación se convierte especialmente gravosa cuando determinamos un crédito afectado por arrastre en una cuantía concreta con un valor diferente (mayor o menor) al previsto inicialmente para excepcionar el pacto comisorio o ejercitar el ius distrahendi y finalmente computa a efectos de una afección que debe excepcionar igualmente el régimen de ejecución previsto en la norma puesto que ya tiene uno propio que no resulta afectado.

Es por ello que a lo largo del texto de este trabajo, tanto en el ámbito subjetivo como en el marco de los contenidos del acuerdo y las mayorías hemos excepcionado, en interpretación de la citada adicional primera, estos créditos salvo voluntad pactada de conformidad al artículo 1.255 C.c

2.6. Terceros garantes o deudores solidarios.

Los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo pero

resultasen afectados por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos. Respecto de los acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.

Insiste el legislador en mantener la garantía de solvencia respecto de los obligados solidariamente con el deudor, fiadores o avalistas partiendo de un régimen que parece contradictorio- nuevamente y de forma similar al artículo 135 LC- con el nuevo sistema pactado.

De esta forma que la norma recoja que podrán dirigirse contra ellos y que estos no podrán invocar el acuerdo de refinanciación parte de la aplicación de unas medidas en relación a la deuda que pueden afectar (y afectarán necesariamente) a la exigibilidad de la misma. No siendo exigible a estos efectos o habiéndose reducido la cuantía de dicha deuda resulta difícil concebir que en supuestos de cumplimiento se puedan dirigir contra los garantes o deudores solidarios por el pago del resto de la misma, que es lo que realmente está señalando el precepto. Pero es evidente que las medidas acordadas afectarán al deudor solidario o garante. Pensemos por ejemplo en una conversión de deuda en préstamo participativo o conversión de acciones. En este último caso por ejemplo se tratará de un pago mediante dicha conversión y por tanto el hecho de que el precepto señale que no podrá invocar la aprobación del acuerdo ni los efectos de la misma podría conllevar un doble pago que en modo alguno es permisible.

Se trata de una norma arrastrada desde su redacción en 2011 que resulta inidónea al nuevo articulado. Si bien en la anterior redacción podría haber tenido su justificación en relación a los pactos cerrados entre partes el hecho de que ahora estos queden reflejados en el mismo acuerdo y por tanto con cumplimiento de las exigencias legales que deban fijarse para la intervención de los garantes o deudores solidarios, el hecho de haber sustituido la no afectación a los no firmantes por los que si firmaran en la anterior redacción conlleva incoherencia de la norma.

Distingue entonces dos supuestos:

- a) Acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo pero resultasen afectados por la homologación: mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos. En este caso el mantenimiento parte de una pretendida vinculación de las quitas pero que no es extensible a los demás supuestos de arrastre. Pero incluso en este supuesto ese mantenimiento quedará pendiente del cumplimiento por parte del deudor quedando relegado por tanto a los supuestos de incumplimiento o resolución. Pero en este caso resulta igualmente contradictorio con las posibilidades ejecutorias previstas en el apartado trece de la adicional y la situación del remanente según los

casos. En tal supuesto el apartado c) podría ser extensible a ese mantenimiento de efectos. Podría mantenerse que también lo es respecto de la rebaja del crédito y por tanto con la posibilidad de reclamar por la parte de deuda que no le haya sido satisfecha en supuestos de cumplimiento; condicionado, no obstante a dicho cumplimiento y de difícil encaje en cuanto a su exigibilidad.

- b) Acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación: el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica. Lo cual parece lógico a estos efectos.

2.7. Efectos registrales.

La resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2015⁶⁰⁴ viene a plantear diferentes cuestiones que son trascendentales en relación a los acuerdos homologados y los efectos registrales que los mismos pueden producir.

La cuestión concreta que se analiza es un acuerdo por el que las partes convienen la ampliación del plazo de amortización del mismo, en la que también se amplía el límite de la cuenta de crédito garantizada que pasa de 300.000 euros a 500.000 euros, y la registradora no practica la inscripción por encontrarse anotadas, antes de presentarse la escritura calificada, tres anotaciones preventivas de embargo posteriores en rango a la hipoteca que es novada.

De las tres cuestiones planteadas una de ellas no fue objeto de análisis por no haberse impugnado pero debemos igualmente destacarla. De esta forma se plantea:

1º. Por un lado determinar si la novación de la hipotecario de máximo –en garantía de cuenta corriente de crédito– por ampliación del plazo inicialmente convenido y con aumento del límite de la cuenta de crédito, afecta al rango de la inscripción de hipoteca novada o de su ampliación, existiendo cargas intermedias, en este caso embargos, y los titulares de las mismas no prestan su consentimiento a la referida doble ampliación del plazo y de la responsabilidad hipotecaria.

2º. En segundo lugar (aunque sin solución dado que no fue impugnado) un nuevo valor para subasta de las cuatro fincas hipotecadas, sin que se aporte el correspondiente certificado de tasación.

3º. Igualmente, se plantea la cuestión de si tratándose de defectos de tal importancia que afectan esencialmente al derecho real de hipoteca, como son el mantenimiento del rango o la posibilidad de utilizar el procedimiento de ejecución hipotecario por excelencia, debía de suspenderse cautelarmente la inscripción del documento hasta tanto se obtuviesen los consentimientos oportunos, bien de las entidades embargantes aceptado el carácter unitario de

⁶⁰⁴ Resolución de 14 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Gijón n.º 5, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario y de ampliación y modificación de hipoteca de máximo.

la hipoteca inscrita y su ampliación, o bien de la entidad acreedora aceptando un fraccionamiento de la hipoteca en principio no querido.

La alta Dirección hace un repaso sobre la doctrina planteada acerca del alcance del artículo 4, número 3, de la Ley 2/1994, tras la reforma introducida por la Ley 41/2007, cuya confusa redacción ha dado lugar a múltiples y diversas interpretaciones doctrinales. Señala a tal efecto que en un principio la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr Resoluciones de 24 de noviembre de 2009 y 6 de mayo de 2010) consideró, para supuestos de ampliación del plazo de vencimiento de la obligación garantizada, incluso después de vencido el plazo inicialmente señalado, e incluso existiendo terceros titulares de anotaciones de embargo posteriores, como pacto perfectamente válidos tanto respecto de las partes contratantes como respecto de dichos terceros, por las siguientes razones:

a) La ampliación del plazo de vencimiento de la obligación se trata de una alteración contractual que debe calificarse como novación modificativa, que no da lugar a la extinción de la obligación modificada y al nacimiento de una nueva obligación, ya que así resulta de la interpretación sistemática de los artículos 1156, 1203 y 1204 del Código Civil y según reiterada doctrina del Tribunal Supremo (cfr. las Sentencias de 8 de julio de 1909 y 16 de mayo de 1945), salvo voluntad terminante de las partes en sentido contrario o que la obligación resultante de la modificación sea de todo punto incompatible con la antigua modificada;

b) Con la ampliación del plazo de vencimiento de la obligación existente, lo que se pretende normalmente es facilitar el cumplimiento de la obligación inicial, lo que evitará la purga de las anotaciones de embargos posteriormente anotados, lo que les favorecerá a sus titulares al impedir o retrasar su purga hipotecaria por la ejecución de la hipoteca anterior;

c) Fuera de los casos en que es el propio derecho real de hipoteca el que está sujeto a plazo –por disposición legal o por voluntad de las partes–, sino, por ejemplo ante un préstamo hipotecario en que el plazo afecta a la obligación garantizada, el vencimiento de dicho plazo no determina la extinción de la obligación (y accesoriamente de la hipoteca), sino únicamente el nacimiento del derecho del acreedor a exigir su pago durante el plazo de veinte años de prescripción de la acción hipotecaria que fijan los artículos 1964 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria (Resolución de 19 de julio de 2012);

d) La propia Ley Hipotecaria –cfr. artículo 144– admite la posibilidad de modificaciones de la obligación garantizada con hipoteca (entre ellas, la espera), si bien dispone que no surtirán efecto contra tercero, si no se hacen constar en el Registro por medio del asiento correspondiente, aunque esta dicción debe entenderse modificada por la reforma llevada a cabo por las leyes 2/1994 y 41/2007, y e) La ampliación del plazo del préstamo se contempla como un supuesto de novación modificativa el reformado artículo 4.2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. En estas Resoluciones la Dirección General de los Registros y del Notariado no se llega a pronunciar sobre el alcance que haya de tener la interpretación de la norma del apartado 3 de dicho precepto legal relativa al rango de la hipoteca inscrita y los concretos supuestos que comprende, pero parece dar a entender que la mera alteración del plazo no afecta a los derechos inscritos o anotados posteriores, si bien sólo se pronuncia

expresamente respecto a los anotados porque los mismos constituían el supuesto de hecho concreto de las mismas.

Posteriormente, a partir de la Resolución de 22 de noviembre de 2012, ratificada por otras de 10 de enero y 4 y 7 de febrero de 2013 y de 21 de abril de 2014, este Centro Directivo llegó a las siguientes conclusiones relacionadas con esta materia:

a) En primer lugar, con carácter general, se ha considerado que la pérdida de rango de que habla el citado artículo 4.3, no obstante la expresión literal «la alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita» (y lo inscrito sólo puede ser lo ya existente), es más coherente interpretarla atendiendo a la finalidad y al contexto total del precepto, concretamente a la expresión posterior de «por ese incremento o ampliación», y entender, en consecuencia, que la alteración o pérdida del rango y el mantenimiento, en su caso, del rango, lo son sólo en relación con los supuestos posteriores de «incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria» y de «ampliación del plazo del préstamo» de la hipoteca inscrita. No es posible entender que se trate de una alteración del rango de la misma hipoteca ya inscrita, ya que supondría una sanción excesiva para un derecho real ya adquirido e inscrito, que por el mero hecho de realizarse unas novaciones modificativas se pierda un rango ya adquirido.

b) Paralelamente a esa conclusión e intentando ser congruente con ella, esta Dirección General ha sostenido hasta ahora que el fraccionamiento o división de la hipoteca en dos hipotecas independientes, cada una con su propio rango, que genera la anterior interpretación, se produce no sólo en los casos de «incremento de la responsabilidad hipotecaria» (por la cantidad en que se amplíe la responsabilidad), como era la interpretación tradicional, sino también en los casos de «ampliación del plazo» (por el plazo en que se amplíe la duración de la hipoteca), aunque simultáneamente no se pacte un aumento de la responsabilidad hipotecaria, porque a esos dos conceptos se refiere la citada expresión «por este incremento o ampliación». Sin embargo, en cuanto a los efectos de esta dicotomía de la hipoteca, en concreto respecto a la cuestión de qué titulares de derechos inscritos posteriores han de aceptar la novación para que no se altere el rango de la hipoteca novada, se distinguía entre el caso de aumento de responsabilidad hipotecaria y el de novación por ampliación de plazo. Así, en el primer caso de incremento de la responsabilidad hipotecaria, los titulares posteriores que han de consentir serán tanto los de derechos «inscritos» como los de derechos «anotados» (éstos se consideran comprendidos dentro del concepto de cargas posteriores del inciso final del artículo que se integra con la expresión derechos inscritos en su sentido genérico), pues ambos resultan perjudicados ya que en caso de ejecución quedará un menor remanente en favor de los mismos. Por el contrario, en los supuestos de ampliación de plazo hay que distinguir entre unos y otros derechos: los «inscritos» son derechos reales de constitución voluntaria que se inscriben sobre la base de la situación registral existente en el momento de su inscripción, por lo que la alteración (ampliación de plazo) de una hipoteca previamente inscrita les supone un perjuicio (se retrasa en el tiempo la posibilidad de que ese derecho real posterior mejore de rango por cancelación de la hipoteca previa) y, por tanto, habrán de consentir la novación. Sin embargo, las anotaciones de embargo y otros derechos anotados son de constitución forzosa, garantías provisionales de carácter procedimental o procesal, que desaparecerán en caso de que se ejecute la hipoteca previa, por

lo que la posibilidad de que esta ejecución se posponga les beneficia (se ratifica en este extremo el anterior criterio expuesto en el fundamento de Derecho tercero), lo que motiva que no sea necesario su consentimiento para que la hipoteca, con el nuevo plazo, mantenga su rango. Como argumento para defender este doble supuesto concreto se ha señalado que el artículo 4.3 de la Ley 2/1994 al aludir en forma disyuntiva a la «ampliación de plazo», impide que el supuesto pueda ser el de una ampliación de plazo unida al incremento de cifra de responsabilidad, pues sería un supuesto redundante, por lo que, en definitiva, no se explicaría por qué el legislador da un tratamiento específico a efectos de rango, a la ampliación de plazo.

c) En cuanto a las características o alcance de ese fraccionamiento o división de la hipoteca originaría en dos hipotecas, una la de la constitución propiamente dicha que conserva el rango y otra la de ampliación, que viene a equipararse a una segunda hipoteca, situación que se produce en caso de existir terceros titulares de derechos inscritos o anotados con rango posterior que no consientan la novación; tratándose del supuesto de «incremento de la responsabilidad hipotecaria», se ha expresado en numerosas Resoluciones (cfr. Resoluciones de 12 de mayo de 2011 y 24 de febrero y 2 de abril de 2014) que la segunda hipoteca garantizará la cantidad en que se incremente la responsabilidad hipotecaria, lo que no presenta dificultad atendiendo a la naturaleza y estructura de la hipoteca. Se da la circunstancia que todas esas resoluciones se han referido a supuestos en los que las partes contratantes han llevado a cabo ampliaciones de capital y han convenido la ampliación de la responsabilidad hipotecaria por toda la cifra de dicha ampliación, pero ello no prejuzga que sean posibles otras alternativas a las que luego se aludirá.

Pero, por lo que respecta al supuesto de simple «ampliación del plazo» y división de la hipoteca, en caso de existir terceros titulares de derechos inscritos con rango posterior que no consientan la novación, las resoluciones que se han referido a esta cuestión sólo indican que la segunda hipoteca lo será «por el plazo en que se amplíe la duración de la obligación», lo que no se entiende si nos atenemos a la naturaleza y estructura de la hipoteca, sin que se explique en modo alguno por esas resoluciones en qué consiste esa segunda hipoteca.

Desde dichas posiciones viene a mantener que las anteriores consideraciones no resultan totalmente satisfactorias desde una triple perspectiva: primero, porque no se aborda el tema clave de la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, que era si el reformado artículo 4.3 de la Ley 2/1994 permitía la denominada «recarga» de la hipoteca, como sostenía un sector doctrinal mayoritario. En segundo lugar, porque no se determina en qué consiste esa segunda hipoteca «por el plazo en que se amplíe la duración de la obligación». Por último, porque se utiliza como argumentos consecuencias y no premisas, o dicho de otra manera, la ampliación del plazo de la obligación garantizada con una hipoteca perjudicará a los titulares de derecho inscritos posteriores y mermará sus expectativas de mejora de rango por la cancelación de la hipoteca previa, en la medida que la norma no determinara el mantenimiento del rango para tal supuesto, pero no cuando sí determinara ese mantenimiento del rango porque, en tal caso, el acreedor posterior al inscribir ya sería conocedor de ese efecto jurídico y, por tanto, de cuáles son sus reales expectativas. En consecuencia - concluye- , se entiende que la correcta comprensión del artículo 4.3 no puede fundamentarse en una aparente

interpretación literal del precepto dada su difícil redacción, que no contribuye a aclarar suficientemente la exposición de motivos de la Ley 41/2007 que lo reforma, por lo que hay que acudir, como se ha hecho respecto a los efectos concretos de la pérdida del rango, a una interpretación fundamentalmente finalista y sistemática. Lo único que queda claro de la lectura del artículo es la existencia de dos supuestos diferenciados ya que en tal sentido se pronuncian los incisos segundo, tercero y cuarto del mismo que utilizan las expresiones: «en estos casos», «en ambos supuestos» y «en ningún caso».

A tal efecto y tras su razonamiento sobre dicha concepción finalista termina diciendo que respecto de las implicaciones de la recarga en el ámbito concursal (cfr. artículos 71 y 73 de la Ley Concursal) en todo caso son menores que las que genera la hipoteca global o flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, por lo que no pueden considerarse un problema para su admisibilidad.

La conclusión de todo ello será:

1º. Por lo que respecta a los efectos sobre el rango de la hipoteca inscrita de la simple convención de ampliación del plazo de vencimiento de la obligación garantizada resulta que, tanto si existen terceros titulares de derechos anotados posteriormente, como si esos terceros lo son de derechos inscritos, ese pacto es perfectamente válido e inscribible sin pérdida de rango de la hipoteca inscrita, aun en ausencia del consentimiento de los titulares de esos derechos inscritos o anotados con posterioridad. Así, es difícil entender que si el supuesto de mera ampliación del capital, que sí incrementa el riesgo de incumplimiento y, en consecuencia, de ejecución de la hipoteca preferente, parece claro que no determina la necesidad de contar con el consentimiento de los acreedores posteriores, salvo cuando vaya acompañada de un aumento de la responsabilidad hipotecaria, tanto más parece que no es necesario exigirlo cuando sólo se aumenta el plazo de pago que, como regla general, lejos de perjudicar a los titulares de derechos inscritos posteriores a la hipoteca modificada, realmente les favorece en la medida que hace más improbable que se ejecute la hipoteca ante su impago y se purguen sus inscripciones. Es de señalar, por otra parte, que la propia reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007 añadió un nuevo párrafo al artículo 2 de la Ley 2/1994 que regula el procedimiento de subrogación en los préstamos hipotecarios, nueva norma que impone a la entidad de crédito que pretenda subrogarse activamente en un préstamo o crédito hipotecario de otra entidad del mismo tipo, la obligación de subrogarse no sólo en ese concreto préstamo o crédito sino en todos los demás de carácter hipotecario de los que la misma entidad fuere titular sobre la misma finca gravada. Esta reforma es un claro indicio de la convicción del legislador acerca de que esta subrogación, en que sólo se permite modificar «las condiciones del tipo de interés, la alteración del plazo del préstamo, o ambas» (artículo 4.1 de la Ley 2/1994), tiene lugar sin pérdida de rango de la hipoteca objeto de la misma, ya que, en caso contrario, esta obligación sería superflua porque se impone fundamentalmente por razones de rango hipotecario, para evitar que las cargas posteriores de la entidad subrogada sean objeto de purga por la ejecución de la hipoteca anterior en que se haya subrogado otra entidad. Por último, esta convicción del legislador viene avalada también por la normativa posterior, especialmente por el Real Decreto–ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que reconociendo en su artículo 5.5 que las

novaciones forzosas que regula «tendrán los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios», luego en el número 1 del Código de Buenas Prácticas impone forzosamente como una de las medidas de reestructuración de la deuda de los prestatarios comprendidos dentro del ámbito de su aplicación por encontrarse en riesgo de exclusión social: «la ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo», lo que no se aviene bien con que esa ampliación forzosa del plazo pueda provocar, por sí sola, la pérdida de rango de la hipoteca que garantiza esa operación. Máxime si se tiene en cuenta que en el propio número 1 del Código de Buenas Prácticas sólo se señala como voluntaria la reunificación de las deudas (ampliación de capital) que sí es susceptible –según la cuantía– de provocar la pérdida del rango, y en el número 3 del Código de Buenas Prácticas, al imponer la dación en pago para el caso de que la reestructuración de la deuda no sea viable, excluye esta medida «en los casos en que la vivienda esté gravada con cargas posteriores», lo que pone de manifiesto la intención del legislador de no perjudicar en términos de rango a los acreedores directamente afectados y, en consecuencia, si no les protege a esos efectos en los casos de ampliación del plazo o alteración de las condiciones de los intereses, es porque no estima que lo necesiten.

2º. Por ello en el caso concreto viene a determinar que al tratarse de un supuesto de ampliación del plazo de vencimiento de la obligación, con simultánea ampliación de capital –límite del crédito– e incremento de las responsabilidad hipotecaria y concurriendo la existencia de anotaciones de embargo posteriores, se hace necesario el consentimiento de los titulares de dichos derechos anotados con rango posterior; de forma que la ausencia de tal consentimiento implicará la pérdida del rango preferente de esa ampliación, e impedirá también la práctica de la inscripción de la ampliación de hipoteca aunque lo sea con el rango que le corresponda conforme a la fecha de su inscripción actual, si no media el consentimiento expreso por parte de la entidad acreedora para su inscripción en tales condiciones, por afectar tales estipulaciones al contenido esencial del derecho real de hipoteca (rango, plazo y responsabilidad hipotecaria)⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ La circunstancia de referirse el supuesto de hecho objeto del recurso a una hipoteca de máximo en garantía del saldo de una cuenta de crédito no altera la solución anterior, ya que, por un lado, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo de ser aplicables las normas de la Ley 2/1994, tanto las relativas a la subrogación como a la modificación, a los préstamos y a los créditos hipotecarios, y, por otro, porque precisamente el plazo de la cuenta corriente de crédito cumple una función similar que la que tiene el plazo respecto de la recarga: determinar el plazo de amortización final y, a su vez, el tiempo en que las distintas disposiciones de capital, en los términos pactados, son posibles. Así, paralelamente a lo expuesto hasta ahora, no tiene la misma transcendencia respecto de terceros inscritos o anotados la ampliación del plazo de una cuenta corriente de crédito en que simultáneamente se suprime la posibilidad de nuevas disposiciones, porque sólo tiene como finalidad facilitar el pago de una deuda anterior, se asimilaría a la simple ampliación del plazo del préstamo y no exigiría el consentimiento de dichos terceros para el mantenimiento del rango de la hipoteca; y la misma ampliación del plazo de la cuenta corriente de crédito que vaya acompañada de la posibilidad de disponer otra vez hasta la cifra total del crédito convenido y garantizado, que se asimilaría a la simultánea ampliación de capital, aunque la responsabilidad hipotecaria máxima no se alterara, y sí exigiría dicho consentimiento de los terceros. Cuanto más será necesario este consentimiento en el supuesto que tratamos, en que junto a la ampliación del plazo de la cuenta de crédito y la posibilidad de nuevas disposiciones (identificadas como suministros), se amplía la cuantía total

3º. En cuanto a la manifestación de que la operación efectuada obedece a una necesaria reestructuración financiera de la entidad deudora que no agrava la situación de los titulares anotados, el origen o causa de la ampliación del crédito, se estima irrelevante a los efectos de determinar el rango hipotecario; aparte que el incremento de la responsabilidad hipotecaria debe valorarse con referencia a cada finca hipotecada y no de manera global.

4º. En cuanto a la posibilidad de inscripción parcial se pronuncia señalando que inscribir de oficio la ampliación de hipoteca, que se ha solicitado se inscriba con carácter unitario con la hipoteca inscrita, como una segunda hipoteca independiente, modificando, a su vez, la primera en cuanto a sus condiciones financieras, no se considera posible si no es expresamente solicitada tal operación por el interesado, ya que la rogación acerca de la inscripción en este caso es única (cfr. Resolución de 7 de noviembre de 2012), y a que el incumplimiento de un requisito legal necesario para que la inscripción se pueda practicar en los términos solicitados por el presentante, cuando el mismo constituye un elemento delimitador esencial del derecho real de hipoteca o de su operatividad, como es en este caso el rango, hace precisa una solicitud expresa de inscripción en los distintos términos que sea posible (cfr. artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 18 de febrero y 12 de septiembre de 2014).

La importancia notoria de dicha resolución a los efectos de los posibles acuerdos debe conciliarse más con los supuestos del 71 bis Lc que con los de la DA 4ª LC pero en cualquier caso también con esta última en la medida en que exceda el ámbito que hemos delimitado sobre la necesidad de las mayorías para la adopción de los mismos.

2.8. Especial consideración a los acreedores adheridos voluntariamente al acuerdo de refinanciación.

Aunque inicialmente excluidos del universo de la refinanciación prevista a los efectos de homologación la norma recoge que voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público.

La salida del crédito público de cualquier supuesto de arrastre se viene a dejar claro por segunda vez en el precepto.

La forma en que se redacta la norma es en sentido negativo: podrán adherirse los demás que no sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. A sensu contrario podrán adherirse los demás créditos identificados como comerciales o laborales (o cualquier otro que no sea financiero o de derecho público).

Por lo tanto tenemos dos normas concretas que es necesario considerar:

- a) Quedan excluidos del concepto de acreedores de pasivos financieros los que lo sean de créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. Se trata del

a que pueden ascender las mismas y tiene lugar el consiguiente aumento de la responsabilidad hipotecaria.

tercer párrafo del apartado primero de la adicional, en donde se recoge quienes podrán suscribir el acuerdo de refinanciación sujeto a homologación. En virtud de ello no podrán suscribirlo los acreedores que lo sean de créditos laborales, operaciones comerciales o pasivos de derecho público. Se trata de una norma imperativa: no podrán ser suscriptores del mismo ni incluso aunque esa fuera su voluntad.

- b) En segundo lugar que de entre los anteriores si podrán adherirse los acreedores que lo sean de pasivos comerciales o laborales pero no podrán adherirse los que lo sean de pasivos financieros o créditos de derecho público. También en este sentido es prohibitiva para estos últimos y facultativa para los primeros.

Todos los acreedores no comprendidos en el ámbito subjetivo de acreedores de pasivos financieros y salvo los de derecho público por tanto podrán voluntariamente adherirse. No establece la norma una forma de actuación conjunta o colectiva lo que nos llevaría a un planteamiento individual de la misma.

A partir de la delimitación del ámbito subjetivo a efectos de dicha adhesión resulta extremadamente importante determinar qué es la adhesión y, fundamentalmente, cual es el contenido de aquello a lo que se pueden adherir, teniendo en cuenta que hemos distinguido- y volvemos a hacerlo- entre el inicial acuerdo firmado entre los suscribientes y el deudor previo a la homologación y los efectos que esta produce (fundamentalmente arrastre) en otros acreedores en función de las mayorías obtenidas.

En un análisis general de la citada norma podemos comprobar como la misma se refiere esencialmente a los acreedores de pasivos financieros:

- a) En los apartados tres y cuatro- cuando se refiere a los efectos derivados del arrastre por homologación- señala expresamente que serán aplicables a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo.
- b) A estos mismos se refiere el apartado siete al recoger la legitimación para impugnar la homologación.
- c) También en el apartado nueve en tanto recoge los efectos del arrastre en relación a los mismos respecto de los terceros garantes.

Pero también podemos encontrar diferentes supuestos que plantean serias dudas en relación a la cuestión que estamos tratando. La mayor de ellas se recoge en el apartado 11 en donde parece confundir adhesión y suscripción: *“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.”* Y en otros apartados podemos distinguir:

1º. En referencia a la tramitación de las impugnaciones al acuerdo se señala en el mismo apartado siete que *“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.” El concepto que se tenga de parte del acuerdo de refinanciación, incluyendo o no a los adheridos, depende también de que exista esa posibilidad; de otra forma dicho, si los comerciales o laborales pueden adherirse al acuerdo homologado lo es porque este ya lo está. Hasta la resolución que dicta el juzgado no habrá tal homologación y la misma quedará pendiente de recurso permitiendo a los que son partes en el mismo (todavía no ha existido posibilidad de adhesión) que puedan impugnarlo. No obstante homologado, como tal, ya lo está aunque no surta efectos hasta el transcurso del plazo de impugnación con la publicación de la sentencia en BOE o hasta que se publique igualmente la sentencia que resuelva el incidente. Al recoger en el precepto que señala que voluntariamente podrán adherirse estos acreedores también señala que “Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta Disposición.” Esto tiene tres explicaciones: (1) La voluntad del legislador de dejar claro que no se computan aunque mal localizado. (2) La posibilidad de permitir adhesiones con anterioridad a la resolución de homologación y por tanto pudiéndolas tener en cuenta el juzgador no deberá hacerlo por imperativo legal. (3) La posibilidad de posterior adhesión a la homologación pero matizada, como veremos, con la posibilidad de posterior suscripción también por parte de otros acreedores de pasivos financieros.

2º. En el apartado 10 de la norma se hace referencia a los acreedores como “deudas afectadas”: En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación. La utilización de este término se dibuja desde la afectación (suscripción, adhesión y arrastre) de forma diferente a como lo ha hecho anteriormente.

Por lo tanto parece que suscripción y adhesión no son términos sinónimos en el presente supuesto habiendo querido el legislador distinguir entre quienes pueden suscribir (acreedores de pasivos financieros) y quienes pueden adherirse (comerciales y laborales). Y que esta adhesión no conlleva el cómputo de sus créditos a efectos de mayorías⁶⁰⁶. Que dicha adhesión debe hacerse con posterioridad a la homologación está claro en la norma. Que pueda hacerse con posterioridad a esta resolución y antes de su firmeza no queda claro. Por tanto y en virtud de lo anterior la posibilidad de participar (al menos como contraparte no impugnante) en el posterior proceso de impugnación.

Partiendo de lo básico, esto es la posibilidad de adhesión, la cuestión posterior a resolver es el contenido de la misma. Es decir si la misma viene delimitada por los acuerdos originales, por los supuestos de arrastre o por cualquier otro

⁶⁰⁶ Nuevamente se suscita la utilización del término “mayorías” en relación al universo de acreedores a tomar en consideración. Si admitiéramos teóricamente la posibilidad de esa distinción (como lo hace en relación a los sindicatos los AJM-2014 resultaría que deberían computarse en base pero no en mayorías. Pero para ello también deberíamos partir de la posibilidad de adherirse antes de la homologación.

que pudiera haberse recogido, en referencia a ellos, en el citado acuerdo. Y en este último caso si están o no protegidos frente a una posterior rescisión en un proceso concursal de la misma forma que para los anteriores. Son tres posibilidades:

- a) Adhesión a los acuerdos tomados por las mayorías requeridas entre deudor y acreedores de pasivos financieros.
- b) Adhesión para la aplicación de los efectos de arrastre sobre los adheridos.
- c) Adhesión a otros posibles acuerdos que pudieran haberse tomado en referencia a estos concretos acreedores comerciales o laborales.

La adhesión de la que habla el legislador es al acuerdo de refinanciación (homologado) y por tanto no a los supuestos derivados de los efectos de dicha homologación que por arrastre se aplicará a otros acreedores de pasivos financieros en tanto se den las circunstancias allí previstas. Descartamos entonces la segunda de las opciones que hemos visto anteriormente.

Tratándose de una adhesión voluntaria y admitiendo, en hipótesis, que tuvieran posibilidad de impugnación del acuerdo, tampoco podrían hacerlo al limitar los motivos de la misma, exclusivamente, a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición (de la que no forman parte) y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido (que ha sido voluntariamente aceptado). También a estos les afecta la ejecución del acuerdo conforme veremos y conforme se recoge en el apartado diez de la adicional: “En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación.” Se trata por tanto de deudas afectadas, también en estos casos, por dicho acuerdo por una adhesión voluntaria. También estos tendrán legitimación (amplia en la forma en que se redacta) conforme a lo dispuesto en el apartado once de la adicional. En este caso podrán iniciar incidente de incumplimiento del citado acuerdo (de los términos del acuerdo de refinanciación).

Pero el acuerdo ha de ser considerado inicialmente como tal entre deudores y porcentaje suficiente de acreedores. Ese acuerdo delimita la adhesión. Y esa adhesión lo es a un acuerdo existente entre otras partes que nada tiene que ver con el crédito del adherido sino con los efectos que en el mismo se producen respecto de aquellos. Es decir que se adhieren a aquello en lo que resulte afectado el crédito de otros por el acuerdo entre estos y el deudor. Esto conlleva una adhesión a efectos que se reflejarán también en el crédito del adherente y que inicialmente está predispuesto (y para el adherente impuesto) en el prístino acuerdo.

Si uno de los requisitos que debe cumplir el acuerdo, por remisión, es que con ello se consiga una ampliación significativa del crédito disponible, una modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas y que estas respondan a un a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo, nada impediría que los requisitos de adhesión pudieran ser delimitados de forma diferente para estos acreedores que para los que inicialmente han

firmado el mismo. De hecho difícilmente se adherirán a condiciones más gravosas y la facultad de adhesión se materializa en hacer atractivo, desde la viabilidad, que los mismos puedan coadyuvar al mantenimiento de la viabilidad de la empresa.

De esta forma entendemos que nada impediría recoger condiciones (efectos) respecto de otros acreedores en el acuerdo inicial cuando se trate de una población adherente (por lo tanto excluidos los demás) con el fin de facilitar que la misma se produzca evitando con ello el *holdout* o resistencia de los acreedores que pueda afectar a la mejor o mayor viabilidad de la empresa. Tal y como se ha configurado la norma este último se ha evitado, en supuestos de acreedores de deuda financiera, estableciendo ese efecto arrastre que deriva de mayorías que han pasado del 75 al 55 y finalmente al 51% de los mismos. No obstante es evidente que los acreedores comerciales y laborales estén especialmente incentivados a no participar en la reestructuración de deuda, conforme la norma ha sido redactada, dado que el mismo parte de un acuerdo ya dado en donde inicialmente se ha solucionado (o facilitado al menos) la viabilidad y la continuidad a efectos del cumplimiento, también, de sus deudas. Tiene ello mucho que ver precisamente con el volumen de deuda que hayan asumido pero en líneas generales en la no necesidad de su participación y por tanto tampoco en la asunción de costes derivados de dicha refinanciación. Pero tiene cierta razón de ser tanto ese carácter voluntario como la interpretación adherente que realizamos, entre otros supuestos por la asimetría de la información⁶⁰⁷ que puede existir en el proceso de negociación previo, facilitando con ello que las claves de esa aceptación se configuren a partir de un proceso ya dado y del apoyo esencial de quienes financian la empresa con grandes volúmenes de deuda. El sacrificio entonces – y en ese momento sí- ya puede estar justificado individualmente.

Si la posibilidad de adhesión se configura desde la perspectiva amplia que hemos señalado (en la estricta que parte de su sujeción a supuestos asimilados a los acuerdos realizados entre acreedores suscribientes y deudor no existirá duda) otra cuestión que nos plantea es la protección, a efectos de una posterior declaración de concurso a efectos rescisorios y los efectos que la posible reintegración (en los limitados términos que veremos) pudiera ocasionar. Que se establezcan medidas particulares referidas a intereses también particularizados (generales pero que atienden a los intereses del grupo acreedor al que se refiera) y que se permita la adhesión conlleva esencialmente que queden sujetos a los mismos efectos que el pacto protegidos. El apartado sexto de la adicional recoge que el juez, cuando dicte la resolución, declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto; se refiere expresamente a la extensión y tiene su razón de ser en el momento posterior a dicha homologación en la que se prevé la adhesión. Sin embargo el apartado décimo recoge igualmente, ya en ejecución, que el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación. En este caso ya nos habla de “deudas afectadas” entre las que se encuentran indudablemente los supuestos de adhesión.

⁶⁰⁷ BRENNAN, M. y KRAUS, A. (1987): “Efficient financing under asymmetric information”, *Journal of Finance*, Vol. 42, Nº 5, pp. 1225-1243.

No se recoge tampoco la forma de adhesión y si esta ha de hacerse mediante su presentación por ante el juzgado o bien de forma privada. Entendemos que el requisito de la formalización pública que se requiere para el acuerdo es también aplicable a estos supuestos y que ese instrumento deberá utilizarse de la misma forma para la adhesión. Pero a la vista de lo señalado más arriba también, a efectos de ejecución, el mismo habrá de constar en el propio procedimiento por lo que deberá presentarse al mismo para su unión.

Tampoco establece la norma si existe un límite (*dies ad quem*) para dicha adhesión por lo que en principio dependerá del pacto y de las posibilidades materiales de dicha adhesión teniendo como límite estos y el cumplimiento de las obligaciones que se hubieren recogido.

2.9. Planteamiento de la posibilidad de revisión del acuerdo homologado con ampliación.

Hemos hecho referencia anteriormente a los acreedores que pueden adherirse. En el texto de la norma destaca que “*voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta Disposición*”. Si analizamos la misma nos damos cuenta, como ya se ha señalado, que dicha adhesión está prevista con unas características peculiares:

- a) En primer lugar que se trata de adhesiones a los acuerdos de refinanciación ya homologados. Por tanto a acuerdos que han pasado el filtro del proceso de homologación y que han obtenido una resolución homologatoria.
- b) En relación a lo anterior la norma señala que “*estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta Disposición.*”

Si el acuerdo ya ha sido homologado llama la atención que el legislador plantee esta última excepción que quizás está pensada para aclarar- y solo para eso- que los acreedores que se pueden adherir no serán valorados a los efectos de ninguna mayoría de las previstas, ni para la población base sobre la que se calcula la mayoría ni para esta misma. Pero tal y como está redactada permite pensar en la posibilidad abierta de posteriores suscripciones de acuerdos por parte de los acreedores si incluidos en el conjunto de créditos de pasivos financieros y por ello en la posibilidad de ser computados los mismos.

Lo anterior encuentra como obstáculo el hecho de que el acuerdo está homologado y por lo tanto que ya han sido valoradas por el juez las mayorías pertinentes (a efectos de homologación y de arrastre) en virtud de la certificación del auditor.

Si alguna razón tiene la redacción (al margen de la señalada en redundancia de que no se computarán) es la posibilidad de posterior adhesión, por un lado, y posterior suscripción, aceptación o firma por parte de aquellos que inicialmente no intervinieron o eran disidentes. Si se permite la adhesión no existe razón para que también lo sea la firma del acuerdo posterior.

Si esta posibilidad está abierta o se abre conforme a la citada redacción la cuestión se complica aún más en tanto a analizar si eso es posible, si es posible alcanzar con ello nuevas mayorías que den lugar a arrastres o nuevos arrastres (en función del porcentaje de las mismas) y si es posible que el propio contenido del acuerdo determine (como segunda opción a lo anterior) esa posibilidad de suscripción posterior a la homologación del acuerdo.

En cualquiera de los dos supuestos anteriores se nos plantearía el problema de la “ampliación de la homologación”, es decir del sometimiento o nuevo sometimiento al juez que ha otorgado la homologación inicial de la revisión de la homologación ya hecha.

Lo anterior no conllevaría una nueva homologación sino la revisión de la ya realizada, aunque podría afectar (positivamente) al plan de viabilidad que se pudiera haber presentado.

Con esa nueva revisión no se conculcaría la prohibición prevista en el apartado doce de la citada adicional: “*Solicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.*” Al menos en supuestos anteriores al transcurso de dicho plazo. Y todo ello en relación y referencia a créditos existentes y certificados al momento del acuerdo. Por tanto existiría una doble posibilidad que hemos de analizar:

- a) Si es posible esa suscripción del acuerdo con posterioridad a la homologación cuando no está prevista en el mismo.
- b) Si existe esa posibilidad siempre que esté prevista en el acuerdo.

De entre los dos supuestos entendemos difícil la primera y posible la segunda. Así podemos entender que la nueva suscripción por acreedores de pasivos financieros conllevaría la necesidad de acordar una nueva homologación con extensión de efectos (en caso de no estar prevista en el acuerdo) puesto que no existe base jurídica alguna que determine los efectos a producir respecto de los mismos o respecto de terceros que pudieran ser arrastrados por las nuevas mayorías. Estos últimos supuestos de nuevos arrastres conllevarían un nuevo proceso (o deberían conllevarlo) con las mismas posibilidades de impugnación por los nuevos sacrificios que con ellos se determinan para los arrastrados. En realidad estamos hablando de una nueva homologación y por lo tanto infringiría la limitación anual prevista en dicho precepto.

Diferente sería que ese acuerdo haya recogido, por no estar prohibida, la posibilidad y previsibilidad de su extensión a otros acreedores (respecto de créditos existentes al momento de la firma del mismo) de pasivos financieros tras la homologación y los términos y afectaciones correspondientes que pudieran verse en ejecución. En este caso la opción podría ser más ventajosa en virtud de que no solo quedarían extendidos si las mayorías se lograran (o que podría extenderse a otros si estas no fueron conseguidas y con las nuevas suscripciones sí) puesto que podrían conllevar no solo esas medidas a los porcentajes limitados de sus créditos sino otras aplicables al resto o generales que se hubieren podido pactar. En definitiva se trataría de prever una posibilidad de aceptación de todas las condiciones que inicialmente han pactado el porcentaje de acreedores logrado en origen. Al respecto se plantearían tres cuestiones diferentes:

1º. Por un lado la posibilidad de suscripción del acuerdo y sometimiento a las condiciones inicialmente pactadas, con las formalidades requeridas, previsto en el propio acuerdo no afectaría al mismo que ya ha sido homologado.

2º. Sí que deberíamos determinar cómo ha de quedar el citado acuerdo cuando se han logrado efectos extensivos con las mayorías alcanzadas antes de la homologación a esos mismos acreedores que ahora lo quieren suscribir. De otra forma dicho: qué efectos se aplicarían a estos acreedores que han quedado afectados por la propia homologación. En tal caso el acuerdo también podría preverlo y así habría de quedar.

3º. En tercer lugar qué es lo que ocurre cuando con esas nuevas suscripciones se alcanzan nuevas mayorías que dan lugar a un nuevo efecto arrastre (por ejemplo se alcanzaron mayorías de pasivo pero no de garantías y con las nueva suscripciones se alcanzan estas produciendo – en teoría- un nuevo efecto arrastre a nuevos acreedores. En tal caso la situación queda condicional o condicionada sin determinación de plazo (a menos que se haya recogido el mismo) y con incertidumbre respecto del resto de los acreedores que no han firmado y que han visto arrastrada de una forma su deuda y ahora se produce un nuevo efecto en la misma. También en este caso entendemos que la norma no prohíbe nada y que el acuerdo que pudiera haberse homologado podría conllevar estos supuestos sin perjuicio de la indeterminación del sacrificio final exigido y la posibilidad de impugnación que conlleva la misma.

El auto de 12 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Mercantil 7 de Madrid, como hemos visto, en relación a la Diligencia del día anterior toma en consideración una “suscripción” realizada con posterioridad a la presentación y admisión a trámite de la solicitud de homologación y un día antes de la resolución que finalmente la acuerda.

3. Impugnación.

Aunque sí está prevista la impugnación que homologa el citado acuerdo, no lo está aquella que no la homologa. Por lo tanto deberemos distinguir ambos supuestos, partiendo – además- que igualmente que existe una previsión al respecto de los recursos contra la resolución que finalmente resuelve la impugnación de la homologación siempre que se hubiera impugnado por los legitimados que no estén de acuerdo con la misma pero no en el supuesto de no homologación. Es decir que la norma prevé la posibilidad de impugnación cuando se otorga la homologación y frente a la resolución final de esta (que se tramita por incidentes) no cabrá recurso alguno. Pero no está prevista la impugnación de la resolución que no otorga la homologación⁶⁰⁸. La situación concreta que pueda darse es que habiendo impugnado finalmente no se otorgue la homologación y la vía de recursos ha quedado cercenada. Si bien cuando no se ha homologado el acuerdo inicialmente por auto será posible una revisión por la segunda instancia que o bien confirme o bien acuerde esa homologación. Frente a esta homologación de segunda instancia podrá plantearse (aunque no está previsto) una impugnación. La competencia para dicha impugnación no ha sido determinada. Pero en este caso es la segunda instancia quien homologa. A su vez esto podría dar lugar a plantearse si esa competencia es del juez a quo o de la segunda instancia; y en su caso si se otorga esa homologación si es posible iniciar un incidente concursal a los

⁶⁰⁸ Otra interpretación sería considerar que esa impugnación es tanto para un supuesto como para otro.

efectos de la impugnación del mismo. En este último caso (con la sola referencia de apelación) podríamos incluso llegar a plantearnos si cabe o no casación y tanto en supuestos de homologación como de no homologación. Nuevamente, como vemos, la redacción de la norma abre caminos de incertidumbre (incluso de incongruencia) que debe ser fruto de aclaración legislativa.

Nuevamente el apartado sexto de la adicional recoge que la resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el «Boletín Oficial del Estado», por medio de un extracto que contendrá los datos previstos para la publicación de la providencia de admisión.

De conformidad a lo anterior deberá hacerse constar los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.

Entendemos que es esencial también que se haga constar los diferentes efectos que la propia norma recoge distinguiendo, una vez más, entre el acuerdo y la homologación judicial. Y evidentemente la posibilidad de impugnación que prevé el apartado siguiente.

De conformidad al RDL 892/2013 el extracto es diferente (art. 12): ordenadas por entidades deudoras, se publicarán por un lado un extracto del decreto del Secretario judicial por el que se admite a trámite la solicitud de la homologación y, de forma diferente y por otra, extracto del auto judicial por el que se aprueba la homologación de los acuerdos de refinanciación.

3.1. Plazo.

La determinación del plazo de impugnación plantea un primer problema al respecto sobre la naturaleza procesal o civil del mismo. Esta misma cuestión ya había sido planteada con anterioridad en nuestro derecho de quiebras en relación al plazo que para impugnación del convenio concedía el derogado artículo 902 del Código de Comercio. El mismo concedía un plazo de ocho días para que los acreedores legitimados pudieran oponerse. Algunos autores⁶⁰⁹ (en este caso en referencia igual al plazo concedido en suspensión de pagos) consideraban que se trataba de un plazo civil y en tal sentido sostenían que “*no nos hallamos frente al término de un emplazamiento judicial, sino ante el inicio de un plazo para el ejercicio de una acción, en el que el plazo para ejercitarla es siempre de caducidad*”⁶¹⁰, y en el que no existe descuento o abono

⁶⁰⁹ SAGRERA TIZÓN A, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Tomo III, Barcelona 1989 pg. 415 y ss.

⁶¹⁰ En relación a ello también se había planteado si el mismo era un plazo de caducidad o de prescripción. Aunque como señalamos optamos por el plazo procesal es interesante distinguir ambos supuestos: De conformidad a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28-1-1983 (RJ 393): La caducidad o decadencia de los derechos surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido ese término ya no puede ser ejercitado, refiriéndose a los llamados derechos

alguno por días inhábiles". Otros⁶¹¹ habían defendido su naturaleza procesal por tratarse de un plazo o término procesal y amparándose en la STS de 24 de marzo de 1893 o de 20 de diciembre de 1928⁶¹². Entendemos que las mismas causas que motivan su consideración de procesal para algunos autores⁶¹³ siguen siendo válidas en aplicación a esta norma:

- No se trata del ejercicio de una acción sino de la impugnación de un acto.
- Se debe considerar como tal en términos similares al acto de conciliación sin avenencia o intentado sin efecto (STS de 25 de junio de 1968 RJ 3829).
- Por la misma naturaleza del acuerdo y su afectación a quien está legitimado para impugnar que expresamente está recogido.

Aun a pesar del contenido meramente informativo o de conocimiento notorio que recoge el artículo 198.2 LC, el apartado séptimo de la adicional afirma la publicación en el mismo del acuerdo de homologación como emplazamiento: Dentro de los quince días siguientes a la publicación. Se trata por tanto de una excepción a la norma general. Al no preverse expresamente (y sobre ello ya hemos tratado a los efectos de la puesta a disposición de cualquier interesado del acuerdo y por tanto la posibilidad de personación) la personación la norma no distingue entre actos de comunicación o de publicación siendo así que podría colisionar lo previsto en el artículo 133 LEC con lo manifestado en la misma y no existir una distinción entre ambos supuestos tal y como sí se prevé en el artículo 96.1 LC al recoger los plazos de impugnación del informe. Es decir la determinación del día a quo cuando un acreedor se encuentre personado en el expediente y le sea notificada dicha resolución de homologación. En tal caso siempre debemos abogar por la posibilidad de extender el plazo de impugnación hasta que hayan transcurrido esos quince días que la norma computa desde la publicación e incluso extenderlos más allá si la misma se produce con anterioridad a que finalice el mismo plazo que obra en el citado auto tras la notificación individual al que estuviere personado. A tal efecto la doctrina del Tribunal Constitucional en el cómputo de plazos es la siguiente⁶¹⁴: "*es cuestión de mera legalidad ordinaria que, no obstante, puede*

potestativos, y más que a ellos propiamente hablando a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica. Por otro lado la Sentencia del Tribunal Supremo de 6-10-1986 (RJ 5394) señala: La prescripción es una institución jurídica en la que en virtud del tiempo transcurrido se hace prevalecer la seguridad a la justicia, para así obtener un mínimo de certeza en las relaciones jurídicas por encima de cualquier otra consideración. Y de igual forma la Sentencia del Tribunal Supremo de 12-6-1990 (RJ 4757): La prescripción extintiva se basa en la presunción de abandono de un derecho por su titular.

⁶¹¹ RAMIREZ LOPEZ, *La Quiebra*, Barcelona 1998 Tomo III, pg. 1990. DUCE SANCHEZ DE MOYA, <<Las causas de oposición a la aprobación del convenio en la suspensión de pagos.>> *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Concursal I*, Madrid 1992, pg. 240

⁶¹² JC 186/46. En particular a esta se refieren CERDÁ ALBERTO F Y SANCHO GARGALLO I, *Curso de derecho...* op. cit. pg. 221.

⁶¹³ SALA REIXACHS A, *La Terminación de la quiebra y el convenio concursal*. Bosch.2000 pgs. 293 y 294.

⁶¹⁴ (SSTC 1/1989, de 16 de enero, F. 3; 201/1992, de 19 de noviembre, F. 2; 220/1993, de 30 de junio, F. 4; 322/1993, de 8 de noviembre, F. 3; 191/1997, de 10 de noviembre, F. único; 215/1997, de 27 de noviembre, F. único; 89/1999, de 26 de mayo, FF. 3 y 4; 133/2000, de 16 de mayo, F. 3; 179/2003, de 13 de octubre, F. 3, 222/2003, de 15 de diciembre, entre otras muchas).

adquirir dimensión constitucional cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso o de un recurso, o la pérdida de algún trámite u oportunidad procesal prevista en el ordenamiento jurídico para hacer valer los propios derechos o intereses de parte con entidad suficiente para considerar que su omisión es determinante de indefensión, siempre que tal decisión haya sido adoptada partiendo de un cómputo en el que sea apreciable error patente, fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria o se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagrado en el artículo 24.1 CE "

3.2. Legitimación.

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

Como se puede comprobar la legitimación para impugnar viene delimitada en la norma partiendo de:

- a) Solo inicialmente en tanto resulten afectados por la homologación.
- b) Acreedores de pasivos financieros.
- c) Dentro de estos últimos solo los que no hayan suscrito el acuerdo o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo.

No queda prevista esa impugnación para quienes, incluso cuando hubieran descubierto posteriormente cualquier situación anómala, lo hubieran suscrito, lo suscribieran con posterioridad en los términos señalados o se hubieran adherido o pudieran adherirse. Tampoco para quienes no participan y están excluidos de dicha participación como son los acreedores de derecho público.

Como esa legitimación para homologar ha sido- tal y como vimos- ampliada a los acreedores suscribientes y tampoco se ha previsto la participación del deudor en el proceso en el supuesto de que sean ellos quienes soliciten la homologación (si bien hemos señalado la necesidad de ponerlo en su conocimiento) tampoco se ofrece dicha posibilidad a unos u otros en función de quien solicita la misma.

El término "afectados" sin embargo no se identifica con "arrastrados" o aquellos que dentro de dichos supuestos pudieran estar arrastrados. Tal y como hemos expuesto existirán acreedores de pasivos que lo habrán suscrito por una parte del mismo (individualizada) pero no por otra y por ello deberán entenderse, en global, que son suscribientes sin que se extienda esa legitimación por la parte que no suscriba el acuerdo y al que le afecte el arrastre en función de las mayorías.

La redacción del precepto nos lleva al término más amplio "pasivos financieros afectados" pero delimitados conforme hemos señalado.

Evidentemente quedan fuera, igualmente, de todo ello cualquier pasivo que tenga dicha naturaleza y que sea posterior al propio acuerdo por no resultar directamente afectados. Esto nos lleva a considerar que la afectación a la que se refiere la norma es una "afectación directa" y no indirecta pues en tal caso,

en este último, todos los acreedores de pasivos financieros resultarían afectados en virtud de dicho acuerdo.

En la redacción anterior la legitimación se extendía a todos los que no hubieran prestado su consentimiento permitiendo con ello una suerte de distinción entre los que si consentían y los que no consentían. En la actual la referencia a la suscripción nos lleva a delimitar un poco más la prevista en la anterior.

La resolución del Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao de fecha 23 de julio de 2015⁶¹⁵ trata un supuesto de falta de legitimación para impugnar de un acreedor, individualmente, que forma parte de un sindicato. La cuestión obtiene una respuesta negativa al no resultar acreditado o distinguido en la certificación del auditor pero plantea la duda de dicha posibilidad. En tal caso entendemos que no se puede limitar dicha legitimación activa para impugnar en tanto afectados que no hayan votado a favor y por tanto independientemente de ese efecto arrastre que se produce por la obtención de las mayorías.

El segundo párrafo del apartado séptimo de la adicional recoge que de la impugnación se dará traslado al deudor y a los demás que son parte en el acuerdo. De esta forma la legitimación pasiva no se extiende a los demás que no hubieran intervenido o hubieran mostrado su disconformidad con el acuerdo, ni tampoco a los adheridos sino exclusivamente a los que han suscrito el mismo y al propio deudor. De hecho la referencia lo es al acuerdo y no al mismo proceso de homologación en donde podrían haberse personado-conforme a lo que defendemos- otros interesados. Nada impediría a estos o a otros que no hayan comparecido utilizar la vía de intervención (art. 13 LEC) para comparecer en el mismo si bien limitado a los que no tienen legitimación para impugnar que quedarían, transcurrido el plazo señalado, marginados en dicha posibilidad. Si bien entendemos que el concepto de interesados no abarcaría ni podría extenderse a otros que no puedan haber intervenido en el mismo (acreedores de derecho público) u otros comerciales o laborales que no se hubieren adherido. No serían entonces interesados directos en el mismo por cuanto no les afecta (al menos directamente subrayamos) y la discusión se centra (o se puede centrar) en torno a mayorías o sacrificio realizado sin que por uno u otro motivos podamos extender ese carácter interesado a los mismos.

Pero de igual forma y utilizando el precepto (traslado al deudor y a los demás que son parte en el acuerdo) nos podríamos plantear la necesidad de citar como partes a todo tipo de garantes que hubieran firmado el mismo. Entendemos que ello no es así y que deberá limitarse a los que suscriben el mismo. En este caso el ser parte del acuerdo de refinanciación debe relacionarse con la posibilidad de suscripción del mismo (inicial) por el porcentaje exigido como mínimo en el apartado primero de la citada adicional. Es esto lo que da vida y efectos al propio acuerdo y por tanto entendemos que debería limitarse a ello. Pero una cosa es ser parte en el procedimiento de impugnación y otra en el acuerdo de refinanciación. De esta forma entendemos que deberían conciliarse ambas posiciones. (Trataremos este apartado posteriormente).

⁶¹⁵ Homologación judicial de Acuerdo de Refinanciación nº 79/15.

3.3. Delimitación de la posibilidad de impugnación.

En el ámbito de la impugnación debemos distinguir entre acuerdos sometidos a homologación judicial que hayan obtenido una resolución de homologación de aquellos que no la hayan obtenido.

En este sentido debemos inicialmente plantearnos el ámbito del apartado séptimo: *“Dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla. Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.”*

El objeto de impugnación es, en sí mismo, el acuerdo de homologación en sentido positivo partiendo de que la misma se puede plantear desde los afectados, en los términos expuestos, siempre que no lo hubieran suscrito o sean disidentes y por ello en tanto “afectados” porque hay un acuerdo aprobado que a ellos les vincula de cualquier forma sin haber participado o querido participar. No se formula desde la posición de “no afectados” o desde un ámbito subjetivo distinto. Por tanto el efecto en la impugnación será diferente.

Por otro lado también debemos señalar que lo que permite la norma, en tal caso, es la “impugnación” y por tanto limitando la vía de recursos. Esa impugnación lo es de la homologación (no del acuerdo) y esto tendrá incidencia en los efectos del resultado de la misma. Pero en lo que aquí afecta permitiendo la vía de recursos en tanto no exista esa posibilidad de impugnación. De la amplitud o no de esto trataremos en cada uno de los supuestos.

Además de lo anterior debemos señalar que la impugnación, en función de los motivos, tanto podrá afectar a las mayorías y por ello a la misma homologación o a los efectos arrastre que conlleva como al sacrificio exigido. En este último caso la proporción del sacrificio exigido puede estar limitado exclusivamente al acreedor que impugna, si bien otros podrán estar en la misma situación (pensemos en acreedores arrastrados de la misma naturaleza). Es decir que esa impugnación tanto podrá derivar en la afectación global del acuerdo como en la afectación parcial del mismo y en este último caso en un supuesto concreto individual o en un supuesto colectivo.

3.3.1. Impugnación de la resolución que deniega la homologación.

Si el juzgador finalmente determina no homologar el acuerdo la norma, por tanto, no concede legitimación para impugnación o, dicho de otra forma, no canaliza la vía de “impugnación” de la misma. Tengamos en cuenta que la ley de enjuiciamiento civil utiliza esta misma terminología cuando se refiere a los recursos; así por ejemplo el art. 458.1 LEC señala que *“[E]l recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la*

notificación de aquélla.” Esa referencia por tanto a impugnación se identifica con la vía de acceso a la revisión de la resolución.

En el supuesto de no homologación la ley no recoge esa canalización- como si lo hace en el supuesto contrario- por una impugnación tipificada, por lo que hemos de estar a lo dispuesto en la normativa rituarial general (Disposición Final quinta de la LC). Podríamos plantearnos la posibilidad de ser aplicable la vía del artículo 197 de la LC pero entendemos que no será posible dada la canalización que el precepto recoge en referencia a un proceso concursal ya declarado y cuya pretensión esencial es mediatizar la interposición de recursos interlocutorios impidiendo una dilación indebida del procedimiento de insolvencia; cuestión esta que no ocurre en el presente supuesto en donde ni estamos ante tal supuesto ni tratamos de una resolución interlocutoria.

Conforme a lo señalado se abre la vía del recurso de apelación por ante la Audiencia Provincial dado que la competencia en este caso es del juzgado de lo mercantil como hemos visto. Y a tal efecto corresponderá a la sección especializada que corresponda de conformidad al artículo 82.2.2º LOPJ⁶¹⁶.

A ese respecto nos podemos plantear la posibilidad de adopción de medidas cautelares respecto de los créditos que pudieran resultar afectados en relación a dicho acuerdo no homologado pero que será sometido a la revisión de esa segunda instancia. El resultado de esta podrá afectar definitivamente a ese efecto arrastre partiendo de que por un lado tenemos el propio acuerdo y por otro los efectos de la posible homologación que se pudiera acordar por la propia Audiencia provincial. A tal efecto el artículo 723.2 LEC recoge que *“[P]ara conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos.”* El artículo 462 LEC recoge que durante la sustanciación del recurso de apelación, la jurisdicción del tribunal que hubiere dictado la resolución recurrida se limitará a las actuaciones relativas a la ejecución provisional de la resolución apelada. De conformidad a la doctrina⁶¹⁷ *“[L]a apelación “suspende” la competencia del tribunal a quo, que no puede ya realizar actividad alguna relativa al concreto proceso. Realmente esto supone que: 1.º) Cuando se trata de apelación contra sentencia desestimatoria de la demanda y de auto que pone fin al proceso, no cabe que el tribunal a quo proceda a actuar en sentido contrario a lo resuelto, y añade el art. 456.2 que la apelación “carecerá de efectos suspensivos”. Cuando se trata de resoluciones que ponen fin a la instancia sin que las mismas contengan pronunciamiento alguno ejecutable (sentencia desestimatoria de la demanda o auto de sobreseimiento por incomparecencia de las partes a la audiencia previa), carece de contenido técnico hablar del efecto suspensivo, tanto para decir que concurre como que no se produce. En estos casos, si el tribunal de primera instancia no va a realizar ya actividad alguna, no tiene utilidad decir que el mismo no puede proceder a actuar en sentido contrario a lo resuelto, pues lo cierto es que no va a proceder en ningún*

⁶¹⁶ A tal efecto la Sección conocerá de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil, salvo las que se dicten en incidentes concursales que resuelvan cuestiones de materia laboral, debiendo especializarse a tal fin una o varias de sus Secciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley Orgánica.

⁶¹⁷ MONTERO AROCA J , *Derecho jurisdiccional II*. Tirant 2011 Pg. 438

sentido. 2.º) Cuando la resolución recurrida es una sentencia estimatoria de la demanda sus pronunciamientos tendrán la eficacia que regula la LEC para la ejecución provisional, según la naturaleza y contenido de esos pronunciamientos (art. 456). Admitida la ejecución provisional con carácter general (con excepciones, arts. 524 y 525), el recurso de apelación no produce el efecto de suspender la ejecución de la sentencia de condena. Esta sentencia no es firme, pero es ejecutable, si bien provisionalmente.”

Con anterioridad nos habíamos planteado la posibilidad de adopción de medidas cautelares en el mismo proceso de homologación. Entonces señalábamos que otro supuesto que podríamos plantearnos es la posibilidad de adoptar medidas cautelares, en ese procedimiento de homologación, de conformidad a lo previsto en los artículos 721 y ss de la LEC. Nos referimos, esencialmente, a cualquier otro supuesto no previsto por las normas anteriores en tanto pudieran obstaculizar – por infringir las reglas legales- el proceso de homologación desde la solicitud hasta que el mismo produce efectos desde la publicación de la sentencia que resuelva la impugnación que pudiera plantearse. Tengamos en cuenta que en el supuesto del arbitraje el artículo 722 LEC prevé esta posibilidad incluso por haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento. En tal sentido la norma recoge, tras la providencia de admisión y sin tener en cuenta el artículo 5 bis LC, que el juez declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación, pero nada dice de las que pudieran iniciarse posteriormente e incluso de la posibilidad de despacho de ejecución en su caso. En tal caso la casuística es importante pero entendemos que en líneas generales podrían admitirse. De ser posible el mismo, es decir la adopción de medidas cautelares durante la homologación, la situación varía de conformidad a lo previsto en el artículo 744 LEC en tanto señala que *“[a]bsuelto el demandado en primera o segunda instancia, el Secretario judicial ordenará el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, si el recurrente no solicitase su mantenimiento o la adopción de alguna medida cautelar distinta en el momento de interponer recurso contra la sentencia. En este caso se dará cuenta al tribunal, que oída la parte contraria y con anterioridad a remitir los autos al órgano competente para resolver el recurso contra la sentencia, resolverá lo procedente sobre la solicitud, atendiendo a la subsistencia de los presupuestos y circunstancias que justificasen el mantenimiento o la adopción de dichas medidas”*. De forma similar la adopción de esta medida conllevaría, en caso de no otorgar la homologación e interponer el recurso correspondiente de apelación, la posibilidad de mantenerlas en tanto resuelva la segunda instancia y pendiente de dicha resolución.

En relación a lo anterior también cabría plantearse el resultado de la resolución de la Audiencia Provincial. Es decir si se produce la ratificación de la no homologación no tendríamos que plantearnos ningún efecto posterior, pero si no se produce y la resolución es la de revocar la de primera instancia el resultado vuelve a ser contradictorio con la regulación de la norma. Así la resolución que dicen la Audiencia Provincial podría ser la de homologar el

citado acuerdo o – como cuestión novedosa en nuestro derecho a raíz de las declaraciones de concurso- acordar que procede la homologación remitiendo, en este caso, los autos al juez de origen para que sea este quien dicte la resolución de homologación en coordinación con la posterior posible impugnación que respecto de la misma se abre ante el propio juzgado y respecto del que, como veremos, no cabe recurso. Siguiendo en este sentido al autor citado⁶¹⁸ “[E]n sentido jurídico estricto cuando se habla de doble grado o de doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero. El doble grado o instancia permite dos pronunciamientos sobre el objeto del proceso y sobre el objeto del debate.” Y sin entrar en la detallada fundamentación de ello el mismo autor señala que “Correctamente entendido el doble grado o instancia, hay que decir que el recurso de apelación, tal y como ha sido tradicionalmente regulado en el proceso civil español no daba ni da lugar a una verdadera segunda instancia. En nuestra tradición jurídica no ha existido nunca una doble instancia en sentido estricto y tampoco existe en la actualidad, y ello a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia se refieren con reiteración a segunda instancia. Lo que hemos tenido y tenemos es una apelación limitada, no una apelación plena.” De la misma forma otros autores⁶¹⁹ vienen a matizar lo dicho señalando que en nuestra tradición jurídica se cumpliría con ello no obstante lo señalado por “CHIOVENDA que indica que el órgano de apelación se encuentra frente a la demanda en la misma posición que se encontraría el de primera instancia en el momento de fallar o, como indica CARNELUTTI, la apelación reconstruye, no constituye, siquiera para hacerlo se valga de los mismo materiales, salvo las excepciones derivadas del “ius novorum⁶²⁰”. Es por ello que nos encontramos ante un sistema en donde prepondera la limitación en la apelación frente a un

⁶¹⁸ MONTERO AROCA J, *Derecho jurisdicc...* op. Cit.. Pgs. 430 y ss.

⁶¹⁹ GIMENO SENDRA, V, *Derecho procesal civil*. Lección 30 pg. 1 y ss.

⁶²⁰ El Tribunal Supremo, aunque en ocasiones ha obviado entrar en la diferenciación o matización al respecto, como lo manifiesta cuando afirma que “la apelación, ya se configure como un nuevo juicio, ya se conciba como una revisión del proceso anterior, está orientada a depurar los resultados del mismo” (STS 4 de Julio de 1981), en la inmensa mayoría de las decisiones, se ha pronunciado concibiéndolo como una simple revisión del proceso primitivo anterior (STS 16 de Febrero de 1983), “por lo que el juzgador de alzada se encuentra frente a la cuestión debatida con la plenitud de conocimientos y en la misma posición que tuvo el juez originario, tanto en la cuestión de hecho como en la de derecho” (SSTS de 5 de julio de 2006 – 2006/6385, de 22 de abril de 2005- 2005/3752, de 23 de Octubre de 2.003 -2.003/7763, 28 de Marzo de 2.003 -2.003/3038-, 21 de Noviembre de 2.002 -2.002/10267-, de 22 de junio de 1983 -1983/3650 y ATS de 18 de julio de 2006- 2006/197435-). o limitando su ámbito conforme al principio de la “revisio prioris instantia” (SSTC 212/2.000 y 152/1.998; SSTS 6 de Febrero de 2.004 2.004/398, 15 de Marzo de 2.002 -2.002/2842-, 7 de Diciembre de 2.001 -2.001/9936, 21 de Junio de 1983...) o indicando que “el recurso de apelación (es) el que revisa las apreciaciones de hecho y la aplicación del Derecho”, misma línea en la que se manifiesta la STS de 11 de Julio de 1990 al señalar que “es doctrina reiterada la de que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (concibe) al recurso de apelación como simple revisión del procedimiento primitivo anterior..” “El recurso de apelación –señala la STS de 8 de Febrero de 2.002 (2.002/3278- confiere plenas facultades al órgano «ad quem», permitiendo un «novum iudicium», da lugar a un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada en primera instancia, extendiéndose a todo el objeto de ésta y es un recurso devolutivo utilizado contra sentencias con la finalidad de su sustitución por entender la parte apelante que ha mediado un error en el juicio.”

sistema limitado en donde se aplica el principio “*revisio prioris instantiae*”. En los supuestos teóricos limitados en revisión (frente a la plena) en apelación la resolución “*debe limitarse a declarar que la sentencia recurrida es conforme o es contraria a derecho, y en este segundo caso a devolver las actuaciones al juez que la dictó para que efectúe un nuevo pronunciamiento.*” .Esta vía es quizás la que se ha venido utilizando en los supuestos de revisión de los autos revocados por la segunda instancia en solicitud de concurso⁶²¹ ordenando la declaración del mismo. Y este puede ser el criterio a observar y seguir en relación a lo señalado. Con ello se evitaría el planteamiento de la posibilidad de impugnación del acuerdo homologado ante la Audiencia Provincial y su tramitación por incidente concursal que está expresamente previsto para supuestos de primera instancia y se acomoda la norma a la limitación de “*recurso de apelación*” que respecto de la sentencia que se dicte recoge. Debemos tomar en consideración (aunque volveremos a tratarlo) que el RDL 892/2013 recoge en su artículo 15.2 una referencia en relación a las sentencias dictadas en el incidente- a efectos de su publicación- de impugnación. En tal caso señala que también se inscribirá en el registro la sentencia que declare la anulación de la homologación. Se refiere entonces a “anulación” y no a reposición o revocación. Aplicado a este supuesto entenderíamos que lo que hace la Audiencia Provincial cuando resuelve el citado (y no previsto) recurso es anular dicha resolución ordenando que se dicte otra en su lugar por la que se otorgue la misma.

No obstante y tomando en consideración la literalidad del precepto (El juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación) la no homologación y el posterior recurso nos llevaría a plantearnos el efecto suspensivo o no del mismo en este apartado. El artículo 456.2 LEC recoge que la apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda y contra autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos, sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto. La resolución que acuerda la no homologación supone el fin de dicho procedimiento y por ello el levantamiento de la suspensión existente al respecto. Al recoger la norma exclusivamente los efectos de suspensión “hasta que se acuerde la homologación” parece poder plantear la posibilidad de su mantenimiento hasta agotar cualquier vía posible de recurso. No obstante dicha interpretación conllevaría ir en contra de lo dispuesto en dicho precepto y una interpretación integradora –en defecto de referencia- que el legislador parece no haber previsto dando por supuesto la homologación.

Si finalmente se acuerda no dar lugar a la homologación podríamos plantear si es posible una nueva solicitud con anterioridad a que trascurra el plazo de un año previsto en el penúltimo apartado de la adicional. La redacción del mismo no parece dar posibilidad a ello (Solicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.) dado que nos habla

⁶²¹ Por todas: Roj: AAP IB 11/2014. Audiencia Provincial Palma de Mallorca. Sección: 5. Nº de Recurso: 320/2014. Nº de Resolución: 162/2014. Fecha de Resolución: 28/07/2014. Roj: AAP GR 186/2011 Audiencia Provincial Granada Sección: 3. Nº de Recurso: 152/2011 .Nº de Resolución: 76/2011. Fecha de Resolución: 17/06/2011.

de solicitud y no del resultado de la misma⁶²². La cuestión plantea serios problemas cuando el resultado de la no homologación parte de defectos formales que no han sido (o no han podido) ser subsanados en esta primera. Nuestra impresión al respecto es que el sentido positivo (siempre buscando el resultado homologado) del precepto nos debería llevar a un criterio distinto al literal de la norma permitiendo esa homologación (sin distinción de plazos) cuando la presentada (o presentadas) dentro del año no han tenido un resultado positivo, es decir cuando no se han homologado; y que la limitación no tiene razón de ser cuando no existe un acuerdo inicial homologado dentro de dicho plazo. En tal sentido puede ser aclaratoria la transitoria segunda del RDL 11/2014 cuando señala que “[A] los deudores que hubieran celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente durante el año anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley, no les será de aplicación la limitación de un año prevista en el apartado 12 de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para solicitar una nueva homologación judicial”. Es por ello que el citado precepto debe ser interpretado en el mismo sentido referido en la norma: acuerdos de refinanciación homologados judicialmente y no a los supuestos en que no ha habido homologación.

3.3.2. Impugnación del auto de homologación del acuerdo de refinanciación.

Uno de los problemas que surgirá con la homologación es precisamente la impugnación. Conforme al apartado octavo de la adicional “*Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».*” Hasta entonces permanecerán paralizadas las ejecuciones por efecto de la admisión a trámite de la solicitud. Pero debemos esperar al transcurso del plazo de impugnación, primero, y a la sentencia que se dicte, después, para que los citados acuerdos comiencen a producir efectos.

La impugnación- y esto es importante- no lo es del acuerdo mismo sino de la homologación. La referencia del apartado octavo de la adicional es “podrán impugnarla” en referencia a la homologación y no al acuerdo concreto. Tomemos en consideración que la homologación consigue el objetivo protector que hemos analizado y el efecto arrastre que le es consiguiente. De ser impugnado el resultado no confirmatorio (es decir la revocación del mismo) parte de un ámbito subjetivo limitado- conforme hemos señalado- y de unos motivos también tasados.

Por tanto debemos distinguir:

- a) Impugnación de la homologación, que seguirá la limitación de legitimación, tasación de motivos y tramitación específica, sin posibilidad de recursos previstos en la norma.

⁶²² Ello sin perjuicio de que podamos interpretar la limitación en relación a los acreedores financieros afectados (suscribientes y arrastrados) y no respecto de los no afectados.

- b) Impugnación del acuerdo de refinanciación que deberá ventilarse al margen de esta en un proceso declarativo ordinario y por las reglas generales sin limitación en cuanto a legitimación o motivos.

Lo anterior conlleva también un estudio de la incidencia de la impugnación prevista y regulada en la norma y el resultado de la misma en dicho proceso ordinario en el que pueda atacarse el acuerdo en sí mismo.

La cuestión puede resultar nuevamente controvertida si partimos de la redacción de la norma. Tal y como hemos señalado la misma recoge que la resolución se publicará en el Registro de resoluciones concursales y a partir de ahí y durante quince días determinados acreedores de pasivos financieros (no firmantes y no suscribientes con el ámbito subjetivo que antes hemos delimitado) podrán impugnarla por motivos igualmente tasados.

Resultaría ciertamente contradictoria la posibilidad para los suscribientes dado que se oponen a su mismo acuerdo; pero no extraño en tanto pudieran haber descubierto maquinaciones fraudulentas o documentación posterior que pudiera afectar a la voluntad inicialmente manifestada. El mismo deudor, conforme se ha señalado, puede haber sido marginado en el proceso de homologación si la solicitud ha partido de acreedores.

La norma ha previsto una limitación de impugnación que sin embargo no deja totalmente redactada de forma clara: ¿Podría plantearse la posibilidad de recurso para otros que no sean los delimitados en su ámbito subjetivo?. De otra forma dicho sería la posibilidad de distinguir dos apartados:

1º. Posibilidad de impugnación y solo esa para quienes resulten comprendidos en su ámbito subjetivo.

2º. Posibilidad de recurso contra el auto que otorga la homologación. En este caso para el resto de los afectados directa o indirectamente, incluido el deudor y los pasivos públicos excluidos, o incluso de los que sean comerciales o laborales (se hubieren adherido o no), socios, administradores, interesados, etc.

No parece que esa haya sido la intención de la norma que limita y así lo señala la posibilidad de ataque al auto mediante la expresión “impugnación”. Esa impugnación debe ser entendida como genérica en cualquier planteamiento frente al auto homologado impidiendo contra la resolución que se pueda dar la vía de recurso de apelación.

Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en la adicional cuarta y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido. Partiendo, como hemos hecho, de la limitación de la legitimación para impugnar, la delimitación del concepto “motivos” nos lleva a un primer planteamiento de la naturaleza de esa impugnación. Debemos partir de la limitación existente al respecto en tanto el auto que otorga la homologación no es recurrible sino impugnabile y su tramitación se realizará por incidentes. Con ello nos encontramos, además, con una limitación o fijación taxativa de los motivos de impugnación. En tal caso se convierte por ello en una suerte de impugnación extraordinaria dado que la revisión se limitará a las causas realmente fijadas en el escrito de interposición que deberán adecuarse a los dos únicos motivos previstos en la norma. La vía ordinaria de revisión (impugnación por incidentes) se convierte por ello en supuesto extraordinario.

La citada norma no puede sino entenderse como una excepción al régimen de recursos previsto legalmente si bien con dilación al momento de la sentencia que resuelva el incidente. Y tiene su razón de ser en el previo análisis que realiza el juzgador, sin contradicción (aunque como hemos señalado con posibilidad de alegaciones) que ahora- y por ello- requiere un conocimiento contradictorio y probatorio mayor que el que inicialmente ha servido para la homologación.

Esta conformación no es desconocida en nuestro derecho de insolvencias; así en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922⁶²³ el artículo 9 recogía que “desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos y mientras se sustancia el expediente no se admitirá por el Juzgado pretensión alguna incidental que tienda, en forma directa o indirecta, a impugnar la procedencia de la declaración judicial o a aplazar su inmediata efectividad. El Juez rechazará de plano, y sin ulterior recurso, toda pretensión deducida en ese sentido, con reserva al peticionario de su derecho para reproducir su solicitud en el juicio declarativo correspondiente⁶²⁴.”

Sin embargo los motivos tasados y delimitados plantean igualmente una suerte de problemas de interpretación:

- 1º. Concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición
- 2º. Valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

Ya nos planteamos en su momento el régimen de porcentajes en sentido amplio; es decir de la determinación de las bases de cómputo y de las mayorías; pero también referido a su existencia, a la forma en que las mismas se calculan, el momento o la propia valoración de los activos y garantías que puedan dar pie a la misma. No se trata, a mi modo de ver, de una simple comprobación de porcentajes sino de controversia sobre todos los aspectos que nos pueden llevar a estos tanto de forma como de fondo. En su redacción anterior la referencia era a la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación exclusivamente. La voluntad del legislador sigue siendo la misma si bien ahora y derivado del supuesto arrastre deberá extenderse, como así se ha hecho, a estos otros supuestos.

Por otro lado la referencia indeterminada a la valoración del carácter desproporcionado⁶²⁵ del sacrificio exigido parte de resoluciones judiciales que ya se habían pronunciado al respecto. Así en los Acuerdos de los JMM.2013⁶²⁶ se hacía una especial referencia a ello señalando: “(1) Para invocar dicha causa se debe ser, obviamente, uno de los acreedores que hubiera sufrido el efecto extensivo de las quitas y esperas del acuerdo extrajudicial, con su oposición o ausencia, proteste formalmente o no. (2) Deberá examinarse la desproporción que pudiera implicar el sufrimiento de dichas novaciones en ese concreto acreedor, según la naturaleza, origen y otras circunstancias de su

⁶²³ Ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos. (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2004).

⁶²⁴ Sobre el ámbito de la norma vid. CERDÁ ALBERO R Y SANCHO GARGALLO I, *Curso de Derecho Concursal*. Colex. 2000. Pgs. 268 y ss.

⁶²⁵ En su redacción anterior: la valoración de la desproporción del sacrificio exigido

⁶²⁶ Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de apoyo a los emprendedores, sobre cuestiones concursales de 11 de octubre 2013.

propio crédito, particularmente si existe un trato diferencial en dichas quitas y esperas entre diversos grupos de acreedores, o es más, en acreedores individualizados. (3) Pese a ello, nada se opone a que la desproporción del sacrificio de quitas y esperas pueda ser valorada en atención a que las impuestas son superiores a lo que efectivamente se requerirían como suficientes para la viabilidad de su actividad económica según el plan de viabilidad que debe acompañar al de pagos (art. 236.1 pf. 2º LC).”

Por su parte los Acuerdos de los JMC-2013⁶²⁷ realizan una compilación de las resoluciones dictadas a ese momento por los diferentes juzgados y concluyen:

- “Valorar como desproporcionado un sacrificio patrimonial para las entidades financieras⁶²⁸ es un concepto jurídico indeterminado que se definirá según las circunstancias concurrentes. Son muchos los criterios o parámetros por los que podría realizarse el juicio o control de oportunidad:

a) AJM8 BCN 23 de enero de 2013: “Finalmente se llevará a cabo un control de oportunidad respecto de si el acuerdo supone un sacrificio desproporcionado para los acreedores financieros que no lo suscribieron debiendo atender a criterios como los efectos que el acuerdo pretende producir respecto de los acreedores, cómo afecta al pago de su crédito, la existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio realizable del deudor o la concesión de garantías a los acreedores afectados por el acuerdo que les asegure la recuperación de aquél”.

b) AJM1 BCN 22 de febrero 2013: “Los parámetros para valorar un eventual supuesto de sacrificio patrimonial desproporcionado serían: a) Los efectos que el acuerdo pretende producir respecto de los acreedores; b) El cómo afecta al pago de su crédito así como sus situación económica o financiera; c) La existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio realizable del deudor; y d) La concesión de garantías a los acreedores afectados por el acuerdo que les asegure la recuperación de aquél”.

c) AJM8 BCN 23 de enero de 2013: “En cuanto al control de oportunidad no solamente debemos atender a lo manifestado por el experto independiente sino además teniendo en cuenta que con el acuerdo de refinanciación se conceden garantías reales a los acreedores que carecieran de la mismas (cláusula 15), entre los que se encuentra el acreedor disidente (...)”.

d) AJM5 BCN de 28 de junio de 2013: “*El análisis de la proporción del sacrificio del acuerdo de refinanciación tiene su relación con los acreedores financieros que no suscribieron, pues son ellos quienes deben soportar el sacrificio de sufrir una espera en el cobro de sus créditos. En este punto, el porcentaje de disidencia puede servir para calibrar la proporcionalidad del sacrificio que pueden (rectius deben) tolerar las entidades disidentes. En este sentido y según las circunstancias concurrentes, se puede compartir la idea de que si la disidencia es mayor, será menor la tolerancia al sacrificio que causa una refinanciación al acreedor que no la apoya y viceversa, cuanto menor sea*

⁶²⁷ Homologación judicial de acuerdos de refinanciación (DA4 de la LC). Seminario Jueces Mercantiles de Catalunya de 5 de julio 2013.

⁶²⁸ Tengamos en consideración que dichos acuerdos se plantean en un ámbito reducido de entidad financiera en el marco de la reforma producida con la Ley 14/2013 de emprendedores. Ese análisis de perjuicio se realiza en función de ello.

la disidencia mayor sacrificio podrán exigir los acreedores que apoyan la refinanciación”.

Para valorar un eventual supuesto de sacrificio patrimonial desproporcionado, habrá que atender asimismo a las condiciones de la espera pactada que se pretende extender a los acreedores financieros disidentes. Este criterio o parámetro de análisis conlleva previamente la tarea de definir a qué tipo de espera se refiere la DA4LC.”

Todas las resoluciones dictadas⁶²⁹ han venido, más o menos, observando dichas valoraciones. Jurídicamente, nuestro Tribunal Supremo, en sentencias

⁶²⁹Algunas de estas resoluciones son: Roj: AJM B 7/2013 .Órgano: Juzgado de lo Mercantil Barcelona 1.Nº de Recurso: 48/2013. Nº de Resolución: 53/2013. Fecha de Resolución: 22/02/2013: Los parámetros para valorar un eventual supuesto de sacrificio patrimonial desproporcionado serían: a) Los efectos que el acuerdo pretende producir respecto de los acreedores; b) El cómo afecta al pago de su crédito así como sus situación económica o financiera; c) La existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio realizable del deudor; y d) La concesión de garantías a los acreedores afectados por el acuerdo que les asegure la recuperación de aquél.-En este caso, entiendo que la extensión a las tres entidades financieras disidentes de los efectos del acuerdo de refinanciación relativos a la "espera" no constituye un sacrificio patrimonial desproporcionado , toda vez que valorando las garantías personales y reales que el deudor constituye a fin de salvaguardar su percepción, así como las mejores condiciones financieras que le son ofrecidas, en conjunción con la viabilidad recogida en el plan de pagos informados favorablemente por el experto independiente, no se contempla sacrificio excesivo alguno, pues precisamente el presente acuerdo tiende a salvaguardar el cobro de sus créditos en el seno del plan de viabilidad en idénticas condiciones que las restantes entidades firmantes del acuerdo, de conformidad con la conclusión alcanzada por el experto independiente. Roj: AJM TF 8/2013. Órgano: Juzgado de lo Mercantil Cruz de Tenerife 1.Nº de Recurso: 44/2013. Fecha de Resolución: 18/01/2013:-No supone un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron, pues sus créditos no superan a los de las que se adhirieron al acuerdo; por lo que se procede a la homologación judicial interesada. Roj: AJM B 15/2013: Órgano: Juzgado de lo Mercantil Barcelona 2. Nº de Recurso: 191/2013. Nº de Resolución: 127/2013. Fecha de Resolución: 10/04/2013: - En cuanto al control de oportunidad se debe indicar que la solicitud de la instante contiene un discreto aplazamiento, hasta el día 1 de octubre de 2013, por lo que no debe considerarse desproporcionado para las entidades disidentes. Roj: AJM M 22/2013. Órgano: Juzgado de lo Mercantil Madrid 3. Nº de Recurso: 688/2012. Fecha de Resolución: 14/03/2013 : El acuerdo no supone un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron. Ha de valorarse a estos efectos que el acuerdo de refinanciación previsto por la LC conlleva, en todo caso, un sacrificio para las entidades financieras acreedoras que no lo suscriben, si bien a los efectos del presente trámite, y a la vista de los antecedentes obrantes en autos, no cabe reputarlo desproporcionado , atendiendo en particular al plazo de espera resultante (considerablemente inferior al máximo de tres que permitiría la LC), a la ausencia de pactos abiertamente discriminatorios y a la pluralidad de entidades firmantes. Roj: AJM M 21/2013. Órgano: Juzgado de lo Mercantil Madrid 9. Nº de Recurso: 27/2013. Fecha de Resolución: 20/02/2013: Como se ha señalado por la Doctrina (Nieto, Carlos, Memento Concursal) el criterio elegido por el Legislador suscita dos problemas básicos: a) la absoluta inseguridad jurídica inherente al mismo, por el empleo de la expresión " sacrificio patrimonial injustificado" en una sede totalmente distinta de la que determinó su aparición en la jurisprudencia, revelándose por ello inidóneo para discernir en qué supuestos debe rechazarse la extensión de una espera pactada en un acuerdo de refinanciación a los acreedores disidentes del mismo; y sobretodo b) la falta de elementos de juicio del Juez competente para la homologación para valorar dicho criterio. Dado que la homologación del acuerdo parece obligada siempre que no suponga un sacrificio desproporcionado y que obviamente, el hecho negativo de "no constituir un sacrificio desproporcionado " por su propia naturaleza no puede ser acreditado, obtenemos como resultado que la denegación del Juez Mercantil únicamente sería viable en caso de que alguien personado en las actuaciones hubiera practicado en el expediente prueba bastante sobre la resultancia del sacrificio

de 16 de septiembre⁶³⁰ y 27 de octubre de 2010⁶³¹, ya ha recogido la relación entre este sacrificio con el propio perjuicio de la operación: «La existencia del presupuesto del perjuicio, con sacrificio patrimonial injustificado...»; y las Audiencias Provinciales ya han venido a desarrollarlo (SAP Barcelona 7536/2011, de 15 de junio de 2011), exigiendo para ello un doble requisito: una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado que, en el caso concreto, se refería a la inexistencia de una equivalencia de prestaciones (una venta de dos inmuebles por un precio muy inferior al de mercado), y un desequilibrio que no se justificaba por las circunstancias concurrentes.

Algunos autores (Quintana, Bonet y García-Cruces, 2005) defienden la referencia sobre la base del perjuicio de tal forma que la operación conlleve un menoscabo de la masa activa económicamente injustificado; y, por ello,

desproporcionado respecto de la espera aprobada en el acuerdo de refinanciación. En este caso y a falta de otras circunstancias que pudieran ser puestas de manifiesto en sede impugnación no se considera que la homologación del acuerdo con los efectos que de ello se derivarán para el acreedor no suscriptor, pueda considerarse un sacrificio desproporcionado para dichos acreedores, ello teniendo en cuenta la cuantía mínima de sus créditos la ausencia de garantías en los mismos, la naturaleza de las garantías prestadas en el acuerdo de refinanciación y la previsible producción de activo que pueda suponer que la continuación de la actividad empresarial. Roj: AJM M 20/2013. Órgano: Juzgado de lo Mercantil Madrid 12. Nº de Recurso: 651/2012. Fecha de Resolución: 23/04/2013. Igual criterio anterior. Roj: AJM B 24/2013. Órgano: Juzgado de lo Mercantil Barcelona 8. Nº de Recurso: 963/2012. Fecha de Resolución: 23/01/2013. Igual criterio Barna. Roj: SJM B 325/2013. Órgano: Juzgado de lo Mercantil Barcelona 5. Nº de Recurso: 408/2013. Nº de Resolución: 118/2013. Fecha de Resolución: 07/08/2013: El límite está en el sacrificio desproporcionado como exponen las conclusiones de 5 de julio de los JM de Cataluña: " En el caso de que una refinanciación precisara de una paralización superior a los tres años de las ejecuciones promovidas por entidades financieras disidentes cuyos créditos estén dotados de garantía real y a los que no se les puede extender los efectos de una espera pactada por tiempo superior a esos tres años podría entenderse que el acuerdo causa sacrificio desproporcionado a aquellas entidades financieras no adherentes y no sería homologado judicialmente "Roj: AJM C 63/2012. Órgano: Juzgado de lo Mercantil Coruña (A). 1. Nº de Recurso: 483/2012. Nº de Resolución: 109/2012. Fecha de Resolución: 14/12/2012: En las expresadas circunstancias, y en las de las esperas convenidas con las entidades financieras firmantes del acuerdo (siete años para la amortización de los préstamos y el abono de intereses, si bien el primero de carencia limitado al abono de intereses), que no hay razones para entender que supongan un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras que no lo han suscrito, procede acceder a su homologación y ordenar la correspondiente publicación en el BOE por medio de extracto. Roj: AJM BA 34/2013. Órgano: Juzgado de lo Mercantil Badajoz 1. Nº de Recurso: 337/2012. Nº de Resolución: 22/2013. Fecha de Resolución: 07/02/2013: En cuanto al sacrificio para las entidades financieras que no lo hayan suscrito, se considera que el mismo no supone un sacrificio desproporcionado para las mismas, por lo que procede homologar el presente acuerdo de refinanciación. Roj: AJPI 22/2013. Órgano: Juzgado de Primera Instancia Logroño 6. Nº de Recurso: 1254/2012. Fecha de Resolución: 22/05/2013: Cumplidos los requisitos del apartado primero, se debe analizar si existe sacrificio desproporcionado para las entidades financieras no suscribientes, y dado que en el presente caso se ha pactado una espera del abono de la deuda de dos años en referencia al principal, siendo que siguen abonándose los intereses de toda la deuda, se considera que no existe sacrificio desproporcionado para las entidades no firmantes, por lo que procede homologar el acuerdo de refinanciación suscrito y su aplicación a tales entidades. Roj: AJPI 23/2013. Órgano: Juzgado de Primera Instancia Lugo 2. Nº de Recurso: 1252/2012. Fecha de Resolución: 01/02/2013.

⁶³⁰ (Roj: STS 328/2010)

⁶³¹ (Roj: STS 5329/2010)

introducen una referencia nueva a ese sacrificio que ahora se convierte en un «sacrificio económicamente injustificado ». Sin embargo, los conceptos «injustificado» y «desproporcionado» son diferentes porque uno exige la justificación de la operación; lo que en el marco de una refinanciación se explica, tanto por sí misma como, junto a ella o de forma independiente, por las condiciones normales del mercado o por la necesidad de aprovechamiento de los instrumentos de financiación propios o externos de la empresa.

La desproporción exige una falta de «proporción debida» (RAE, 2001). Y hablamos de un sacrificio patrimonial con un objetivo concreto que es la refinanciación amparada en la viabilidad de la empresa y, por lo tanto, en su continuidad. Este sacrificio desproporcionado se delimita, en el análisis global de la operación u operaciones en relación a la situación societaria, del mercado y a los acreedores¹, en el análisis de la operación en particular (bien por las garantías dadas o por el mismo gravamen de los bienes y derechos) o en relación a un sacrificio económico injustificado en sí mismo considerado en ese momento.

Y además debería realizarse en un doble ámbito: jurídico y económico-financiero. Desde el ámbito jurídico deberemos atender a los propios requisitos de contenido que recoge el artículo al hablar de ampliación significativa del crédito disponible, modificación de obligaciones, plazo de vencimiento o nuevas obligaciones en sustitución de aquella. Sin embargo no siempre hablaremos de «sacrificio» en el sentido que hemos expuesto. El análisis de la operación (y de la proporción) debe partir de dos supuestos diferentes: por un lado, de aquellos en que la operación de refinanciación se ampare en un aprovechamiento de los activos de la empresa a los efectos de buscar rentabilidad limitando el riesgo y, por otro, en el supuesto de una operación que parte de la necesidad de ese sacrificio para poder dar viabilidad. En este último supuesto, hablamos de sacrificio patrimonial y, por tanto, con una minoración del patrimonio en provecho de un fin o interés que se estima de mayor importancia que lo que se sacrifica.

Dos temas nos suscitan entonces lo que hasta ahora hemos intentado desagregar. Por un lado, cómo se valora la desproporción existente. En segundo lugar, si esa desproporción debe ser valorada individual o conjuntamente respecto de los créditos afectados por su no participación en el acuerdo o por su disidencia. La norma concursal recoge, en su apartado cuarto, la posibilidad de impugnar, por parte de los acreedores, dicha homologación del acuerdo de «la valoración de la desproporción del sacrificio exigido», además de por las mayorías obtenidas. Introduce entonces un nuevo término que es el de «valoración», que puede realizarse tanto cualitativa como cuantitativamente. Y habla también del «sacrificio exigido» que se particulariza, individual o conjuntamente, en las ampliaciones de crédito disponible, modificación de obligaciones, prórroga del plazo de vencimiento o en el establecimiento de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas. Pero nada dice sobre la aplicación de estas medidas, en el acuerdo conjunto, lineal, proporcional o ponderado. Y, evidentemente, todo ello en aplicación a una empresa individual, a varias pertenecientes a un grupo empresarial o a todas las empresas del mismo grupo. Es por ello que se abre la vía a un acuerdo de

desigual afectación a los acreedores financieros con la posibilidad de su imposición a los disidentes o a aquellos que no participen en este, siempre que se obtengan las mayorías suficientes para el mismo. Y que dicho acuerdo parte de esas mayorías y, por tanto, de una voluntad manifestada que nada tiene que ver, entonces, con una valoración conjunta sino individual. Se limita a la valoración que ha de realizarse a los no participantes. Y es dentro de este segundo grupo donde procede la valoración de los acuerdos en relación a la situación concreta de cada uno de ellos. A partir de este punto, la valoración individual por la afectación del acuerdo podría conllevar la no homologación completa del mismo, aunque, en un supuesto límite, el resto no suponga un sacrificio desproporcionado para los demás afectados e, incluso, aunque dé mayor viabilidad para el cobro de los créditos, ya que hemos dicho que el análisis se realiza desde la perspectiva del acreedor y no desde la del deudor. A todo ello hemos de sumar el mismo hecho de que esa valoración individual podrá realizarse tanto desde la afectación directa (reducciones, extensión de vencimientos, carencias, garantías, suspensiones) como indirecta, en este segundo caso, por la pérdida de garantías de recuperación de deuda a favor de otros afectados en función del contenido del citado acuerdo. Es por ello que dicho análisis introduce las comparativas de rentabilidad y riesgo como elementos de valoración de la financiación en comparación con la refinanciación. Y desde ellas el análisis de la proporción en comparación a los acreedores afectados.

Dicho lo anterior, el sacrificio desproporcionado debe realizarse desde la comparativa con otros acreedores afectados y no con una comparativa propia inicial y final. Es evidente que existe un sacrificio tal y como se ha definido; pero también que ese sacrificio debe configurarse desde un contenido adverso, delimitado en la propia ley concursal (significativo en el caso de la ampliación de crédito). La desproporción lo es en relación, entonces, al resto de los acreedores y a la situación de los mismos y, en relación a esta última, en función del sacrificio exigido. Es, por tanto, en una tabla de doble entrada, sacrificio y proporción de las medidas las variables que se relacionan: peores medidas⁴ suponen menor sacrificio. Y todo ello valorado en relación a la rentabilidad y el riesgo.

Menor rentabilidad y mayor riesgo deben suponer menor sacrificio, proporcionalmente hablando, en una comparativa con otros acreedores. Mayor rentabilidad y menor riesgo, lo contrario. Por este hecho es una proporcionalidad comparativa con la exigida a otros acreedores y no una comparación entre posición inicial y final del propio acreedor.

Si todos los acreedores tienen el mismo sacrificio lineal podríamos hablar de desproporción; si el sacrificio es porcentual difícilmente estaríamos ante una desproporción. Si el sacrificio es ponderado, la valoración de la desproporción debe introducir otros elementos como la viabilidad y realizabilidad del plan. Dicho análisis debería realizarse individualizadamente para cada una de las medidas propuestas, aunque posteriormente, se compensen unas con otras o la interdependencia entre estas nos lleve a un resultado final distinto proporcionado⁶³².

⁶³² SANJUÁN Y MUÑOZ E, <<El sacrificio «patrimonial» desproporcionado en la Ley Concursal.>> *Extoikos*: Nº 7 - 2012

La Sentencia de 29 de julio de 2014 del Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona⁶³³ se refiere igualmente a ello y realiza una pormenorizada y acertada exposición de la evolución legislativa de la norma para concluir lo que creemos debe ser recogido de forma completa: *“No hay, por lo tanto, una definición legal de sacrificio desproporcionado, lo que determina que hayan de establecerse algunos parámetros objetivos u objetivables para apreciar primero si hay o no sacrificio para el acreedor disidente, segundo si ese sacrificio es proporcionado o desproporcionado; proporción o desproporción que sólo puede calibrarse por un método comparativo, es decir, contrastando la posición en la que queda el acreedor disidente frente a la posición que consiguen los acreedores que se han adherido al acuerdo. La Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE) indica en su considerando 19 que: “La confirmación del plan de reestructuración por un órgano jurisdiccional es necesaria para garantizar que la reducción de los derechos de los acreedores es proporcional a las ventajas de la reestructuración y que los acreedores disfrutan de la tutela judicial efectiva, dentro del pleno respeto de la libertad de empresa y del derecho de propiedad reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional debería rechazar aquellos planes en que la reestructuración prevista limite los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonablemente esperar en ausencia de un proceso de reestructuración de la empresa del deudor”. En esta recomendación aparecen definidas dos pautas: (1) La reducción de los derechos de los acreedores debe ser proporcional a las ventajas de la reestructuración; (2) Los sacrificios que se impongan a los acreedores disidentes tienen como límite las expectativas que pudieran tener en caso de no producirse la reestructuración. Además la recomendación da una definición de reestructuración más amplia de la que recoge el artículo 71 bis LC, por cuanto se define como la “modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo de los deudores, o una combinación de estos elementos, con objeto de permitir la continuación, en su totalidad o en parte, de la actividad de los deudores”. La referencia a condiciones y estructura parece justificar que se pudiera modificar, por ejemplo, el régimen de garantías ofrecido a los acreedores. En el ordinal 17 de la citada recomendación se plantea la necesidad de que los acreedores con diferentes intereses debieran ser tratados como categorías separadas que reflejen tales intereses, debiendo, como mínimo, existir categorías separadas para los acreedores con garantías y sin garantías. Conforme a este ordinal, acreedores con distintos intereses pueden ser tratados en la refinanciación de modo distinto. En el ordinal 22.c) se especifica la incidencia que puede tener el plan de reestructuración en los acreedores discrepantes: “el plan de reestructuración no limita los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonablemente esperar en ausencia de reestructuración, en caso de que el deudor haya liquidado o vendido el negocio como empresa en funcionamiento, según el caso”; El ordinal 23 de la recomendación confirma la importancia de la nueva financiación en estos planes, por lo tanto “Los Estados miembros deberían garantizar que los órganos jurisdiccionales rechacen los planes de reestructuración que claramente no ofrezcan ninguna perspectiva de*

⁶³³ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 29 de julio de 2014

evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la actividad empresarial debido, por ejemplo, a que no prevén la nueva financiación necesaria para continuar la actividad". En conclusión existe una preocupación tanto por parte de las autoridades nacionales como por parte de las comunitarias de que empresas en principio viables se vean abocadas a procedimientos concursales por la imposibilidad de reorganizar su deuda; debe, por lo tanto, facilitarse el acceso a los instrumentos preconcursales y buscar una interpretación de las normas que evite los riesgos del procedimiento de insolvencia cuando una mayoría significativa de acreedores apoyen la refinanciación de la compañía y a los disidentes no se les imponga un sacrificio desproporcionado. La doctrina y la práctica judicial ha realizado las primeras aproximaciones a los parámetros que deben servir para evaluar si el sacrificio que se impone al disidente es desproporcionado. El profesor Carrasco Perea⁶³⁴ al interpretar este apartado 22 de la Recomendación y ponerlo en relación con la DA 4ª considera que un sacrificio es desproporcionado cuando el acuerdo de refinanciación obliga a los acreedores discrepantes a soportar un dividendo concursal inferior a la cuota de liquidación que les hubiera correspondido de haberse llegado directamente a la venta de los activos en el concurso. Ningún acreedor está obligado a sacrificarse más allá de su cuota hipotética de liquidación para sostener la continuidad de una empresa insolvente.- Estas valoraciones las realiza en un trabajo titulado El Valor de la Garantía Real y el Sacrificio Desproporcionado en los acuerdos de refinanciación del RD Ley 4/2014, donde se centra fundamentalmente en el debilitamiento de las garantías reales. La verdad es que la consideración del profesor Carrasco aborda una vertiente del sacrificio desproporcionado: la de ponderar la situación en la que quedaría el acreedor disidente en caso de una liquidación concursal; sin embargo no tiene en cuenta otra perspectiva de la valoración del sacrificio: la de ponderar si el acreedor disidente es tratado de modo discriminatorio e injustificado al compararlo con la posición o situación que tiene un acreedor no disidente. Enrique SanJuan y Muñoz en el nº 7 de la Revista Extoikos (2012) hace una aproximación al sacrificio desproporcionado en la Ley concursal, concluyendo que "es una proporcionalidad comparativa con la exigida a otros acreedores y no una comparación entre la posición inicial y final del propio acreedor. Si todos los acreedores tienen el mismo sacrificio lineal podríamos hablar de desproporción. Si el sacrificio es porcentual difícilmente estaríamos ante una desproporción. Si el sacrificio es ponderado, la valoración de la desproporción debe introducir otros elementos como la

⁶³⁴ CARRASCO PERERA A << El "valor de la garantía real" y el "sacrificio desproporcionado" en los acuerdos de refinanciación del RD Ley 4/2014 >> <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-valor-de-la-garantia-real-y-el-sacrificio-desproporcionado-en-los-acuerdos-de-refinanciacion-del-rd-ley-4-2014.pdf>. Según este autor: "Cuándo un sacrificio sea desproporcionado es un estándar que debe determinarse a partir del criterio contenido en el apartado 22, letra c), de la Recomendación de la Comisión de la UE de 12 de marzo de 2014, según el cual "el plan de restructuración no limita los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonablemente esperar en ausencia de restructuración, en caso de que el deudor haya liquidado o vendido el negocio como empresa en funcionamiento, según los casos". En otros términos, un sacrificio es desproporcionado cuando el acuerdo de refinanciación obliga a los acreedores discrepantes a soportar un dividendo concursal inferior a la cuota de liquidación que les hubiera correspondido de haberse llegado directamente a la venta de los activos del concurso. Ningún acreedor está obligado a sacrificarse más allá de su cuota hipotética de liquidación para sostener la continuidad de una empresa insolvente"

viabilidad y realizabilidad del plan". Tanto los impugnantes como la deudora en sus escritos rectores hacen referencia a distintas resoluciones judiciales en las que se ha ponderado el alcance del concepto sacrificio desproporcionado, dichas resoluciones tienen una importancia relativa en la medida en la que se dictaron con la regulación derivada de la Ley 38/2011, que extendía sólo el efecto a las esperas, y no con relación al RDL 4/2014, que amplía significativamente los efectos extensibles y las circunstancias en las que pueden extenderse. Por lo tanto hay diferentes perspectivas de aproximarse al concepto de sacrificio desproporcionado, la primera la referida a la situación en la que queda el acreedor disidente respecto de su propia situación patrimonial, la segunda la referida a la perspectiva de cual pudiera ser su expectativa de recuperación del crédito de no aprobarse el acuerdo, la tercera referida a la posición en la que queda el disidente respecto de los acreedores que se han adherido al acuerdo. Si partimos de la base que un acuerdo de refinanciación supone sacrificios para todos los acreedores - adheridos o disidentes -, parece razonable entender que la valoración de la proporción o desproporción debiera hacerse respecto de la posición que unos y otros acreedores quedan como consecuencia del acuerdo, proporción o desproporción deben ponderarse en el marco de ese acuerdo. De ahí que deba entenderse desproporcionado el sacrificio cuando se trate de forma desigual a acreedores que se encuentren en la misma situación, o cuando a acreedores de rango preferente se les impongan proporcionalmente mayores pérdidas que a los de rango inferior."

Ese planteamiento nos lleva a lo ya señalado al respecto de los efectos derivados de la impugnación en cuanto esta podrá afectar con carácter general al acuerdo o particular de un grupo de acreedores arrastrados o de alguno en concreto individualmente considerado.

Como ya avanzamos más arriba el efecto de la resolución de homologación conllevaría, en literalidad del precepto, que las medidas generales de paralización de ejecuciones singulares llegarían hasta ese momento. Sin embargo el planteamiento es aún más complejo puesto que los acreedores (fundamentalmente estos) arrastrados podrían reiniciar sus ejecuciones en tanto no surta efectos, por publicación en BOE del auto de homologación, el citado acuerdo; y sobre todo teniendo en cuenta que se produce una impugnación del mismo. Esto nos lleva a considerar que o bien el legislador ha querido poner de manifiesto que es la homologación ya firme y definitiva la que determina esa extensión temporal o bien que el recurso que se interpone no tiene efecto suspensivo respecto del acuerdo homologado pudiéndose llevar a efecto en sustitución de lo previsto como regla general de paralización para quienes resulten afectados por el mismo. Sin embargo el literal del apartado octavo de la adicional no parece conciliar mucho con esta última posición por la referencia a "en todo caso" se producirán sus efectos desde dicha publicación. Sin embargo esa referencia lo es en relación a la sentencia y no al auto de homologación, que también deberá ser publicado en BOE. Desde esta publicación se producirán dos concretos supuestos:

- a) Nadie lo impugna en el plazo de quince días y por lo tanto se hace firme y producirá efectos. Esos efectos se producirán también en todo caso desde la publicación; pero nada recoge la norma en referencia a ello por

lo que nada impide tampoco que esos efectos se den desde el mismo momento del dictado del auto de homologación.

- b) Otra posibilidad es que se impugne el citado auto de homologación y por lo tanto parece aplicarse la citada norma de “en todo caso”; esto podría interpretarse tanto en referencia a esa extensión temporal de la que hablamos como en relación a los efectos que se producen referidos, exclusivamente, a quien ha impugnado. Ello nos llevaría a la posibilidad de ejecución parcial del acuerdo de refinanciación. Si bien la posible resolución final que afectare a mayorías de arrastre podría conllevar un efecto inverso, e incluso irreversible según los casos.

Por su parte la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao de 23 de julio de 2015 ya citada acoge el criterio del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona si bien parte de un defecto de comparación a efectos de desproporción en el impugnante. Existiendo un inicial acuerdo sindicado realizado dos años antes entiende que no es posible su comparación con este (en cuanto al resultado final del acuerdo que se somete a homologación) en virtud del criterio “posibilista” del pago de la deuda que se dará en el presente pero que no se daba en aquel. Centra por tanto la cuestión en la viabilidad del pago en virtud de los diferentes escenarios que pudieran plantearse entre la situación en la que queda la deuda con la homologación propuesta y cualquier otro que pudiera determinarse de una situación distinta sin homologación.

Pero al margen de la misma homologación el acuerdo en sí no está dotado de inmunidad fuera de un proceso concursal⁶³⁵. Nos encontramos- como veremos- con una regulación dirigida a la protección en supuestos de insolvencia y tras la declaración de concurso de acreedores pero que conlleva en sí misma un contenido complejo de pactos y acuerdos, con efecto arrastre a otros acreedores que pueden ser impugnados de conformidad a los estándares del negocio jurídico y la normativa común y especial civil y mercantil.

La cuestión suscitará, como más interesantes, dos supuestos concretos:

- a) Por un lado los efectos del citado acuerdo en virtud de dicha impugnación. En relación a la misma la competencia para conocer de ello y la posibilidad de adopción de medidas cautelares que pudieran afectar al acuerdo.
- b) Por otro la coordinación entre una impugnación por la vía ordinaria y la posterior declaración de concurso. En este supuesto nos remitimos al último de los capítulos donde lo trataremos.

Partamos de la citada adicional pero también de lo previsto en el artículo 415.2 de la LEC: *“El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.”* No es objeto de este trabajo analizar pormenorizadamente esa posibilidad⁶³⁶ de impugnación pero hemos de partir

⁶³⁵ En el mismo sentido LEÓN SANZ, FJ. <<La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales>>. *Working Paper IE Law School*. AJ18-216. 2014.

⁶³⁶ Un estudio detallado de ello se puede encontrar en MARTINEZ MARTINEZ M, Estudios 2007. <<Impugnar la transacción judicial.(Aportación al estudio de los presupuestos para la

de posiciones doctrinales discrepantes, pero solo respecto de la homologación, tras la ley de enjuiciamiento Civil. Así los dos argumentos base sobre los que se soportan dichas posiciones contradictorias serían:

- d) Que la ley 1/2000 no permite que se pueda impugnar por dolo, error, violencia o falsedad, dada la eficacia de cosa juzgada del auto, su carácter de documento ejecutivo y la obligación del juez, para homologar, de comprobar la concurrencia de los requisitos materiales de capacidad y poder de disposición de las partes. Pero no nos encontramos con un supuesto de homologación tipo sino de un instrumento nuevo en donde la vía se abre precisamente porque la impugnación de la homologación ya está regulada y será posible acudir al declarativo correspondiente respecto del pacto o los pactos que allí se hubieren suscrito.
- e) Quienes defienden la posición contraria acuden al artículo 1.817.2 Cc cuando abre esta posibilidad para supuestos de anulación por error.

Citando a la doctrina nos encontramos con la citada posibilidad señalando que “...el alcance de la homologación se limita al juicio de capacidad y poder de disposición, por lo que el resto de las posibles causas de nulidad no quedan afectas por la preclusión producida por la cosa juzgada⁶³⁷.” Posibilidad que también ha admitido el Tribunal Supremo⁶³⁸.

El Tribunal Supremo ha distinguido entre estos supuestos; es decir ha distinguido entre la propia resolución y el acuerdo o convenio al que llegan las partes. Así en SSTS de 17 diciembre 1880; 11 enero 1883; 8 febrero 1905; 11 febrero 1907 y 22 febrero 1950 se realiza esa distinción desde el acto de conciliación cuya impugnación está limitada en la propia norma y el mismo convenio, acuerdo o transacción al que han llegados las partes respecto del que si existe la posibilidad de acudir a la nulidad (u otras causas como la rescisión conforme afirma). En tal caso nos remite a lo previsto en nuestra norma común de contratos (artículos 1300 y siguientes del Cc. y 1290 y siguientes cuando se trata de la rescisión). Es evidente además que habiéndose regulado la citada homologación a los efectos de la protección de la reintegración concursal (un supuesto específico de rescisión) esa posibilidad no quede cerrada en el marco (precisamente a sensu contrario) de un planteamiento anterior a la citada declaración de concurso. En relación a ello señala la STS de 18 de abril de 2013⁶³⁹ que “[C]omo recordábamos recientemente en la Sentencia 510/2012 de 7 de septiembre, la acción pauliana es “una acción personal que, con carácter general, posibilita a los acreedores para atacar la eficacia funcional de los actos fraudulentos celebrados por el deudor, en la medida en que dichos actos determinen su incapacidad patrimonial en orden a la satisfacción de los respectivos créditos”. Este carácter personal de la acción determina por una parte que, en principio, la legitimación

impugnación por nulidad y anulabilidad del acuerdo homologado judicialmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000) : <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=504#tocto24>. Ultima entrada 11/10/2015.

⁶³⁷ CARRASCO PERERA, “Comentario a los artículos 1809 a 1819”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Navarra, 2001, páginas 2045 y 2047. Aunque señala que la transacción judicial no es impugnabile por error ex artículo 1.817.II, ni siquiera aunque recaiga sobre “*caput non controversum*”.

⁶³⁸ Autos de 25 septiembre 2001 [JUR 2001, 273031] y 13 octubre 2003 [JUR 2003, 7280].

⁶³⁹ Roj: STS 3009/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3009

para su ejercicio corresponda al acreedor perjudicado, y por otra que la ineficacia del acto impugnado sea relativa y parcial, pues la privación de eficacia del acto impugnado lo es sólo respecto del acreedor que acciona y en la medida estrictamente necesaria para subsanar el perjuicio sufrido [SSTS (1ª) 28 de noviembre de 1997, STS 24 de julio de 1998 y 25/2004, de 30 de enero]. De este modo, los efectos del ejercicio de la acción pauliana en caso de estimarse tan sólo benefician al acreedor que hubiera ejercitado la acción, quien lo hace en su nombre e individualmente; esto es, no se produce propiamente una reintegración de los bienes afectados al patrimonio del deudor, restaurando así la garantía patrimonial a favor de todos los acreedores, sino que sólo se consideran los actos impugnados como no ocurridos en relación con el acreedor actor, para posibilitar la ejecución de su crédito en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse concluido el acto de disposición impugnado.” Y tras el análisis de la normativa anterior y posterior a la Ley 22/2003 Concursal concluye señalando que si es posible y por tanto rescindiendo la transacción realizada. Esta posibilidad no ha sido vista por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao de 23 de julio de 2015 (ya citada) en donde como cuestiones varias resuelve una alegación de fraude remitiendo la cuestión a un posterior concurso de acreedores. Afirma en tal sentido: “Por último, invoca la existencia de un fraude de acreedores en base a que el Acuerdo Marco cancela, de forma gratuita, las obligaciones contraídas por C. frente a la entidades financieras de la Financiación Sindicada, interesando que para el supuesto de que J. fuera declarada en Concurso siga vigente la facultad que otorga la última parte de la DA.4ª.13 LC, con la vista puesta en que el futuro Administrador Concursal de la hipotética concursada J. pudiese valorar la oportunidad de instar las acciones de impugnación que pudiesen corresponder frente a la homologación que está siendo objeto de impugnación, tales como la “acción revocatoria o pauliana, la de nulidad, etc”. Manifestación de intenciones que recojo a efectos ilustrativos y por dar cumplida respuesta a todas las alegaciones formuladas”.

Conciliar esa posibilidad que defendemos con los efectos de la homologación otorgada y la ejecución de dichos acuerdos resulta problemática en atención a:

- a) El órgano competente para conocer de dicho proceso declarativo.
- b) La incompatibilidad que pudiera devenir de resoluciones opuestas.

La ley no prevé, en la adicional cuarta, esa competencia como propia del juzgado que la homologa. Extenderla funcionalmente (art. 61 LEC) podría conciliarse con el contenido de dicho precepto: “*Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare.*” Por lo tanto cualquier incidencia en la competencia atribuida al juez que homologa para llevar a efecto el auto de homologación o la ejecución (particularmente atribuida también) supone una incidencia sea cual sea el trámite procesal que haya de dársele a la misma. Sin embargo no está expresamente previsto.

En relación a la posibilidad de afectar a la eficacia del propio acuerdo debemos tener en cuenta que el apartado octavo de la adicional señala que “[L]os

efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial del Estado». Y que esto afectará tanto a los supuestos de impugnación previstos en la norma como a cualquier otra posibilidad de impugnación que se realice por el trámite incidental o por la vía declarativa correspondiente.

El resultado final de la impugnación señalada por vía declarativa podrá afectar, empero, a un acuerdo que ha sido homologado y que por tanto carecerá de validez parcial o total pero que afectará en cualquier caso (en el total desde luego) a la homologación que fue en su momento otorgada. Razón esta de peso para derivar funcionalmente la citada competencia de admitirse esa posible impugnación por la vía declarativa. De otra forma tendríamos una resolución que afecta a la validez de dicho acuerdo declarando la nulidad o anulación de determinados pactos iniciales que por estar viciados y haber sido soporte de la aprobación o del arrastre afectarían también a aquel o a este; podría no ser así pero en cualquier caso resurgiría el problema en dicho proceso de homologación frente al que no se tiene más vía que la nulidad o la revisión. Esta última ha sido, en referencia a autos, prácticamente rechazada por el Tribunal Supremo⁶⁴⁰ aunque admitida por algunos procesalistas⁶⁴¹ con anterioridad a la nueva norma de 2000.

De no entender aplicable esa funcionalidad tendríamos que el proceso en el que se ventilan esas otras causas de impugnación afectará al acuerdo homologado pero la validez del mismo o su cumplimiento (o incumplimiento) debería tratarse por ante el juez que conoce la homologación; cuestión esta que de no ser tratada de esta manera podría suscitar incongruencia en las resoluciones que ambos tribunales pudieran dictar.

Sin perjuicio de lo ya analizado al objeto de la ampliación de capital en relación al acuerdo que es tomado por la sociedad, debemos igualmente considerar la impugnación de los citados acuerdos de la Junta (o del órgano de Gobierno) por la vía declarativa al amparo de lo previsto en el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital. Es especialmente llamativa la impugnación introducida con la última reforma de la citada ley en tanto a abusividad del acuerdo: *“La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”*. Conciliar esta impugnación de acuerdos sociales con la propia homologación del acuerdo y con la impugnación, por otras razones, de determinados acuerdos como pueden ser los supuestos de ampliación de capital debe partir de una distinción base: 1º. Acuerdos que cumplan todos los requisitos previstos en la adicional cuarta y que no sean homologados. 2º. Acuerdos que se sometan a homologación.

⁶⁴⁰ TS: SSTS 15 febrero 1982 [RJ 1982, 683], 24 de octubre de 1988 [RJ 7632], 9 mayo 1991 [RJ 3620], 24 abril 1995 [RJ 3541].

⁶⁴¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, en *Derecho Procesal Civil*, CERA, Madrid, 1992, vol. II, página 564; MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1991, tomo II, vol. I, página 459.

Desde ahí podemos conciliar sin ánimo de equivocarnos que si esos acuerdos no son homologados la impugnación de los mismos y la impugnación de los acuerdos societarios no tiene ninguna afectación, es decir, que sería posible de cualquier forma que lo planteemos. Si existe una homologación judicial por la vía de la adicional cuarta la norma establece una legitimación amplia de impugnación, conforme veremos, y una limitación de los motivos por la que la misma se puede plantear (se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido). Por lo tanto cualquier otra afectación no se habría visto en dicho proceso de homologación lo que en nada impide, por tanto, que se pueda plantear. Todo ello partiendo de que la competencia no será del juez que conoce la homologación sino en las atribuciones generales que la norma prevé salvo que consideremos, como hemos señalado anteriormente para los supuestos declarativos, que se trata de una cuestión incidental del propio proceso de homologación y en tal caso considerando que ese marco de “jurisdicción voluntaria” que algunos autores señalan (y que hemos analizado con la naturaleza del precepto) queda modulada o matizada en tanto se convierte en controversia (en el propio proceso) en tanto puede haber oposición o impugnación.

Ahora bien, el marco de dichas impugnaciones queda afectado igualmente en relación al apartado octavo de la adicional cuarta por cuanto recoge, como regla excepcional aplicable también a esos supuestos, que “[L]os efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».”

Por lo tanto el análisis que se realiza en unos y otros es diferente. El efecto, sin embargo, respecto de una estimación de esa impugnación sobre el acuerdo puede ser trascendental en tanto conllevaría la posibilidad de nulidad del acuerdo concreto y del conjunto sobre el que se ha basado la viabilidad en su caso. Esa afectación si deberá verse en sede de homologación pues en cualquier caso es el juez que ha homologado el competente funcionalmente sobre la eficacia, cumplimiento o incumplimiento del mismo. Si esto afecta a la nulidad de la homologación o al cumplimiento del mismo deberá determinarse por ante este sin que pueda el juez que conoce la impugnación – por las mismas razones ya expuestas- afectar directamente a la misma.

3.4. Tramitación.

El segundo párrafo del apartado séptimo de la adicional cuarta recoge que “[t]odas 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, que deberá dictarse en un plazo de 30 días, no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación.” De conformidad al mismo tenemos:

- a) Se tramitarán por el procedimiento de incidente concursal ordinario que está previsto en los artículos 192 y ss de la LC.

- b) Todas las impugnaciones planteadas en el citado plazo de quince días deberán acumularse (de oficio) para su tramitación conjunta.
- c) Intervienen en el proceso como partes el deudor y los acreedores que son parte en el citado acuerdo de refinanciación.
- d) Se recoge que la sentencia deberá dictarse en un plazo de 30 días.
- e) Se prevé que no haya recurso de apelación contra la sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación.
- f) Se prevé su publicidad por el régimen del Registro de Publicidad Concursal.

Al aplicar el régimen de incidentes concursales con las matizaciones señaladas el precepto asume lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley Concursal. De esta forma la demanda se presentará en la forma prevista en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil previsto para los supuestos del juicio declarativo ordinario. Pero no todos los supuestos serán aplicables. Así por ejemplo no es aplicable la norma que recoge, a efectos concursales, que si el Juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión y acordará que se dé a la cuestión planteada la tramitación que corresponda.

El régimen por tanto conlleva:

1º. El juez dictará providencia admitiendo a trámite el incidente y acordando se emplace a las demás partes , con entrega de copia de la demanda o demandas, para que en el plazo común de 10 días contesten en la forma prevenida en el artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Sólo se citará a las partes para la vista cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa la declaración de su pertinencia y utilidad. Esta vista se desarrollará en la forma prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales.

3. En otro caso, el juez dictará sentencia sin más trámites. Lo mismo hará cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando sólo se hayan aportado informes periciales, y ni las partes ni el juez soliciten la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe.

4. En cualquiera de los supuestos previstos anteriormente, si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales o se suscitaran por el demandante a la vista de este escrito en el plazo de cinco días desde que se dio traslado del mismo, el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario. Si la decisión fuera la de continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días.

Estando limitadas las causas de impugnación difícilmente podemos entender que exista la posibilidad de una demanda reconvenzional.

Tal y como se construye la norma debemos entender que el órgano judicial deberá esperar al transcurso del plazo para impugnaciones a los efectos de su tramitación conjunta. Dicha tramitación conjunta ya se preveía, a efectos de celeridad, en los supuestos de impugnación del informe de la administración concursal en procesos abreviados tras la reforma de la Ley 38/2011.

La posición de la parte demandada resulta ciertamente curiosa puesto que lo que la norma señala es que el juzgado le dará traslado de la demanda a todos los que sean parte en el acuerdo de refinanciación. En tal supuesto podríamos plantearlo partiendo de una distinción entre partes del procedimiento y partes del acuerdo de refinanciación. Así que se les dé traslado de la demanda al resto de las partes que son parte en el proceso de refinanciación no afecta, en modo alguno, para exigir el cumplimiento de los requisitos del artículo 399 de la LEC y, evidentemente, de lo previsto en el artículo 150.2 LEC en tanto la propia norma así lo señala.

Pero ser parte en el acuerdo de refinanciación, como hemos visto más arriba, es más amplio que la parte del proceso de impugnación. En el primer caso nos encontramos con acreedores que han suscrito, con otros que se han adherido, con otros que intervienen pero se han opuesto (parte en definitiva pero en desacuerdo), garantes de cualquier tipo que pudieran haber firmado a tal efecto, sociedades del grupo o comuneros, por ejemplo, de cualquier clase que intervengan a los efectos de consentir determinadas operaciones. Entendemos que el concepto de parte del procedimiento debe quedar limitado a quienes pueden y tienen legitimación para impugnar el citado acuerdo y al propio deudor. Pero nada impide además que se utilice la señalada vía del artículo 150.2 LEC o la posibilidad ya señalada de intervención para poder ser parte en el citado procedimiento de impugnación por quienes no sean los que suscriben el mismo.

No obstante quien estando legitimado para ello no impugna en plazo el citado acuerdo debería quedar fuera del concepto amplio que estamos barajando puesto que se trataría de una forma de eludir el citado plazo y convertirse, empero, en parte del procedimiento. Esto nos lleva efectivamente a ratificar esa posición de partes en el deudor, el impugnante en su caso y los suscribientes pero en ningún otro más que estos. Por lo tanto el traslado de la demanda del impugnante solo se dará al deudor y a los que suscriben el acuerdo y motivan el arrastre y no al resto de los que pudieran haber intervenido que, no obstante, podrían participar en tanto no estén legitimados para impugnar y hayan dejado transcurrir el plazo para ello.

3.5. Resolución final.

El texto que nos interesa de la norma reza así: *“La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación, que deberá dictarse en un plazo de*

30 días, no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación.”

Aunque una primera impresión nos lleva a considerar que el legislador ha querido un procedimiento urgente (expresamente señalado) y rápido de una duración no mayor de treinta días lo cierto es que la redacción se refiere solo a la sentencia. Lo curioso es que el plazo para dictar sentencia, en este sentido, se ha extendido incluso respecto del proceso declarativo ordinario (20 días) y mucho más que el del régimen del incidente concursal (10 días).

Comparando la anterior referencia con el conjunto de la disposición (*“[T]odas 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, que deberá dictarse en un plazo de 30 días, no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación*) el citado plazo parece referirse al conjunto del procedimiento; sin embargo el trámite de urgencia está previsto para la homologación y no para la impugnación, por un lado, y es evidente que no se puede determinar la duración de un procedimiento (con un plazo preestablecido) cuando depende de emplazamientos de otras partes y plazos de contestación diferentes. Por lo tanto la única conclusión es que la citada sentencia deberá dictarse en dicho plazo.

La citada sentencia se publicará igualmente en el registro público concursal y en el Boletín Oficial del Estado. De lo previsto en la misma y conforme al RDL 892/2013 (art. 12.2) de todas esas resoluciones habrá un extracto: *“...extracto del decreto del Secretario judicial por el que se admite a trámite la solicitud de la homologación, del auto judicial por el que se apruebe la homologación de los acuerdos de refinanciación y de la sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación en los términos previstos en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.”*

Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial del Estado». Con ello se producen dos hitos importantes:

- a) Cualquiera que sea la interpretación extensiva (general o particular) que le hayamos dado al marco de paralización general de ejecuciones llegará hasta ese momento.
- b) Ningún procedimiento posterior podrá afectar a la ejecución de dicha homologación: “sin posibilidad de suspensión”.

La resolución que se dicte tras la impugnación confirmará o anulará la homologación. Ya hemos hecho referencia a ello pero esa resolución final es recogida en el RD 892/2013 (artículo 15) señalando que la misma decretará, en su caso, *la “anulación de la homologación”*. Si la sentencia confirma la resolución inicial cabrá plantear, en los términos que a continuación veremos, recurso por ante la segunda instancia con determinados efectos. Si la sentencia determina que el acuerdo no debe ser homologado el efecto,

conforme a lo señalado es su anulación. Pero la sentencia podrá determinar que el acuerdo debe ser homologado y, sin embargo, en virtud de la proporción del sacrificio exigido no hacer extensible dicha homologación a determinados acreedores que han sido arrastrados. En este caso la situación varía porque la impugnación podrá haber venido de un solo acreedor o de varios pero no de todos de los afectados con dicho sacrificio. En tal caso entendemos que una interpretación rigorista podría llevarnos a mantener el acuerdo para el resto de los acreedores pero no para aquel que ha impugnado; esto conllevaría un desequilibrio en los primeros que – por no haber impugnado- quedarían sometidos al mismo. No parece que esta apreciación, en relación a la viabilidad de la empresa que se busca pueda ser en sí misma una justa solución, ni siquiera en términos de seguridad jurídica. La cuestión dependerá entonces de cuales sean los términos de la anulación que se acuerde.

Porque no es comprensible que causas de sacrificio proporcional injustificado que afectan a uno o varios acreedores afecten también al inicial acuerdo de refinanciación entre quienes lo suscriben; pero sí que ello pueda afectar, por haberse así considerado, a la viabilidad pretendida cuando ha tenido en cuenta este efecto arrastre.

Es por ello que entendemos que la cuestión es bastante compleja y casuística y que serán las diferentes resoluciones que se vayan dictando las que nos marquen la pauta a seguir.

3.6. Recursos frente a la resolución final.

La forma en que se pronuncia el texto de la ley no parece, en este caso, dar lugar a más interpretación: *“La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación, que deberá dictarse en un plazo de 30 días, no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación.”*

Podríamos plantearnos si frente a la misma cabe, en su caso, recurso de revisión. Ya hemos tratado este tema anteriormente en referencia al auto de homologación. Algunos autores han querido ver un paralelismo con las causas del artículo 1.817 Cc. cuando alude a violencia y falsedad de documentos junto a otros vicios de invalidez de la transacción o con el 1.818 cuando hace referencia al descubrimiento de nuevos documentos para decir que no serán causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe⁶⁴². Si bien la mayoría de las resoluciones. Esto ha sido rechazado por la jurisprudencia uniformemente⁶⁴³. Sin embargo en este caso nos encontramos ya con una sentencia y por lo tanto cubre la posibilidad prevista en la LEC a tal efecto. SE aplicaría entonces lo dispuesto en los artículos 509 y ss de la LEC resultando que cabrá esta posibilidad cuando:

⁶⁴² MARTINEZ MARTINEZ M <<Impugnar la transición judicial...>>op. Cit.

⁶⁴³ Lo mismo se concluye al estudiar la jurisprudencia del TS: SSTS 15 febrero 1982 [RJ 1982, 683], STS 24 de octubre de 1988 [RJ 7632], STS 9 mayo 1991 [RJ 3620], 24 abril 1995 [RJ 3541].

1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente.

3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta

Aunque en este supuesto la aplicación del artículo 511 de la LEC a efectos de legitimación (Podrá solicitar la revisión quien hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada) deberemos entenderlo limitado a quien tiene esa legitimación como parte, según se ha señalado, para impugnar el auto de homologación.

CAPITULO VIII.

CAPITULO VIII: CUMPLIMIENTO, INCUMPLIMIENTO y EJECUCIÓN

1. Régimen del cumplimiento del acuerdo y su ejecución.

1.1. Régimen general.

Tras la homologación del acuerdo y su publicación en Boe se producen todos los efectos sin posibilidad de suspensión. El acuerdo en sí mismo es eficaz y podrá recoger determinadas incidencias desde el mismo momento en que es acordado, pero demorando su eficacia extensiva a dicho momento. El cumplimiento o incumplimiento del mismo se prevé en la norma desde la canalización de esta última, estableciendo un incidente propio a efectos de incumplimiento pero no a efectos de cumplimiento. La norma concursal sí que tiene prevista la distinción entre ambos supuestos, con un régimen particular que es interesante diferenciar por la posible analogía que pudiera aplicarse en estos supuestos y a la que posteriormente nos referiremos.

Así la posibilidad de declarar el cumplimiento de un convenio se desarrolla en el artículo 139 LC. En tal caso la opción solo está prevista para el deudor: El deudor, una vez que estime íntegramente cumplido el convenio, presentará al Juez del concurso el informe correspondiente con la justificación adecuada y solicitará la declaración judicial de cumplimiento. El secretario acordará poner de manifiesto en la Oficina judicial el informe y la solicitud. Transcurridos quince días desde la puesta de manifiesto, el juez, si estimare cumplido el convenio, lo declarará mediante auto, al que dará la misma publicidad que a su aprobación. Esos quince días permiten a cualquier acreedor instar un incidente de incumplimiento que será resuelto por sentencia.

El supuesto de incumplimiento, sin embargo, tiene dos vías distintas:

- a) Por un lado la posibilidad abierta del artículo 142.2 LC en tanto señala que el deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación. Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4. Se dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 y resolverá el juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación. Por lo tanto se distingue entre:
 - a. Deudor: En este caso basta con pedir la apertura de la liquidación y conllevando con ello resolución judicial a tal efecto. Esa resolución llevaría implícita la imposibilidad de cumplimiento y por tanto este mismo.
 - b. Acreedores: La opción está prevista para estos de forma limitada en relación al supuesto incidental que vamos a ver a continuación⁶⁴⁴ y por ello respecto de nuevas deudas.

⁶⁴⁴ Para una mayor comprensión del sistema vid mi trabajo sobre <<La liquidación concursal>> *Jornadas de Derecho Concursal: Cátedra de Derecho Notarial (U.M.A.)* : Málaga, 5 y 6 de junio de 2008, (2009), pgs. 221-257

- b) Por otro lado lo previsto en el artículo 140 LC a efectos de declarar el incumplimiento a petición de cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte. En tal caso podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento. La acción podrá ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento y caducará a los dos meses contados desde la publicación del auto de cumplimiento.

La redacción de la adicional cuarta se recoge, a efectos de incumplimiento, en el apartado 11 de la misma: *“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.”*

En relación a todo ello podemos distinguir dos supuestos:

- a) Cumplimiento voluntario del acuerdo y de los efectos del auto de homologación.
- b) Cumplimiento forzoso de los mismos. Es este quizás el que plantee mayor problemática.

Si tomamos en consideración que debemos distinguir entre el acuerdo de refinanciación otorgado en escritura pública y la homologación del mismo y los efectos que esto supone, podemos entonces también distinguir entre dos títulos ejecutivos diferentes.

Por un lado la escritura pública se configura como título ejecutivo en el apartado cuarto del artículo 517.2 LEC con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes⁶⁴⁵. Aunque el artículo 520 supone una

⁶⁴⁵ Se ha señalado que con tal exigencia se trata de evitar el riesgo que correría el deudor de existir varios títulos en circulación, pues podría verse abocado a una ejecución improcedente en base a un título inadvertido. En tal sentido CALLEJON CARRIÓN S, << El título constitutivo de la deuda como título ejecutivo en el proceso de ejecución hipotecaria>>. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014. Esta misma autora reseña a OERTELL RAMOS, <<La ejecución forzosa y la ejecución provisional (I)>>, en *Proceso Civil práctico* (AA. VV), Tomo VII, La Ley, 2002. Por su parte, la Jurisprudencia menor se ha referido en reiteradas ocasiones al fundamento de la distinción entre primeras y segundas copias; a propósito de la legislación vigente antes de la reforma producida en 2006, la Sentencia de la AP de Huesca (n.º 357/1997), de 30 de octubre alude dicha distinción y, además, reconoce la posibilidad de instar varios procedimientos ejecutivos con base en una misma escritura al afirmar: «...la razón de ser de esta distinción entre primeras y segundas copias estriba en excluir la posibilidad de que el acreedor intente varias ejecuciones basadas en diversas escrituras públicas que son copia de la misma escritura matriz. Pero no vemos inconveniente en que con base en una misma y única primera copia de escritura pública en que se documente un crédito, vencido, líquido y exigible, se sigan sucesivos procedimientos en tanto no se obtenga la satisfacción total del crédito. Lo que puede tener lugar si en un mismo documento se reconocen diversos réditos que venzan en diferentes fechas, o cuando habiendo varios deudores solidarios se ha dirigido infructuosamente la acción ejecutiva contra uno sólo de ellos y se intenta después, con base en la misma escritura pública, contra otro u otros». De otro lado, la SAP de Alicante (sección 4.ª 175/1998, de 12 de marzo, deniega el despacho de ejecución de una segunda copia porque no

limitación a la ejecutividad de las escrituras públicas se ha señalado⁶⁴⁶ que “*tal limitación carece de sentido y sería muy conveniente ampliar la posibilidad de ejecución a las obligaciones de entrega de cosa específica, de hacer o de no hacer.*” En sentido contrario el Auto de 3 de octubre de 2011 del Juzgado Primera Instancia número 3 de Valencia.

Por otro lado tenemos o bien el auto que homologa y resulta firme (y que no solo se refiere al acuerdo de homologación sino también a los efectos del mismo -arrastre fundamentalmente-) o bien la sentencia que convalida dicho auto u otorga la homologación.

La problemática de la ejecución de la homologación acordada y los efectos del auto que homologa se extiende a los supuestos de ejecución provisional, de la ejecución forzosa del acuerdo inicial cuando su cumplimiento no se realiza voluntariamente, de la ejecución forzosa- en su caso- de los efectos que se derivan de la homologación, de la afectación en esa ejecución de los acreedores que se han adherido y de la competencia, legitimación, particularidades y limitaciones que en unos u otros supuestos podamos encontrar.

Dejando para su estudio en los siguientes apartados lo referido al cumplimiento voluntario o forzoso del citado acuerdo o de los efectos que del mismo se deriven es importante plantear en este momento las particularidades de los acreedores que se han adherido en relación al título ejecutivo. Pues como ya avanzamos en su momento estas adhesiones constituyen verdaderos compromisos contractuales que parten de un contenido pactado por terceros al que un acreedor comercial o laboral se adhiere; y que esa adhesión lo es al

se había dado en virtud de mandamiento judicial y con citación de las partes a quienes debía perjudicar. En este sentido, sostiene la cita resolución judicial que un acuerdo de partes inserto a modo de cláusula contractual, en cuya virtud se pacta que la parte acreedora podrá obtener copia con valor ejecutivo, es contrario al art. 1429.1 de la LEC de 1881 (entonces vigente) y no puede modificar los requisitos que la ley exige para despachar ejecución. En definitiva, según la AP las partes por si solas no puede pactar que las copias que en el futuro se obtengan, tengan eficacia ejecutiva. Finalmente, respecto de la expedición de segundas copias con efectos ejecutivos en virtud de mandamiento judicial, la SAP de Granada (sección 3.ª 927/1998, de 1 de diciembre, alude a las distintas posturas doctrinales existentes: «a) Los otorgantes de la escritura o sus sucesores comparecen ante el Notario que tenga el protocolo mostrando la conformidad con la expedición de la segunda copia, que el Notario puede expedir a tenor de los artículos 18 de la ley del Notariado y 234 de su Reglamento, pero la cuestión es si esa segunda copia es título ejecutivo ya que si nos atenemos a los términos de la Ley no se ha dado en virtud de un mandamiento judicial, y sin embargo, no puede olvidarse que la expedición goza de garantías en cuanto todos los otorgantes comparecen ante el Notario manifestando su conformidad con la misma. En la doctrina Prieto Castro se pronunció por la eficacia ejecutiva del título así expedido, sin necesidad de que se emitiera en virtud de mandamiento judicial y, Fernández, ateniéndose a los términos del precepto y a su interpretación restrictiva se inclina por la falta de fuerza ejecutiva de este tipo de segundas copias. b) Los otorgantes de la escritura han mostrado la conformidad con la expedición de segundas copias, no por comparecencia ante Notario en cuyo poder se encuentra el protocolo, sino en otro documento auténtico, normalmente en la escritura matriz. Este último, es precisamente el supuesto ante el que nos encontramos, el haber pactado las partes, que la segundas o posteriores copias de la escritura, podrán tener idénticos efectos ejecutivos que la primera, haciéndose constar así por el Notario en el pie y nota su expedición, para lo cual las partes comparecientes otorgan su consentimiento expreso e irrevocable....» Sobre la insuficiencia de la copia simple de escritura de préstamo para poder despachar ejecución, Auto 11/2008, de la AP de Murcia (sección 3.ª , de 1 de febrero.

⁶⁴⁶ BRANCÓS NÚÑEZ, E <<La escritura pública como título ejecutivo extrajudicial>> *La Notaria* nº 7-8/2002, pp. 11 a 24

contenido mismo de lo allí pactado indiferentemente de que este se refiera o no a los limitados contenidos de la adicional cuarta cuando se refiere al arrastre de acreedores disidentes o no participantes. Es por ello importante señalar que la posibilidad ejecutiva respecto de dichos acreedores permite distinguir igualmente dos posibilidades ejecutivas diferentes basadas tanto en el acuerdo como en la homologación posterior, al menos inicialmente. Pero si tomamos en consideración la norma concursal la misma se produce voluntariamente y esta va referida al acuerdo de refinanciación ya homologado. Por lo tanto la suerte de los adheridos ha de pasar igualmente por la aceptación que se realiza desde la homologación y no desde el acuerdo fijándose igualmente la competencia en los mismos términos que para el resto de los acreedores tal y como vamos a ver.

1.2. Ejecución provisional del auto de homologación.

Con carácter previo debemos analizar la posibilidad de ejecución provisional del auto que otorga la homologación en tanto está pendiente la impugnación que pudiera haberse planteado. En tal caso también considerado desde dos perspectivas:

- a) Respecto de quien no ha impugnado.
- b) Respecto de quien si ha impugnado y en referencia a lo que pudiera afectarle.

Asimismo debemos considerar la posibilidad de ejecución provisional en virtud de los pactos afectados por la citada impugnación. Es decir la posibilidad de ejecutar aquellos pactos no impugnados o, cuando así sea, la posibilidad respecto de los que sí han sido impugnados.

Tal y como está planteada la impugnación en la adicional cuarta entendemos que no es posible plantear una ejecución provisional (salvo las medidas cautelares a las que ya se han hecho referencia) precisamente por haber eliminado la posibilidad de recursos frente a dicha homologación.

Partimos de un auto de homologación (no así de un auto de no homologación) que será susceptible de impugnación y no de recurso; tampoco de recurso devolutivo.

Nuestro sistema de ejecución provisional está previsto respecto de resoluciones dictadas en primera instancia (art. 526 LEC) y en tanto se tramita la segunda instancia que aquí no existe (532 a 534 LEC). El planteamiento de una ejecución provisional está previsto para sentencias⁶⁴⁷. La ejecución contra autos ha sido discutida:

- 1) Por un lado los autores⁶⁴⁸ que consideran que no es posible, al no estar legalmente previsto.

⁶⁴⁷ LARENA BELDARRAIN, JAVIER: <<La ejecución forzosa: Consideraciones generales>>, *El proceso civil: recursos, ejecución y procesos especiales*, Dykinson, 2002. Pg. 105. Se trata de un "reforzamiento de la posición del litigante que ganó la sentencia, a quien se le va a otorgar una tutela más inmediata".

⁶⁴⁸ DAMIÁN MORENO, JUAN: <<La ejecución provisional de sentencias en el proceso civil español>>, *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Nº. 1,

- 2) Por otro aquellos⁶⁴⁹ que entienden que si es posible en virtud de lo previsto en el artículo 524.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no mencionar cuál debe ser el título que permita la realización de la ejecución provisional, el art. 526 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando señala que “[S]alvo en los casos a que se refiere el artículo anterior, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes”, el art. 527, al regular la solicitud de ejecución provisional y el despacho de ésta; en este caso no contiene referencia alguna al título (salvo el supuesto de denegación de ejecución) o por analogía.

Sobre la posibilidad de ejecutar los autos que homologan transacciones también existen posiciones discrepantes:

- a) Algunos autores⁶⁵⁰ consideran que si es posible ejecutar provisionalmente autos que homologan transacciones. En el Taller celebrado en 2001⁶⁵¹ en Cantabria por los jueces de primera instancia se concluyó señalando esta posibilidad.
- b) Otros⁶⁵², sin embargo, entienden que en virtud de que resultaría “contradictorio hablar de ejecución provisional cuando ese título goza de

2009. ZARAGOZA CAMPOS, JOSÉ MARÍA: <<La ejecución en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil>>, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 55, Nº 1895, 2001, pgs. 2019-2050. Pg. 2034. VELÁZQUEZ MARTÍN, MARÍA ÁNGELES: *La ejecución provisional en el proceso civil: en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dykinson, 2003. Pg. 44. TORIBIOS FUENTES, FERNANDO; VELLOSO MATA, MARÍA JOSÉ: *Manual práctico del nuevo proceso civil*, Lex Nova, 2000. Pg. 422. TORIBIOS FUENTES, FERNANDO; VELLOSO MATA, MARÍA JOSÉ: *Op. cit.*, Pg. 422. MONTERO AROCA, JUAN: <<La ejecución provisional>>, *Derecho Jurisdiccional II. Parte Civil.*, Tirant lo Blanch, 2012, 20ª Edición, pgs. 537 a 553. Pg. 538.

⁶⁴⁹ VELÁZQUEZ MARTÍN, MARÍA ÁNGELES: *Op. cit.*, Pg. 44.

14 FONTESTAD PORTALÉS, LETICIA: <<La ejecución provisional>>, *Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil*, Tecnos, 2013, 4ª Edición, pgs. 563 a 572. Pg. 564. GÓMEZ SÁNCHEZ, JESÚS: *La ejecución civil (Aspectos teóricos y prácticos del Libro Tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Dykinson, 2002. Pg. 60. CARRASCO BRIONES, JAVIER: *La ejecución provisional de las resoluciones judiciales. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.*, Universidad de Chile, 2011. http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111818/de-Carrasco_javier.pdf?sequence=1.

Pg. 47. ATIENZA LÓPEZ, JOSÉ IGNACIO: “Reflexiones prácticas sobre las costas en la ejecución provisional de sentencias civiles”, <http://www.upsj.org/>. http://www.upsj.org/documentos/articulos_doctrinales/costas_ejecucionprovisional.pdf. Pg. 6.

18 VELÁZQUEZ MARTÍN, MA: *Op. cit.*, Pg. 44.

19 MARTÍN JIMÉNEZ, CARLOS MANUEL; MARTÍN JIMÉNEZ, JUAN JOSÉ: *Teoría y práctica del ejercicio de las acciones civiles. Comentarios y formularios.*, Lex Nova, 2012. Pg. 294.

20 MARTÍN JIMÉNEZ, CARLOS M ; MARTÍN JIMÉNEZ, JJ.: *Op. cit.*, Pg. 294.

21 VELÁZQUEZ MARTÍN, MA: *Op. cit.*, Pg. 44

⁶⁵⁰ DELGADO CRUCES, JS: <<La ejecución provisional>>, *Cuadernos de derecho judicial*, Nº. 14, 2001 (Ejemplar dedicado a: La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, pgs. 15-86. Pg. 33. 25 VELÁZQUEZ MARTÍN, MA: *Op. cit.*, Pg. 45. 26 DELGADO CRUCES, JS: <<La ejecución provisional>>, *Op. cit.*, Pg. 33.

⁶⁵¹ MARTÍN JIMÉNEZ, CM; MARTÍN JIMÉNEZ, JJ: *Teoría y práctica del ejercicio de las acciones civiles. Comentarios y formularios.*, Lex Nova, 2012. Pg. 296.

⁶⁵² GONZÁLEZ ROMERO, MM: <<Despacho de ejecución dineraria: el embargo de bienes y su efectividad>>, *Estudios jurídicos*, Nº. 2010, 2010. http://www.cejmjusticia.es/cej_dode/doc_users/pdf/nueva_oficina_judicial/ejecucion_civil/Guia_practica_de_Ejecucion_

ejecución directa y tratarse de resolución que da lugar a la terminación del proceso incompatible con la existencia de recurso sobre el fondo”.

En nuestro caso la propia existencia de una impugnación prevista en la norma dejaría sin valor esta última justificación de quienes se oponen, partiendo de la posibilidad de ejecución provisional en tanto se sustancia la citada impugnación.

La problemática que surge entorno a esto es mucho más amplia, puesto que la estimación de una demanda de impugnación que afectare a las mayorías podría dejar sin efecto la totalidad del acuerdo; o en otro caso podría afectar a una pluralidad (tengamos en cuenta el carácter colectivo de la norma) de acreedores. Sin embargo creemos que la limitación prevista en el juego de los artículos 517, 524.4 y 525 LEC, podría ser suficiente para dicha cobertura. De conformidad al último de ellos no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional:

1ª Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad.

2ª Las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial.

3º. Por la aplicación del segundo mientras no sean firmes sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos.

Como podemos comprobar el régimen de cumplimiento no tiene un final declarativo tal y como se recoge en relación al convenio en el concurso de acreedores. A tal efecto la primera delimitación que podemos realizar es la de la distinción entre cumplimiento voluntario y cumplimiento involuntario; y en ambos casos referido tanto al deudor como al resto de los acreedores que, estando afectados voluntaria o involuntariamente, no realizaran las actuaciones necesarias para ello; ese cumplimiento dependerá, en los términos del contenido del acuerdo, tanto del deudor como, en su caso, de dichos acreedores, pudiéndose plantear un cumplimiento voluntario o , en su caso, la ejecución judicial a efectos de llevar a efecto los acuerdos que fueran adoptados o aquellos otros que sean consecuencia de la homologación.

La primera cuestión que podemos abordar es si esa posibilidad de ejecución, respecto del deudor, conlleva en sí misma un incumplimiento y nos apertura la posibilidad de acudir a la vía del incumplimiento y que conlleva efectos esenciales. Y en cualquier caso la incidencia o el impacto que pudiera tener una ejecución forzosa de los acuerdos respecto del deudor y la solicitud concurrente de una declaración de incumplimiento que se hubiera instado por los acreedores.

El cumplimiento voluntario no plantea en sí mismo problema salvo que los términos de ese cumplimiento difieran (o así lo entiendan los acreedores) de lo que realmente se ha pactado. La naturaleza o términos del cumplimiento de los diferentes pactos podrán dar lugar a diferentes interpretaciones en tanto no coincida lo realizado con lo que los acreedores pudieran haber aceptado. En tal caso suele incluirse en los acuerdos que se están firmando una cláusula

interpretativa que bien pudiera demorar su resolución judicial a lo que inicialmente decida una comisión nombrada al efecto o bien directamente se resolverán ante el juzgado competente⁶⁵³.

La posibilidad de nombramiento de una comisión u órgano interpretador del contenido del acuerdo no está prevista en la norma pero nada se opone a que dicho pacto figure entre sus contenidos. Sin embargo esta posibilidad estará limitada a aquellos pactos existentes entre el deudor y los que suscriban el mismo e incluso los que se hubieren adherido (precisamente por dicha adhesión) pero no a aquellos disidentes o no participantes respecto de los cuales se haya arrastrado. En este último caso no existe previsión legal al efecto y por lo tanto el efecto arrastre no es susceptible de interpretación en tal forma. Sin embargo indirectamente cualquier problemática que se suscite respecto del acuerdo original arrastrado podrá tener incidencia en estos últimos acreedores (piénsese por ejemplo una quita modulada de cualquier forma); pero esa interpretación o aclaración será susceptible de judicialización en cualquier caso.

No recoge la norma la posibilidad de un planteamiento aclaratorio de los efectos o resolutorio de los problemas que pudiera plantear el citado acuerdo, ni la competencia que en tal caso haya de tener el juzgado que haya homologado el concreto asunto. No obstante se trata de un efecto de competencia funcional que deberá plantearse como régimen incidental. La competencia atribuida a efectos de incumplimiento deberá entenderse en sentido amplio también para modular los supuestos de cumplimiento del acuerdo.

Pero no está tampoco clara la vía procedimental. Pues lo que la parte pide no es la declaración de incumplimiento sino la aclaración sobre una actuación que afecta al exacto cumplimiento del acuerdo: por ejemplo el día a quo no fijado claramente respecto de las esperas pactadas. De conformidad al artículo 415.2 LEC *“El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados.”*. Esta previsión es aplicable a estos supuestos por la vía de ejecución obligando al deudor a llevar a efecto dichos pactos en la forma solicitada. Pero más allá de la ejecución lo que se está discutiendo es la forma extrajudicial en que la misma ha de hacerse. Quizás por ello es más interesante la aplicación de lo previsto en el artículo 61 LEC en cuanto a la competencia funcional: *“Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare.”*

Cuando se trata de acreedores debemos distinguir, nuevamente, entre el acuerdo inicial y los efectos que producen la homologación. Esta última da lugar a efectos arrastre respecto de determinados acreedores. La norma señala que *“el juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta Disposición y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la*

⁶⁵³ Analizamos en su momento este apartado, en régimen de la competencia, en relación al Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada de fecha 28 de julio de 2014. Auto J.M. nº 1 de Granada de 28 de julio de 2014. (28/08/2014)

conurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto". Por lo tanto la obligación de ejecución de los citados pactos, en cuanto incumba a los acreedores podrá ser suplida igualmente por el juzgador mediante la ejecución forzosa. Esa ejecución se materializa respecto del propio acuerdo, por un lado, y respecto de la homologación (efecto arrastre) por otro. La única referencia que hace la adicional a la ejecución se encuentra en el apartado diez de la norma: *"En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación"*. Pero de la misma debemos extraer una delimitación inicial: que es *"en ejecución del acuerdo de refinanciación homologado...."* Es por ello que al juez que otorga la homologación se le confiere también la competencia general para ejecutar el acuerdo de refinanciación homologado. Y dicha ejecución puede obedecer a incumplimientos del deudor o a obstaculizaciones que pudiera poner el acreedor afectado. Ello es coherente con el artículo 545.1 LEC: *"Si el título ejecutivo consistiera en resoluciones judiciales, resoluciones dictadas por Secretarios Judiciales a las que esta ley reconozca carácter de título ejecutivo o transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados, será competente para dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de la misma el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo"*.

Legitimado para dicha ejecución será cualquier afectado en tanto lo sea en relación a su posición. El planteamiento de la ejecución debería igualmente distinguir entre aquello que pueda solicitar en ejecución el deudor (esencialmente todo salvo lo que sea de su propio cumplimiento), los acreedores originarios (todo salvo lo que sea su propio cumplimiento), los acreedores adheridos o los acreedores arrastrados. Estos dos últimos son los que nos pueden plantear problemas:

1º. Así un acreedor adherido lo ha sido en tanto a un acuerdo con unas consecuencias que han sido aceptadas. La posibilidad de ejecución del mismo no viene limitada o delimitada inicialmente en el precepto. Si cualquier acreedor, conforme al apartado 11, puede solicitar el incumplimiento, con mayor razón también el cumplimiento de los acuerdos que finalmente garantiza, (o al menos así lo cree) el cobro puntual de su deuda.

2º. Mayor problema plantean los créditos arrastrados en tanto su posición es, *ope legis*, impuesta; solo respecto de lo que hemos señalado puede haberse determinado en el auto de homologación. Ese efecto arrastre se produce porque así lo quiere la ley pero también porque un auto ha homologado un acuerdo y determina el efecto arrastre. La posibilidad de estos últimos de acudir al acuerdo originario para exigir el integro cumplimiento, en ejecución, de todos los acuerdos allí firmados podría devenir de dos razones esenciales:

- a) Por un lado porque están legitimados igualmente para la solicitud de incumplimiento.
- b) Por otro lado, en tanto su efecto arrastre se produce por una situación global y universalmente considerada del activo y pasivo del deudor y de la capacidad de generación y pago de la empresa. De esta forma ese acuerdo global participa de la

necesidad de considerar la viabilidad de la empresa y como tal de considerar igualmente (y salvo que así se haya salvado en el acuerdo) que todos los acuerdos colaboran al cumplimiento de los requisitos previstos en el 71 bis 1 a) de la LC al que se remite.

3º. Un tercer grupo serían los acreedores que o bien no son financieros o siéndolo la norma los excluye de la posibilidad de participación. Incluiríamos en estos también los acreedores posteriores a esa refinanciación sean o no financieros. Aunque la posibilidad de solicitar el incumplimiento se redacta de forma amplia, la misma debe quedar reducida exclusivamente a los pasivos existentes en el momento de la refinanciación y no a otros posteriores. Pero delimitado en relación a aquellos entendemos que tampoco todos estarían legitimados, en este caso, para solicitar el cumplimiento de dicho acuerdo sino solo los acreedores que pudieran resultar afectados en los términos que hemos señalado. La razón fundamental es que la ejecución se modula a partir de quien es afectado y respecto de lo que pudiera afectarle (art. 538 LEC) ; y por lo tanto en virtud del particular acuerdo acotado que se obtiene y se homologa. El título ejecutivo (auto de homologación o posterior sentencia que da lugar a despachar ejecución) se configura desde el acuerdo (efectos del acuerdo) homologado y de los efectos declarados en el citado auto o sentencia. La posibilidad de ejecución también se puede plantear desde la diferente posición del título en relación a los recogidos en el artículo 517 de la LEC. Así a tal efecto y delimitando:

- Apartado 3.º: Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones
- Apartado 9.º :Las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución.

La opción por uno u otro no es baladí dado que de conformidad al 557 de la LEC la oposición estará limitada en el segundo supuesto. Cuando se despache ejecución por los títulos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, así como por otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del artículo 517, el ejecutado sólo podrá oponerse a ella si se funda en alguna de las causas siguientes: 1.ª Pago, que pueda acreditar documentalmente. 2.ª Compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva. 3.ª Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie. 4.ª Prescripción y caducidad. 5.ª Quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente. 6.ª Transacción, siempre que conste en documento público. 7.ª Que el título contenga cláusulas abusivas. Y además dicha oposición conlleva suspensión del curso de la ejecución conforme a su apartado segundo lo que resulta incompatible con la prohibición de suspensión que establece la norma concursal.

Esa posibilidad de ejecución ha sido recogida ya en el Auto del Juzgado de lo Mercantil 5 de Barcelona de 18 de diciembre de 2013⁶⁵⁴ instando por la

⁶⁵⁴ Ejecución de Título Judicial nº 800/2013-6ª

deudora. En dicho procedimiento se da lugar al despacho de ejecución pero se parte de la aplicación de lo previsto en el supuesto del 517.2.9º LEC. Entendemos no obstante que es aplicable el primero de los supuestos. Así y siguiendo a los autores⁶⁵⁵ estos supuestos se incluirían en el apartado tercero: *“Se trata básicamente del auto que homologa la transacción judicial (arts. 1.816 CC y 19.2 LEC), pero también del auto que homologa el llamado acuerdo entre las partes logrado en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 415 LEC). Tampoco aquí será necesario acompañar el título a la demanda ejecutiva, pues ha de constar en los autos (art. 550.1, 1.º, LEC), sin perjuicio de que el art. 517.1, 3.º, LEC dice que estas resoluciones judiciales pueden ir acompañadas, si fuera necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.”* Resulta contradictoria la posibilidad de alegar transacción cuando se parte de la misma a efectos de dicha ejecución.

El ordinal tercero de dicho artículo y apartado se refiere a transacción judicial sin que sea necesario considerar que lo es en el curso del trámite de un proceso ordinario. En el mismo sentido el artículo 518 LEC cuando se refiere a la caducidad expresa que la acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución.

Las posibilidades de ejecución, sin embargo, no son tan amplias como cualquier tipo de ejecución, sino que irán destinadas al cumplimiento de las obligaciones pactadas o al desarrollo de los efectos derivados del acuerdo homologado tanto para los adheridos como para los arrastrados. De otra forma entendemos que la imposibilidad de ejecución conllevaría la necesidad de acudir al régimen de incumplimiento previsto en la citada norma. La sustitución de medidas o su conversión dineraria aparece cuanto menos difícil en el encuadre de la norma. Sin necesidad de realizar un estudio sistemático de las mismas si es importante distinguir algunos aspectos que puedan ser interesantes:

1º. En todos los supuestos el deudor estará obligado a hacer todo aquello que ha sido pactado inicialmente pero también a asumir el efecto de cualquier adhesión o a aplicar, en su propio patrimonio, los efectos derivados del efecto arrastre que se hubiera producido y declarado en el propio auto de homologación.

2º. Las esperas y quitas determinan la no exigibilidad de las cantidades reclamadas, sea cual sea el instrumento en el que estuvieren contenidas y sin necesidad de acomodar el mismo a esos nuevos elementos. La exigibilidad por parte de los acreedores de dichas cuantías puede ser opuesta en virtud de esa transacción o acuerdo por ante cualquier tribunal.

3º. La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora tienen su proceso específico en la propia norma y bastará con que el deudor cumpla con sus obligaciones sin necesidad de intervención del

⁶⁵⁵ MONTERO AROCA J, *Derecho Jurisdiccional...* op. cit. pg. 543.

acreedor. Los instrumentos de la ley de sociedades de capital a tal efecto son suficientes para cumplimentar su desarrollo. La opción que corresponde a los acreedores , entre ello y una quita , está suplida suficientemente por la norma faltando, como señalamos en su momento, solo la determinación del tiempo en que se ha de optar.

4º. En los mismos términos la conversión de deuda en préstamos participativos.

5º. Mayor problema puede plantear la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda por cuanto la misma exige: 1.- Que el acreedor consienta en recibir en pago una cosa distinta a la debida. 2.- Que el deudor preste inmediatamente en el mismo acto, esa conducta y que entregue la cosa, proporcione el hecho u observe la abstención propuesta.3.- Si el objeto de la dación es una cosa, debe ser propiedad del deudor, ya que la dación en pago con bien ajeno es nula. La voluntad obstativa al cumplimiento podrá conllevar en este caso la necesidad del despacho de ejecución y la sustitución de la voluntad de los acreedores por resolución judicial a tal efecto.

Sin embargo el Auto de la AP de Barcelona de 19 de febrero de 2015⁶⁵⁶ parte del carácter cerrado y limitado de los títulos ejecutivos descritos en el artículo 517 LEC. Entiende que la adicional cuarta (si bien antes de que se reformara para atribuirle a esta cierto carácter ejecutivo en materia de cancelación de embargos) no tiene la tipicidad que la norma exige: *“El carácter típico del título ejecutivo es indiscutido en la doctrina y significa que los documentos que son título ejecutivo son exclusivamente aquellos a los que el legislador les atribuye expresamente esa condición. De ello se deriva el carácter numerus clausus que tienen los títulos ejecutivos, carácter que resulta de la dicción literal con la que comienza el artículo 517.2 LEC (sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos). Ese carácter cerrado no queda desmentido por el hecho de que el apartado 9.º del propio precepto remita a «las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución», ya que esa remisión es también cerrada, esto es, se remite a normas de rango legal en las que expresamente se concede el carácter de título ejecutivo de forma absolutamente clara.”* Distingue entonces entre efectos directos del acuerdo y su carácter ejecutivo si bien entiende que *“... nada tiene que ver que entre esos efectos se encuentre la paralización de las ejecuciones promovidas contra el deudor a que pueda constituir título suficiente para que el deudor pueda dirigirse contra sus acreedores, que es lo que, en suma, ha estimado la resolución recurrida”*. De igual forma rechaza su similitud con la homologación. En tal sentido afirma: *“Y tampoco podemos compartir que la ejecutividad de esa resolución pueda proceder de la similitud o asimilación de esta resolución a las que homologan acuerdos transaccionales o bien a las que aprueban el acuerdo alcanzado a través de una mediación. Aunque el auto de homologación pueda presentar algún aspecto común con esos supuestos, tiene también con ellos diferencias notables. La transacción alcanzada, sea a través de la mediación o sin ella, sirve para poner fin a un previo conflicto existente entre las partes. De manera que la razón por la que el auto que la homologa goza de fuerza ejecutiva es porque, aparte de que lo*

⁶⁵⁶ Rollo núm. 226/2014 – 1ª. Núm. 21 / 2015.

dispone la ley de forma explícita, cierra la controversia existente y determina que exista seguridad jurídica sobre la existencia de una concreta obligación, que es la que ha de ser objeto de la ejecución futura, caso de que voluntariamente no se cumpliera. En cambio, el auto de homologación del acuerdo de refinanciación persigue una finalidad muy distinta, que consiste sustancialmente en intentar evitar la situación concursal en la que podría incurrir un deudor sobreendeudado y sin capacidad, temporalmente, para atender el pago de su deuda financiera, permitiendo acuerdos con los acreedores financieros que permitan la continuidad de la actividad, dándoles a esos acreedores la garantía de que esos acuerdos van a quedar a salvo de la reintegración concursal. Por tanto, ni el acuerdo pretende resolver un conflicto sobre la existencia o inexistencia de una obligación ni la homologación de ese acuerdo pretende evitar que el mismo sea respetuoso con los derechos de terceros, como ocurre en la transacción. En este caso la finalidad de la homologación es distinta y es de garantía de que se han cumplido los presupuestos legales para la validez del acuerdo, a la vez que un juicio ponderativo de que el sacrificio exigido a los acreedores financieros que no lo suscribieron no era desproporcionado. Por ello, aparte de que la asimilación contraría el principio de tipicidad de los títulos ejecutivos a que antes nos hemos referido, no creemos siquiera que existan buenas razones que la justifiquen". Todo esto cambiará tras el carácter ejecutivo que se otorga para la cancelación de embargo, con referencia a la ejecución del acuerdo. Si bien todavía podrá defenderse la distinción entre eficacia y su carácter ejecutivo.

Por último conviene realizar una breve referencia a la única medida prevista, a efectos de ejecución, en el propio contenido de la norma y que nos ha dado pie a desarrollar esa competencia ejecutiva que la adicional no regula pormenorizadamente: *"En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación."* Como se puede comprobar la norma se limita a determinar la "cancelación de embargos" pero no de las cargas que pesan sobre los bienes o derechos y ello aún a pesar de que el acuerdo se construye sobre la base de un valor razonable determinado conforme a las normas allí recogidas y una proporción en las garantías que servirán finalmente para aprobar el citado acuerdo y extender los efectos del mismo. En tales circunstancias deberemos distinguir dos grupos concretos:

- a) Por un lado aquellos supuestos en los que las medidas adoptadas conllevan la cancelación de deuda y la necesidad de cancelar las cargas que pesen sobre esos determinados bienes o derechos. Nada impide que la ejecución, en caso de ser forzosa, se extienda igualmente a ellas.
- b) El segundo grupo lo conforman aquellos supuestos de cargas que constan por una cuantía que ha sido objeto de quita, espera, conversión o dación pero que no conlleva la extinción de la deuda en su totalidad. Este quizás aparece como más problemático dado que el posterior incumplimiento del acuerdo podría tener incidencia en lo pactado. Es por ello que parece lógico que dichas garantías se mantengan hasta el total cumplimiento o, al menos y en cuanto sea posible, en tanto vayan sucediendo los hitos concretos que se han marcado. Piénsese, en

relación a esto último, la conversión de parte de la deuda en acciones, parte en préstamo participativo, parte en quita y otra parte en espera. De esta forma tendríamos que la deuda inicial se ha convertido por un lado, se ha limitado por otro y ha pasado a no ser exigible en el tercer supuesto. Ningún problema plantea la garantía sobre este último apartado, salvo el que se pueda derivar del superior gravamen que pudiera tener el conjunto de las deudas respecto del valor del bien. Pero sí plantean problemas los otros supuestos, en tanto la misma deuda se encuentra grabando un bien concreto mientras se dota al acreedor de todo un conjunto de derechos de socio y participación en la empresa y se remunera la parte de la cuantía como préstamo participativo. Nuevamente tampoco habría problema en este último en tanto se trataría de una garantía también sobre el cumplimiento del mismo, aunque inicialmente referida al cumplimiento de la deuda originaria, y por tanto del cumplimiento en conjunto del acuerdo. Ello nos reduciría la situación a la garantía respecto de la parte que ha sido convertida en capital (capitalizada). Una vez más debemos señalar que esa garantía lo es del conjunto del cumplimiento de la deuda (salvo que el pacto diga otra cosa) y supone también un supuesto similar a cualquier pacto de desinversión que pudieran haber realizado las partes en cualquier otro momento respecto de la entrada y salida en el capital con fines financieros. En caso de incumplimiento los acreedores conservan su derecho, entre otros, a instar ejecuciones singulares y que las mismas podrán también ejercitarse respecto de las garantías reales.

Cualquier modificación a tal efecto (por ejemplo el rango) deberá haberse hecho constar en el acuerdo y el mismo no tiene un efecto extensivo a quienes han sido arrastrados que mantendrán, por ello, esa expectativa garante en función del cumplimiento o incumplimiento que del acuerdo se produzca.

No obstante lo anterior, el cumplimiento final de los acuerdos- por una u otra vía - conlleva o puede conllevar cierta problemática de cancelación de dichas cargas al no existir una fase declarativa de tal cumplimiento de forma similar a lo previsto en el concurso de acreedores. A tal efecto es interesante señalar la doctrina de la DGRN en relación a los acuerdos homologados que resumimos conforme a las siguientes resoluciones:

La resolución de la DGRN de 25 de febrero de 2014⁶⁵⁷, citando la reiterada doctrina de la citada dirección⁶⁵⁸, viene a señalar que el acuerdo transaccional, aunque esté homologado judicialmente, es un documento privado no apto para su inscripción en el Registro⁶⁵⁹. Más allá de esta, la de 14 de diciembre de

⁶⁵⁷ Resolución de 25 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Caravaca de la Cruz por la que se suspende la inscripción del testimonio de un auto recaído en procedimiento verbal, en el que se homologa la transacción solicitada por las partes consistente en un acuerdo para la constitución de una servidumbre de paso y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

⁶⁵⁸ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de septiembre de 1966; 27 de agosto de 1982; 18 de octubre de 1991; 21 de noviembre de 1994; 19 de septiembre de 2002, y 14 de febrero, 27 de marzo, 15 y 24 de abril y 27 y 29 de mayo de 2003.

⁶⁵⁹ Cfr. las Resoluciones de 9 de julio y 5 de agosto de 2013.

2010⁶⁶⁰ se refiere al auto de homologación , señalando que hay que partir de la base de que , una vez practicado el asiento, este se encuentra bajo la salvaguarda de los Tribunales y no puede ser modificado en tanto no medie acuerdo de los interesados o resolución judicial que así lo establezca pues dentro de los medios con que cuenta el Registrador a la hora de calificar, no se encuentra el de apreciar un hecho negativo y solo en el supuesto de que exista pacto en tal sentido podrá procederse a la cancelación. La resolución de 17 de julio de 2013⁶⁶¹ solventa el problema de dilucidar si, declarada la resolución de una venta por un acuerdo transaccional homologado judicialmente como consecuencia del ejercicio de una condición resolutoria expresa, es posible cancelar los asientos que gravaban el dominio resuelto, siendo así que los titulares de tales derechos no han intervenido en tal acuerdo. En tal caso señala que, como tiene declarado reiteradamente⁶⁶² , es necesario tener en cuenta: a) que los efectos de la transacción, se concretan a las partes contratantes; b) que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; c) que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos; d) que no se ha solicitado, ni por ello, practicado, anotación preventiva de demanda; y, e) que los titulares de tales asientos no sólo pueden sino que deben ser tenidos en cuenta en la transacción y deben dar su conformidad a la misma. Por lo que se refiere a la necesidad de dar debido cumplimiento al contenido de las resoluciones judiciales, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, como ha declarado la Dirección General de los Registros y el Notariado en Resoluciones de 26 de mayo de 1997 y 30 de septiembre de 2005. De este modo, aunque es cierto que los artículos 118 de la Constitución Española y 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial imponen a todas las autoridades y funcionarios el deber de cumplir las resoluciones judiciales firmes, no lo es menos que todos los documentos inscribibles deben cumplir las exigencias del sistema registral. Coherentemente con ello, la Resolución de 19 de febrero de 2007 señala que entre esas exigencias de nuestro sistema registral está «la debida determinación del asiento» a practicar; en la de 26 de abril de 2005 declara que «la calificación del registrador de los documentos judiciales, consecuencia de la proscripción de la indefensión ordenada por el artículo 24 de la Constitución Española abarca, no a la fundamentación del fallo, pero sí a la observancia de aquellos trámites establecidos para garantizar que el titular registral ha tenido en el procedimiento la intervención prevista en las normas para evitar su indefensión»; y en otras, como las de 19 y 21 de febrero, 23 de junio, 15 de octubre y 5 y 20 de noviembre de 2007, 2 de febrero y 7 de octubre de 2008 y

⁶⁶⁰ Resolución de 14 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto frente a la negativa del registrador de la propiedad de El Rosario, a cancelar una opción de compra y el asiento de presentación de una hipoteca vinculada con dicha opción

⁶⁶¹ Resolución de 17 de julio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Torrent n.º 1 a la cancelación de las cargas posteriores a una transacción judicial homologada judicialmente

⁶⁶² Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1995, 6 de febrero de 2000 y 5 de febrero de 2002; y las Resoluciones de esta Dirección General de 28 de mayo de 1992, 19 de noviembre de 1996, 24 de febrero de 1998, 27 de mayo y 15 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2007, 23 de marzo y 9 de junio de 2010, 1 de abril de 2011 y 21 de junio de 2012.

22 de enero y 30 de abril de 2009, se insiste en el principio de calificación de los documentos judiciales relacionándolo con la limitación de los efectos de la cosa juzgada a quienes han sido parte en el proceso, todo ello a los solos efectos de proceder o no a su inscripción, conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento. Por su parte la resolución de Resolución D.G.R.N. de 22 de febrero de 2012 señala que Ciertamente, según los artículos 1216 del Código Civil y 317.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("a efectos de prueba en el proceso", precisa este último precepto), son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los secretarios judiciales (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el Tribunal o ante él -artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-); y conforme al artículo 319.1 de dicha Ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (cfr. también artículo 1318 del Código Civil). Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras). Por otra parte, a tales efectos, los documentos privados no son, en vía de principio, equivalentes a los públicos por el mero hecho de que sean homologados judicialmente. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, conforme a los artículos 19 y 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes pueden transigir sobre lo que sea objeto del litigio y si alcanzan un acuerdo transaccional puede el juez homologarlo previa comprobación de la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes, de suerte que el acuerdo homologado tendrá todos los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de las sentencias (cfr. artículo 517.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; cuestión distinta es que no pueda equipararse todo título ejecutivo a título inscribible). En el presente caso la exigencia del artículo 3 de la Ley Hipotecaria queda plenamente satisfecha toda vez que el acto inscribible en cuestión -la dación de porcentaje sobre finca registral en pago de las cantidades debidas por impago de pensión alimenticia- aparece contenido en documento auténtico expedido por la autoridad judicial, cual es el testimonio del auto de homologación del acuerdo transaccional y el mandamiento por el que se ordena su inscripción.

Es necesario que el propio acuerdo o el auto recojan los efectos derivados del cumplimiento y apertura el proceso necesario para llevar a pleno cumplimiento la cancelación de dichas cargas o el otorgamiento irrevocable de poderes, en su caso, al mismo efecto. De otra forma y en su defecto la posibilidad de

cancelación se estructuraría igualmente a través de la ejecución judicial como parte esencial del cumplimiento del mismo.

2. Régimen del incumplimiento del acuerdo.

2.1. Cuestiones previas.

La primera parte del apartado once de la adicional cuarta recoge la posibilidad de que pueda instarse un incidente concursal a los efectos de declarar el incumplimiento del acuerdo. En tal caso se refiere exclusivamente al incumplimiento del deudor y no de los acreedores: *“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 incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación.”*

En la segunda parte se refiere a la posibilidad que se abre, una vez declarado el incumplimiento respecto de los acreedores con garantías reales.

2.2. Legitimación.

Tal y como hemos señalado la declaración de incumplimiento se construye desde el que lo es del deudor y no de los acreedores. En tal sentido la norma señala que *“en caso de no cumplir el deudor con los términos del acuerdo de refinanciación”* cualquier acreedor podrá instar esa declaración de incumplimiento. En supuestos de incumplimiento de los acreedores esta posibilidad no está prevista partiendo por ello de una sanción de las posibilidades de ejecución que hemos señalado con anterioridad.

Por lo tanto - e inicialmente- esa legitimación parte de los acreedores a los que la norma se refiere con la siguiente expresión: *“cualquier acreedor, adherido o no al mismo”*. Sin embargo creemos necesario delimitar esa genérica atribución de legitimación que vendrá marcada por los siguientes:

- a) En primer lugar la legitimación solo podrá estar conferida a quien ha sido parte o es afectado por el citado acuerdo tanto en posición de suscribiente, afectado por arrastre o- por indicarlo así la norma- adherido al mismo. La expresión *“esté o no adherido al mismo”* y *“cualquier acreedor”* parece concebir una legitimación más amplia tanto a quienes intervinieron, fueron afectados o adheridos, no pudieron intervenir o se trate de otros acreedores posteriores. Sin embargo debemos destacar que la distinción que ya hemos realizado entre el propio acuerdo de refinanciación (que afecta a quienes lo suscriben) y el auto de homologación (que supondrá el efecto arrastre respecto de otros

acreedores o la posibilidad posterior de adhesión de acreedores comerciales o laborales) constituye un elemento consustancial al incumplimiento; y de esa forma solo aquellos que estuvieren afectados, en ese sentido amplio, podrán instar el incumplimiento de algo que les afecta⁶⁶³.

- b) Todavía podría plantearse la legitimación desde una perspectiva aún más restrictiva, limitada a los suscribientes y los adheridos. En tal caso partiríamos de la expresión utilizada al principio de la redacción: “*En caso de no cumplir el deudor los términos...*”. Son esos términos iniciales y no otros los que motivan la vinculación a los acreedores firmantes y a los posteriormente adheridos. Y es una referencia concreta al acuerdo de homologación y no a los efectos que derivan de dicho acuerdo. No obstante resulta distorsionante a esta interpretación la referencia recogida a “*acreedores adheridos o no*” por cuanto amplía dicho ámbito a otros posibles acreedores no definidos. En tal caso las posibilidades que se abren son diferentes:
- a. Entender que el legislador ha querido extender la legitimación a cualquier acreedor. En este caso nos remitimos a lo dicho en el apartado anterior en donde hemos delimitado el ámbito de efectos del acuerdo.
 - b. Entender que se incluyen en el mismo tanto los firmantes como los afectados y los acreedores que tienen la posibilidad de adhesión hubieran o no utilizado la misma.
 - c. Reconstruir ,mediante interpretación, la norma y considerar que la referencia a acreedores adheridos o no tiene (como ya se señaló en su momento) un ámbito genérico (que no distingue entre suscribientes, disidentes o adheridos) que simplemente referencia a quienes resultan afectados por su adhesión; y que esta adhesión se construye desde la voluntad y ,en consecuencia, tan solo en la suscripción como en la adhesión pero no desde la imposición (arrastrados) o la posibilidad de adhesión(los no adheridos y que sí pudieron hacerlo). Esta es la interpretación más favorable a una coherente conjugación de la norma con la normativa rituarial a efectos de ejecución y de esta misma tal y como se construye a partir de la declaración de incumplimiento en la propia adicional: “*Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares*”. Solo aquellos sujetos a dicho acuerdo están limitados en dicha posibilidad no teniendo razón de ser que se implique a otros acreedores. No obstante quedaría cierta maniobrabilidad en relación a los acreedores arrastrados por incumplimientos referidos a otros acreedores o a los adheridos.

⁶⁶³ En igual sentido PULGAR EZQUERRA J, *Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación*. La Ley 2012, pgs. 506 a 508. Nota 441: “ *Entiendo que la ampliación legal de legitimados para pedir el incumplimiento del acuerdo a “cualquier acreedor”, debe referirse sólo a los acreedores afectados por el acuerdo, esto es, a los financieros excluyendo a los dotados de garantía real coherentemente con la interpretación que sostiene este autor de no extensión ni tan siquiera de la paralización de ejecuciones a esa categoría de acreedores, pero reconociéndoles legitimación si el acreedor ha ejecutado su garantía y no ha visto íntegramente satisfecho.*”

Aunque la norma tampoco señala quienes serán demandados en dicho incidente, se refiere a ello en la misma señalando que de la demanda se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos. El deudor será siempre parte. La utilización del término comparecido nos lleva a diferentes momentos del propio proceso de homologación. En cualquier caso se trata de acreedores comparecidos y estos lo podrán ser en tres momentos concretos:

- a) Comparecidos tras la primera providencia de admisión a trámite de la solicitud de homologación.
- b) Tras el auto de homologación a los efectos de su impugnación o no.
- c) En el propio proceso de impugnación que expresamente recoge que del mismo se dará traslado al deudor y al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación.

Siendo así que la norma parte de acreedores de pasivos financieros excluyendo de su ámbito a los públicos, comerciales y laborales (los dos últimos con posibilidad de adhesión) y que , por otro lado, la adhesión solo podrá manifestarse una vez se encuentre el acuerdo homologado y sin legitimación a efectos de impugnación (y que el último de los supuestos que hemos señalado limita la personación , por traslado, a quienes son parte en el acuerdo de refinanciación y no a los arrastrados) parece consecuente que la referencia “*comparecidos*” lo sea exclusivamente en relación a comparecidos que sean parte en el acuerdo de refinanciación originario (suscribientes) y no a cualquier otro acreedor. De hecho se está impugnando el acuerdo (por incumplimiento del mismo) y no el auto de homologación que ya ha tenido su vía de impugnación conforme hemos de desarrollado.

La referencia realizada al procedimiento como “*procedimiento equivalente al incidente concursal*” nos llevaría a plantear esta cuestión desde la perspectiva (que ha sido tomada por el legislador) del artículo 193 LC en tanto señala – a efectos de concurso- que “[e]n el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora. Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria.” Parece que esta referencia coincidente al término “*comparecidos*” en uno y otro pretende extender esa posibilidad a todos quienes resulten afectados por el citado acuerdo; pero la limitación que se incluye en la redacción de la adicional es que su posición siempre lo será para oponerse a la citada impugnación y no para coadyuvar a ninguna de las partes. De esta forma volveríamos a manifestar nuestra posición restrictiva en la interpretación de la misma.

2.3. Objeto. Incumplimiento esencial o relativo.

Al tratar el ámbito objetivo (objeto) de la impugnación se nos plantean tres cuestiones esenciales:

1º. Por un lado la posibilidad (o no) de que cualquier acreedor pueda demandar por incumplimiento del deudor tanto en relación con aquello que

directamente le afecta como respecto de otros acuerdos que pudieran no afectarle directamente.

Tal y como se construye la norma la posibilidad parte de un incumplimiento del acuerdo de refinanciación por el deudor y de que cualquier acreedor, conforme hemos delimitado, pueda instar el incidente de incumplimiento. En tal sentido la norma recoge que cualquier acreedor podrá instarlo *“[e]n caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación”*. Esa referencia a *“los términos”* y la posibilidad abierta a *“cualquier acreedor, adherido o no”*, no deja inicialmente- margen a la interpretación, pero tiene bastante que ver con el incumplimiento parcial del mismo. Supongamos en este caso que uno de los pactos que se contienen en el acuerdo es incumplido pero no así el resto; y que este se refiere a cualquier acreedor adherido; supongamos también que esa adhesión ha sido modulada particularmente. En tales supuestos nos encontraríamos también en relación al incumplimiento esencial o no del mismo. Nos interesa en este momento delimitar la posibilidad de solicitud de incumplimiento en relación a cualquier pacto o exclusivamente referido a aquellos que afectan a quien impugna. De otra forma dicho, nos planteamos si es posible que esa demanda incidental se plantee por un acreedor al que no le afecta el pacto en concreto.

A tal respecto debemos volver nuevamente al contenido del acuerdo de refinanciación (original) más allá de los efectos de arrastre que este pueda producir y por ello al contenido del artículo 71 bis 1 a) LC ,al que se remite en parte, en donde se recoge que *“[e]n virtud de éstos (acuerdos) se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo”*. Y que dichas medidas se instrumentan en la norma adicional sobre la base de: (1) Acuerdos múltiples indeterminados respecto de los que suscriben. (2) Acuerdos múltiples e indeterminados aplicables a los que quieran adherirse. (3) Acuerdos modelo de arrastre tipificados que igualmente deberán afectar a los que lo suscriben pero no así a los que se adhieren (quitas, esperas, conversión y dación en pago o para pago). Pero todo ello se construye sobre la base- citamos nuevamente- de *un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo*. Es por ello que – al margen de lo esencial o no del incumplimiento- el objeto de la impugnación (en quien está legitimado) no se limita o se circunscribe al concreto acuerdo respecto que pueda directamente afectarle, sino al cumplimiento de la totalidad del acuerdo que constituye base esencial de esa viabilidad (no de otros supuestos) sobre la que se ha desarrollado el mismo. Estas dos cuestiones son o aparecen como trascendentales en la viabilidad de este tipo de acciones, a saber:

- a) Incumplimiento concreto que se alega.
- b) Impacto del incumplimiento del acuerdo sobre la viabilidad construida en el acuerdo de refinanciación.

Un planteamiento restrictivo que limite la posibilidad al acreedor para pretender la declaración de incumplimiento del deudor única y exclusivamente con respecto al pacto que le es aplicable por suscripción, arrastre o adhesión , podría resultar ciertamente perjudicial a la posibilidad de cumplimiento global,

conjunto o final del acuerdo que motivara por ello un posterior incumplimiento (que ya se adivinaba con el que anteriormente se había producido) en relación a lo que a este afecte directamente. Y ese es precisamente el fin de la norma en tanto se configura para garantizar el cumplimiento de todos los acuerdos que garantizan la viabilidad y – en el otro lado de la moneda- aquellos específicos aplicables a quien demandan la declaración de incumplimiento, dado que ven en el inicial una afectación más o menos directa del cumplimiento futuro de lo que a ellos les incumbe.

2º. En segundo lugar la intensidad (sustancial o relativa) del incumplimiento en relación al citado procedimiento. Más desde una perspectiva de probabilidades que desde la delimitación inadmisoria de una pretendida demanda en este sentido.

En tal sentido conviene partir citando la Sentencia del TS de 18 de noviembre de 2013⁶⁶⁴ , en donde se recogen las directrices a seguir en relación a los supuestos de incumplimiento de los contratos en relación a la esencialidad del mismo.

La sentencia sitúa la controversia en la “*delimitación de la categoría del incumplimiento esencial y su diferenciabilidad de régimen de aplicación respecto del tronco tradicional de los denominados incumplimientos resolutorios*”. Para la Sala, la tipicidad del incumplimiento esencial permite otorgarle una categoría propia y diferenciada dentro del marco general del incumplimiento obligacional con trascendencia resolutoria. Tradicionalmente, los incumplimientos resolutorios gravitan sobre la ejecución de la prestación debida, sea porque no se ejecuta o porque se cumple de forma defectuosa. Pero fuera de este ámbito conceptual, la categoría del incumplimiento esencial se aleja de la prestación debida para centrarse en la satisfacción del interés del acreedor, en función de los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que por lo general se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, ya expresa o conocida por ambas partes, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo. Esta delimitación permite establecer unas directrices, que se pueden sintetizar así:

1) mientras los incumplimientos prestacionales quedan residenciados en el plano del incumplimiento de los deberes contractuales, de forma que ha de atenderse al desajuste o a la falta de ejecución, en cambio, la categoría del incumplimiento esencial se fija en la satisfacción del acreedor y, por eso, su valoración e interpretación debe tomar también en cuenta la causa del contrato y su peculiar instrumentalización técnica a través de la base del negocio;

2) esta diferenciación hace que, a la hora de valorar la trascendencia resolutoria del incumplimiento, también operen en planos distintos los tradicionales conceptos de “gravedad” y “esencialidad”, pues el primero queda enmarcado en el ámbito prestacional, y con relación a las prestaciones principales del contrato, de manera que solo el desajuste o la falta de cumplimiento de estas permite su resolución (no así cuando se trata de incumplimientos leves o infracciones mínimas); por el contrario, el segundo

⁶⁶⁴ Sentencia núm. 638/2013 del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 2013

“escapa a dicho enfoque pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorio o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica señalada se infiere que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato celebrado”;

3) como consecuencia, el régimen de incumplimiento esencial como incumplimiento resolutorio “no queda condicionado por el principio de reciprocidad que dibuja la sinalagmaticidad de la relación obligatoria ya que puede extenderse al ámbito de obligaciones que no formen parte del sinalagma en sentido estricto, caso de la obligaciones accesorias, de carácter meramente complementario”;

4) por último, el incumplimiento esencial también se proyecta como una “valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado”.

Un último supuesto podría ser el de la ejecución de un concreto acuerdo de forma defectuosa y su coordinación con un posible incidente de declaración de incumplimiento. En tal caso deberemos estar no solo a la esencialidad del mismo, conforme hemos visto, sino también a la posibilidad de ejecución completa en los términos señalados. Si bien es necesario tomar en consideración que esto nos abriría una nueva posibilidad incidental, no prevista, a los efectos de declarar – sin necesidad de llegar por ello al extremo del incumplimiento global que da lugar a los efectos que estudiaremos- no debidamente cumplido el acuerdo. Esta situación no está prevista en el propio precepto pero entendemos que es determinable mediante un proceso de ejecución más que desde un incidente no previsto⁶⁶⁵.

3º. En tercer lugar la determinación concreta del objeto del proceso bien referido al propio acuerdo de refinanciación o bien ampliado a los efectos que del mismo se derivan mediante la homologación judicial.

En tal caso la legitimación a efectos del incumplimiento delimita igualmente, conforme se entienda, esta posibilidad; pero partiendo de la misma (sea quien sea el que impugna dicho incumplimiento) la mayoría de los supuestos que se estructuran permiten partir de una posibilidad de ejecución forzosa que evitaría el incumplimiento. En algún supuesto es la voluntad del deudor la que se contrapone a ello (piénsese por ejemplo en supuestos de conversión) pero también por referirse a contrapartes será posible dicha ejecución sin necesidad de que se extienda el régimen a un supuesto de incumplimiento.

Junto a lo anterior también plantea cierta problemática por un lado el impacto que pueda tener en dicho procedimiento un cumplimiento tardío y posterior del deudor una vez presentada la demanda o, por otro lado, la conjugación de la posibilidad de ejecución frente al deudor y el mismo procedimiento de incumplimiento referido al mismo objeto.

⁶⁶⁵ En sentido opuesto PULGAR EZQUERRA, J *Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación*, op. Cit. pg. 507, que entiende que la ley no distingue si es de especial entidad o gravedad.

En nuestro derecho de sociedades la LSC prevé la posibilidad de sustituir o subsanar un determinado acuerdo nulo acordado por la junta y con ello eliminar la cuestión litigiosa. En relación a ese cumplimiento tardío y los efectos de la litispendencia deberíamos estar a la misma esencialidad que ya hemos señalado y más en concreto a la valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado.

En relación al último apartado la posibilidad de ejecución para un cumplimiento completo o correcto del acuerdo en relación a uno o varios pactos plantea múltiples problemas de compatibilidad. Siendo posible la ejecución y tasadas las causas de suspensión de la misma (en donde no se prevé la prejudicialidad civil) la aplicación del artículo 564 LEC deviene insuficiente pero posiblemente clarificador: *“Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda”*. Si la demanda de incumplimiento se presenta con anterioridad a la citada petición de ejecución esta debería quedar pendiente del resultado del citado procedimiento y si la ejecución ha sido instada es evidente que la canalización de una petición de incumplimiento debería (conforme al citado precepto) poder plantearse solo respecto de hechos o actos distintos de los admitidos como causa de oposición a la ejecución.

2.4. Procedimiento.

La competencia fijada para dicho incidente la tiene igualmente el mismo órgano que ha procedido a la homologación judicial del acuerdo de refinanciación⁶⁶⁶. A tal efecto señala que se trata de un procedimiento equivalente al incidente concursal. Desde esa “equivalencia” el planteamiento nos lleva necesariamente al propio incidente. La cuestión que nos surge es si con el adjetivo el legislador ha querido determinar alguna diferencia con dicho incidente concursal o simplemente se delimita como tal por la aplicación preconcursal a la que va dirigido. Esta última parece ser la mejor solución a esa propuesta normativa que encuentra como única diferencia la imposibilidad de recurrir la sentencia que finalmente se dictare en uno u otro sentido.

De lo previsto en el apartado octavo debemos igualmente determinar que dicho incidente no tendrá ninguna afectación respecto del acuerdo homologado puesto que sus efectos se producen, sin posibilidad de suspensión, desde que se cumplen los requisitos de publicación que la misma recoge.

En comparativa con la regulación que se recoge en el párrafo segundo del apartado 7 de la adicional el procedimiento aparece, al menos gramaticalmente, diferente en cuanto a su referencia: *“Todas las*

⁶⁶⁶ La norma se empeña en este supuesto, como en otros a lo largo de la ley concursal en fijar la competencia en atención al “juez” y no al órgano jurisdiccional que es el competente.

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, que deberá dictarse en un plazo de 30 días, no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación”.

En este caso la norma no recoge la posibilidad de acumulación de todas las solicitudes de declaración de incumplimiento, aunque no lo impide, pero si fija y matiza las partes, de forma diferente, a las que deberá darse traslado como hemos visto. Tampoco recoge un plazo específico para dictar sentencia limitándose a señalar su irrecurribilidad.

De conformidad a esa equivalencia y a lo que hemos señalado la aplicación del artículo 194 LC (marginando los dos artículos anteriores que ya están matizados en la presente norma) nos llevaría a entender que “la solicitud” de declaración de incumplimiento de la que habla la norma (podrá solicitar) en realidad deberá tener forma de demanda y cumplir lo previsto en el artículo 399 LEC sin posibilidad de medidas cautelares al respecto de la producción de efectos que hemos señalado.

Sobre ello la posibilidad, prevista en la norma, de valorar la pertinencia de la citada solicitud plantea también ciertas dudas. En principio y como sabemos la limitación prevista en la ley de enjuiciamiento civil para inadmisión de demandas es extensa. En tal sentido el artículo 403 LEC lo plantea como cuestión excepcional para los siguientes supuestos:

1. Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley.
2. No se admitirán las demandas de responsabilidad contra Jueces y Magistrados por los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, irrogaren en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio. Tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios.
3. Tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales.

Sin embargo la referencia a “solicitud” por un lado y la expresión “equivalente” en referencia al procedimiento nos ha llevado al artículo 194 LC solo por dicha equivalencia. En el mismo no se habla ni de solicitud ni de equivalencia a nada; y sin embargo sí que se recoge esa posibilidad de inadmisión conforme a lo siguiente: “*Si el Juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión y acordará que se dé a la cuestión planteada la tramitación que corresponda. Contra este auto cabrá recurso de apelación en los términos establecidos en el apartado 1 del artículo 197.*” Si admitimos esa posibilidad

también deberíamos admitir la vía del recurso que la misma recoge como criterio excepcional.

Para solventar la citada cuestión y plantear una solución diferente a la no aplicación de la misma debemos partir de que la norma se refiere exclusivamente a un procedimiento equivalente al incidente concursal sin acomodarlo, como se hace en otros supuestos, a la situación concreta en donde se regula. Así por ejemplo utilizando expresiones como en tanto sea compatible con lo aquí regulado o en lo que no sea contrario a las presentes normas. También que la misma, como hemos señalado, habla de solicitud y no de demanda, aunque matizando que la forma que debe revestir es en sí misma de una propia demanda; además con anterioridad hemos definido la legitimación para impugnar, por un lado, y los motivos concretos que pueden contener el objeto del proceso; en relación a ellos es evidente que podría rechazarse, “*ad limine litis*”, la admisión de una solicitud de incumplimiento y que ello daría lugar a un recurso por ante la segunda instancia también por analogía; pero la cuestión está centrada nuevamente en cuanto a la “*pertinencia y entidad necesaria*” para su tramitación, por un lado, y la avocación a otro trámite que es inexistente cuando así se decida. Podríamos situarnos entonces ante supuestos de incumplimientos defectuosos o cumplimientos tardíos pero anteriores al trámite de admisión. En ambos supuestos esa vía, resuelta al inicio de la litis, parece contradecirse con la posibilidad de revisión del acuerdo en el fondo y el impacto de dicho incumplimiento en relación al cumplimiento total del mismo y los efectos que con ello se producen⁶⁶⁷. Es evidente que tanto el artículo 194.2 LC como el 204 LSC tienen la misma pretensión de eliminar litigiosidad desde la impertinencia o la entidad de la impugnación; es por ello que no se descarta la utilización de esta vía en cuestiones que puedan ser resueltas conforme a lo señalado, cuando la pretensión pudiera derivar en una total y absoluta falta de pertinencia o carezca totalmente de entidad suficiente para ello. Así por ejemplo en aquellos supuestos que partiendo de un incumplimiento (por acercarnos a posturas lógicas y evitando aquellos planteamientos de impugnaciones ilógicos) en realidad sean canalizables por la vía de ejecución. Esta es la solución compatible y coordinadora entre los supuestos de ejecución y de declaración de incumplimiento que hemos venido desarrollando en los apartados superiores.

La citada equivalencia nos lleva a entender que -aún a pesar de haber dado traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma - sólo se citará a las partes para la vista cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa la declaración de su pertinencia y utilidad. Esta vista se desarrollará en la forma prevista en el

⁶⁶⁷ Recientemente la modificación producida en la Ley de Sociedades de Capital (Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. «BOE» núm. 293, de 4 de diciembre de 2014) ha recogido un trámite similar en el artículo 204 LSC sobre impugnación de acuerdos. En tal sentido el último párrafo del mismo recoge: “Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento.»”

artículo 443⁶⁶⁸ de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales. En otro caso, el juez dictará sentencia sin más trámites y lo mismo hará cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando sólo se hayan aportado informes periciales, y ni las partes ni el juez soliciten la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe.

En cualquiera de los supuestos previstos en el párrafo anterior, si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales o se suscitaran por el demandante a la vista de este escrito en el plazo de cinco días desde que se le dio traslado del mismo, el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario. Si la decisión fuera la de continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días.

La cuestión sobre la posible adhesión al acuerdo, y su incumplimiento, en relación a los acreedores laborales nos lleva a plantearnos también si la vía del incidente ordinario es la única prevista o en estos supuestos la cuestión debe plantearse por la vía del artículo 195 LC para el incidente en materia laboral. En este caso debemos rechazar la cuestión dado que lo que se impugna y a lo que se refiere el objeto del procedimiento es al cumplimiento o incumplimiento del acuerdo y no al respectivo o concreto crédito que pueda resultar afectado.

2.5. Resolución.

La sentencia que se dicte deberá declarar que ha habido o no incumplimiento del acuerdo de conformidad al principio dispositivo y a la congruencia entre lo pedido y lo resuelto. No obstante la misma podrá determinar, a la vista de lo que hemos desarrollado más arriba, bien que existe un incumplimiento o que no existe pero sin perjuicio de que dicho incumplimiento sea parcial o no sustancialmente determinante del incumplimiento. En cualquier caso creemos que la resolución deberá pronunciarse exclusivamente en su fallo respecto del incumplimiento. En tal sentido el segundo párrafo del apartado 11 nos habla de “declarado el incumplimiento”.

Es a partir de aquí desde donde se plantean matizaciones que generan especial problemática en la doctrina en relación a la ejecución ,que posteriormente regula de la ejecución de garantías reales , y la ausencia de más referencia a otros supuestos o garantías.

Para algunos autores⁶⁶⁹ el régimen quedaría del siguiente modo: “...no se podrán instar ejecuciones singulares, tampoco de las garantías, hasta conseguir que previamente se declare el incumplimiento por el juez mercantil

⁶⁶⁸ Recientemente modificado por Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁶⁶⁹ CABANAS TREJO R, <<La garantía real en el precurso de acreedores>>. *Diario La Ley*, Nº 8317, Sección Doctrina, 23 de Mayo de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY.

(disp. adic. 4.^a.11 LC), siempre que el acreedor garantizado se haya visto afectado de algún modo por el acuerdo de refinanciación. Da igual que sólo haya sido por la parte del crédito no cubierta realmente por la garantía, y que respecto de la otra no hubiera extensión de los efectos, pues la ejecución del crédito es única e infraccionable (con algún caso especial, como la hipoteca flotante, aunque todas las obligaciones susceptibles de cobertura se habrían visto afectadas en forma proporcional). Cuestión distinta es que implícitamente forme parte del acuerdo de refinanciación la obligación de cumplir en sus términos originales la obligación garantizada por la parte que no exceda del valor de la garantía real, haciendo posible en otro caso la declaración de incumplimiento que habilita la ejecución singular por esta causa. En cambio, el acreedor garantizado que haya conseguido quedar por completo al margen del acuerdo de refinanciación, siempre tiene expedita la ejecución según las normas generales. De todos modos, y con el fin de no perjudicar el valor de la garantía en caso de incumplimiento por parte del deudor, se establecen reglas especiales de atribución del resultante para el acreedor en atención al importe originario y al rebajado de la deuda, salvo que en el acuerdo de refinanciación se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución (5) . En particular, el acreedor hará suya la cantidad obtenida en la ejecución que se sitúe entre ambos importes, que no quedaría como sobrante.”

Los términos utilizados por la norma han sido igualmente analizados (fundamentalmente sobrante y remanente) por doctrina consolidada⁶⁷⁰, partiendo de diferentes supuestos, de la resolución a la que se refiere la norma y la ultraactividad del acuerdo aún a pesar del incumplimiento.

Conviene inicialmente realizar un análisis igualmente pausado de la norma cuyo texto literal es el siguiente:

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

Si se ejecutasen las garantías reales, y salvo que en el acuerdo se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución, resultarán de aplicación las siguientes reglas:

a) Si el importe obtenido en la ejecución excediese del de la deuda originaria, o del saldo pendiente de la misma de no haberse producido el acuerdo, se considerará la diferencia entre el primer y el segundo importe como sobrante a los efectos de los artículos 674 y 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 133 de la Ley Hipotecaria y concordantes.

b) Si la cantidad obtenida en la ejecución fuese menor que la deuda originaria, o del saldo pendiente de la misma de no haberse producido el acuerdo, pero mayor que la resultante de la aplicación del apartado 4 anterior, se considerará

⁶⁷⁰ CARRASCO PERERA A, CORDÓN MORENO F, <<Ejecución de garantías reales tras el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado en la disposición adicional 4.^a de la Ley Concursal tras la modificación producida por el RDL 4/2014>> *Diario La Ley*, Nº 8322, Sección Tribuna, 30 de Mayo de 2014, Año XXXV, Editorial La LEY

que no hay sobrante ni remanente, haciendo el acreedor suya toda la cantidad resultante de la ejecución.

c) Si la cantidad resultante de la ejecución fuese inferior a la resultante de la aplicación del apartado 4 anterior, se considerará como parte remanente del crédito la diferencia entre ambas.”

La norma recoge que frente a la sentencia que se dicte en el citado procedimiento, equivalente incidental, que resuelva la existencia o no de incumplimiento no cabrá recurso alguno. En tal caso se refiere exclusivamente a la sentencia que resuelva el incidente y no a cualquier otro supuesto de crisis procesal que pudiera ser resuelto mediante auto, en donde entonces cabría plantear esa posibilidad de recurso de apelación por ante la segunda instancia en el supuesto de que la norma rituaría así lo permita. Y de la misma forma será posible el planteamiento del recurso de revisión.

3. La declaración de incumplimiento y opciones de los acreedores (y del deudor).

Conforme al texto de la norma , declarado el incumplimiento del acuerdo los acreedores podrán instar la declaración de concurso o iniciar las ejecuciones singulares que entiendan conveniente en relación a los créditos que estuvieran sujetos a los pactos del mismo. El resto de los acreedores (los no sujetos por el acuerdo) podrán haber iniciado sus ejecuciones conforme al régimen normal previsto en la legislación por no estar sujetos a ninguna restricción.

El deudor, por su parte, podrá también instar la declaración de concurso voluntario tanto antes como después de dicho incumplimiento afectando por ello, tras su declaración, al régimen del mismo. Uno de los efectos previstos en la adicional cuarta para este tipo de acuerdos es la “*ultractividad*” tras la declaración de concurso; el acuerdo se mantiene vivo y no será rescindible (es esencial la protección a tal efecto que la misma norma recoge en sus apartados primero y trece⁶⁷¹). Por lo tanto la declaración de concurso no afectará, en relación a su resolución, a la vigencia del acuerdo.

Que el legislador ofrezca, tras la declaración de incumplimiento del acuerdo, la posibilidad doble de instar la declaración del concurso del deudor, por un lado, o iniciar ejecuciones singulares, nos lleva a plantear si realmente lo que se recoge es una limitación (como efecto) a esa posibilidad de instar el concurso necesario mientras esté vigente el acuerdo y este no se haya declarado incumplido. Habíamos señalado en otro apartado de este trabajo⁶⁷² que no obstante ello estará limitado a los créditos sujetos a dicho acuerdo. Y además que la consecuencia lógica será la siguiente: el legislador deja expedita dicha posibilidad partiendo de la “necesidad” de acudir a un procedimiento previo de declaración de incumplimiento por ante el juzgado que otorgó la homologación. Esa posibilidad puede conciliarse de dos formas:

a) O bien entendiendo que lo que el legislador ha querido es dar una opción entre la solicitud de concurso necesario y ejecución singular a quien resulte agraviado por el incumplimiento.

⁶⁷¹ El legislador insiste en ello hasta en dos ocasiones en la misma norma.

⁶⁷² &VII-2.4.

b) O bien que el legislador lo que ha querido es proteger el acuerdo (de hecho ese es uno de los supuestos previstos para el caso de concurso limitando la reintegración) en lo que al mismo se refiere (no a otros créditos incluso de los mismos acreedores), motivando como requisito previo procesal para solicitar el concurso necesario por impago de dichos créditos , que se declare el incumplimiento a través de dicha vía⁶⁷³.

Si acudimos al artículo 7 LC, en su apartado primero (al margen del indicio que pueda suponer estar incurso en cualquiera de los supuestos del artículo 2.4 LC o de la situación real o no de insolvencia) el acreedor que insta un concurso necesario deberá : “...expresar en la solicitud el título o hecho en el que de acuerdo con el artículo 2.4 funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo”. Por lo tanto son dos supuestos (a groso modo) los que determinan esta solicitud: (1) Crédito y (2) Título en que se fundamenta a los efectos de esa situación de insolvencia con remisión al 2.4 LC.

Desde esa perspectiva enarbolar el crédito que está sujeto a un acuerdo de refinanciación ,que no ha sido declarado incumplido, lo constituye en un crédito limitado, por una parte, a los pactos del mismo y por otra al procedimiento legal e imperativamente previsto para que proceda la posibilidad de reclamación al margen del acuerdo. De esta forma uno de los efectos que se producen por la homologación de dicha refinanciación es la limitación en la solicitud de concurso necesario respecto de dichos créditos, en tanto sujetos al pacto, a la homologación y a la declaración de incumplimiento.

Por lo tanto la posibilidad de reclamación de la deuda individualmente por los acreedores sujetos a la homologación, parte necesariamente de la declaración de incumplimiento del acuerdo y a partir de ahí o bien solicitar el concurso necesario o bien iniciar las ejecuciones singulares; o en cualquier caso iniciar cualesquiera de las vías de forma conjunta. Compatible con ello es la solicitud de concurso voluntario del deudor en cualquier momento, manteniendo, desde la declaración en su caso, la vigencia el citado acuerdo, sin perjuicio de las afectaciones y posibilidades previstas en el concurso de acreedores respecto de los mismos.

Los autores citados⁶⁷⁴ mantienen que “[d]e lo anterior se deduce que la resolución por pacto en caso de incumplimiento del acuerdo no puede entenderse como una excepción a una regla general que sería la no resolución del acuerdo por incumplimiento. El sentido de la excepción tiene que ser diferente.” Y a partir de ahí construyen (magistrales) hipótesis de desarrollo ejecutivo de garantías reales desde las diferentes expresiones utilizadas por el legislador en los apartados a), b) y c) dada una situación inicial de un supuesto fuera de concurso de acreedores o un supuesto en concurso de acreedores⁶⁷⁵.

⁶⁷³ En sentido contrario PULGAR EZQUERRA, J, *Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación*, op. Cit. pg. 508.

⁶⁷⁴ CARRASCO PERERA, CORDÓN MORENO << Ejecución...>> op. Cit.

⁶⁷⁵ PULGAR EZQUERRA, J, *Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación*, op. C. pg. 506, defiende que con dicha declaración de incumplimiento se produce “La desactivación de los efectos de la homologación por incumplimiento del acuerdo.”

Desde esa doble posibilidad que antes hemos visto en solicitud de concurso necesario o ejecución singular (sin referencia a ningún tipo de garantías) y en párrafo diferente, lo que hace el legislador (en el mismo apartado) es modular los supuestos que determina mediante la inicial premisa siguiente: *“Si se ejecutasen las garantías reales, y salvo que en el acuerdo se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución, resultarán de aplicación las siguientes reglas”*.

Desde esa afirmación la expresión *“su resolución”* nos lleva a la posibilidad de que las partes hubieran pactado que en caso de incumplimiento (a través de , necesariamente, un procedimiento que así lo declare por ante el mismo juez que otorga la homologación) se produzca su resolución; pero también que no lo hayan pactado. Es por ello que la norma está construida sobre la base de considerar que tras la declaración de incumplimiento una de las opciones utilizadas por los acreedores será la de la ejecución; si estas ejecuciones afectan a garantías reales (entendemos que dentro del marco del acuerdo declarado incumplido) las reglas que a continuación se enumeran serán utilizables siempre que no se haya previsto en el acuerdo homologado que la declaración de incumplimiento conllevará la resolución del mismo; la declaración de incumplimiento no lleva, como regla general, su resolución sino tan solo la posibilidad de iniciar la vía de solicitud de concurso necesario, por un lado, o la vía de ejecución por otro. En el supuesto en que no se haya pactado la resolución del acuerdo, entonces esas normas no serán aplicables.

Podríamos también considerar que esa referencia a *“su resolución”* lo es en relación no al acuerdo sino al concreto pacto que tiene que ver con esas garantías reales que están vinculadas al mismo. Con ello se resuelve el pacto, por ejemplo, referido a una quita que afecta al crédito minorado de los firmantes (también y en cuanto les afecte a los que arrastra o se adhieren) y resulta la vigencia inicial del crédito prístino con la garantía original (en otro caso mantendría la quita y la limitación de garantía conforme a la norma). De esta forma la situación conllevaría:

- a) Que se hubiera pactado esa resolución y por ello la posibilidad de ejecución queda abierta (recogida en párrafo separado) para los acreedores en relación a su crédito y, en su caso, garantía si la tuvieran.
- b) Que no se hubiera pactado la resolución y por ello quedarán sujetos a los límites recogidos de valor razonable, cálculo de la garantía en relación al contenido novado del crédito con quita que se hubiera recogido.

Solo desde esa perspectiva resolutoria del acuerdo o pacto ,en relación a las garantías reales, puede comprenderse la enumeración de normas que como excepción se recogen en los tres apartados siguientes, evidentemente menos interesantes -en circunstancias normales- que dejar sin efecto el acuerdo y volver a la situación inicial (sin quitas ni esperas ni otros) ; y ello siempre que se acompañe que la opción entre concurso necesario y ejecución singular se constituye como la posibilidad de ejecución sujeta a reglas especiales que la exposición de motivos justifica del siguiente modo: *“En cualquier caso, y con el fin de no perjudicar el valor de la garantía en caso de incumplimiento por parte del deudor, se establecen reglas especiales de atribución del resultante al acreedor”*. Resultante que es utilizado en términos de realización (distinto al sobrante y remanente) y que tiene por objeto hacer *“especial”* (que no

excepcional) la ejecución derivada de un acuerdo declarado incumplido , tanto en situaciones de concurso de acreedores como en supuestos de ejecución singular. Y que por lo tanto la opción también, cuando es de ejecución, es de ejecución separada frente a cualquier declaración de concurso, siempre que no se haya dispuesto la resolución el contrato en cuyo caso quedará sujeto a lo previsto en el mismo.

La regla general de la declaración de incumplimiento, al contrario de lo afirmado por los señalados autores, si es de “*no resolución*” en caso de declaración de incumplimiento , sino de la posibilidad, sin declarar resuelto el acuerdo, de acudir a la vía de concurso necesario por dicho incumplimiento que estaba vetada con anterioridad ; o de ejecutar las garantías reales con sujeción a dichas normas especiales; en este caso incluso aunque se considere o no que es de aplicación, tras la declaración de concurso, la limitación prevista en el artículo 56 LC por otorgar (o no) un derecho de separación que entendemos puede estar intrínseca en esa facultad u opción que el legislador otorga.

Y nada afectaría, por ello, a otros supuestos de ejecución singular, que podrían igualmente iniciarse por dicha declaración de incumplimiento, pero que quedan sujetos al proceso concursal, en caso de que así se declare, en cualquiera de los supuestos previstos.

En el planteamiento de estas reglas especiales (para el supuesto de incumplimiento) debemos estar a la existencia de diferentes pactos ; y que por lo tanto dicho incumplimiento (en la medida en que sea esencial como hemos visto) puede obedecer bien a uno o varios supuestos. El incumplimiento podrá devenir por no atender a los pagos pactados, pero en nada afecta a las quitas o a la conversión por ejemplo que se hubiera realizado. En tal caso la resolución seguiría refiriéndose al pacto incumplido que ha motivado la declaración de incumplimiento del acuerdo. Así cuando se pacta que ese incumplimiento dará lugar a la resolución del acuerdo (primera de las hipótesis) en realidad algunos de dichos pactos ya han sido llevados a efecto; podemos ver como en el marco de las reglas especiales de ejecución uno de los supuestos, que analizaremos a continuación, es este, manteniendo la vigencia de los pagos hechos y por lo tanto afectados por la declaración de incumplimiento.

La opción resolutoria debe partir igualmente de una recuperación del crédito original (así se estructura en relación a las garantías reales) minorado en los pagos que se hubieran realizado, eliminadas en su caso las esperas, pero difícilmente – salvo pacto- la afectación de la conversión en préstamos participativos o, aún más problemático, la desinversión por capitalización de parte de la deuda. Pero, como hemos señalado, el incumplimiento podría serlo en relación esencial a otros pactos o a alguno de ellos en concreto sin que afecte a los demás. Es normal que las partes, aún a pesar de ello decidan no afectar su cumplimiento; esa es la regla general que se excepciona en tanto a voluntad de las partes.

La opción ejecutiva (la de concurso necesario partirá de la existencia o no de una situación de insolvencia en ese momento) se mantiene a partir de esa declaración de incumplimiento, garantizando al acreedor que recuperará, en la forma señalada, el alcance que conlleve la realización del bien y favoreciendo con ello posturas de suscripción de este tipo de acuerdos que no se verán por ello afectados en sus intereses.

4. . Especial referencia a la ejecución de garantías reales.

4.1. Resultante.

Previo al análisis de los supuestos debemos tomar en consideración que la norma utiliza las expresiones “resultante”, en la exposición de motivos, remanente y sobrante; y que todos estos conceptos son diferentes.

Así, tal y como hemos señalado, la exposición de motivos se refiere a la primera de ellas señalando que “...con el fin de no perjudicar el valor de la garantía en caso de incumplimiento por parte del deudor, se establecen reglas especiales de atribución del resultante al acreedor.” Este es el producto obtenido con la realización del bien o derecho que garantiza el crédito. Ese resultante es considerado en la adicional cuarta en los tres supuestos, bien hablando de “el importe obtenido en la ejecución” o bien como “cantidad resultante de la ejecución”. Entremedias mezcla una referencia al resultante del cálculo de la deuda del concreto acreedor, calculada conforme determina el apartado cuarto y que es otro resultante diferente.

4.2. Reglas generales de ejecución de garantías reales.

Como inciso a ello debemos considerar que cuando la norma se refiere al “resultante de la aplicación del apartado 4” se refiere a la deuda; así se puede extraer fácilmente de lo dispuesto en el apartado b) pero no en el siguiente. Ahora bien, vayámonos al apartado 4 anterior al que se remite; en este caso se recogen las mayorías necesarias de arrastre (pasivos y garantías) con el siguiente texto: “Por la homologación judicial, se extenderán a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, los efectos señalados en el apartado anterior, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas”. Cuando se remite a ello lo está haciendo a la deuda resultante por la parte del crédito que no exceda del valor de la garantía real en relación a dichos concretos acreedores. Esto nos lleva a dos consideraciones importantes:

- a) Por un lado que la comparativa de deudas que se recoge en los apartados b y c de la norma lo son solo en relación a esta parte del crédito y por ello sólo referidos a los acreedores que han sido arrastrados. De otra forma dicho, se trata de normas solo aplicables a las ejecuciones de garantías reales respecto de esos concretos acreedores y por la parte que no exceda de la garantía. En este caso además deberemos tomar en cuenta que la referencia a “que no se haya pactado la resolución” debe considerarse desde el acuerdo original; son

otros los que podrán determinar que se produzca o no el efecto ejecutivo respecto de estos en uno u otro sentido.

- b) Ello nos lleva a considerar que la comparativa se realiza en función de deuda original, por un lado, y deuda resultante conforme al cálculo porcentual (9/10 sobre el valor razonable) que la norma ha previsto.

Podríamos a estos efectos señalar que la norma es en sí misma una remisión genérica a cualquier tipo de ejecución, entendiéndose por tipo cualquiera de los acreedores afectados y no solo a los que han sido arrastrados. Lo que el legislador compara es la deuda original y resultante de la ejecución con *“la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real”*, conforme se calcula en los apartados anteriores (salvo en el apartado primero). Esta interpretación estaría avalada por:

1º. En la regla a) se estaría refiriendo, en todos los supuestos, al exceso del resultante respecto de la deuda original tal y como esté en el momento de la realización.

2º. Los dos siguientes apartados estarían comparando supuestos de defecto en el resultante respecto de esa deuda original; y en tal caso distingue dos supuestos:

- a) Por un lado el caso en el que la cantidad obtenida (resultante) es menor que la deuda original pero mayor que la parte del crédito que no excede del valor de la garantía real conforme se ha calculado según el precepto.
- b) Por otro el caso en el que la cantidad obtenida (resultante) es menor que la deuda original y menor también que la parte del crédito que no excede del valor de la garantía real conforme se ha calculado según el precepto.

3º. Cuando se refiere a estos supuestos de ejecución lo hace sin distinción a ninguno de los acreedores que pudieran así iniciarlo. De hecho se señala que *“[si] se ejecutasen las garantías reales, y salvo que en el acuerdo se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución, resultarán de aplicación las siguientes reglas”*.

4º. La remisión que se realiza en la comparativa es a la deuda resultante conforme al apartado cuarto anterior. Este apartado cuarto solo se hace referencia a “deuda” cuando se habla de *“parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real”*. Esta sería la comparativa y sobre esta exclusivamente se delimitan esas reglas especiales que la exposición de motivos señala simplemente con “el fin de no perjudicar a la garantía”.

Por lo tanto podemos entender que las reglas de ejecución de garantías reales son reglas comunes a todos los supuestos.

Un tercer supuesto defendido por los autores antes citados (CARRASCO Y CORDÓN) es que dichas normas solo tienen operatividad en supuestos de concurso de acreedores. En cualquier otro supuesto se estaría a las reglas generales de ejecución, si bien partiendo de que se rechaza el carácter no resolutorio de la declaración de incumplimiento como regla general, por un lado, y la aplicación de la remisión que se realiza al apartado cuarto de la norma, que a su vez nos determina el valor en función de lo dispuesto en el

apartado 2. La redacción del precepto merece nuestra mayor crítica en una redacción confusa, plagada de errores y de remisiones inconcretas que motivan la necesidad de la doctrina (y posteriormente de los tribunales) de una interpretación coherente; sin embargo la norma no excepciona el régimen de ejecuciones a los supuestos concursales; de hecho esas ejecuciones no se darán, como regla general, tras la declaración de concurso, sino conforme a lo previsto en los artículos 55 y 56 LC. Y cuando el legislador ha querido matizar la referencia concursal (véase reintegración) así lo ha hecho. Por lo tanto dar lógica a lo ilógico, requiriendo un esfuerzo de abandono de todas las referencias legales por el camino, puede resultar no solo inseguro sino también sustitutivo del criterio “*mens legis*”; función que excede de lo interpretativo y se coloca en lo creativo.

4.3. Remanente y sobrante.

El subapartado a) del apartado once de la adicional cuarta deja claro qué es sobrante: sobrante a los efectos de los artículos 674 y 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 133 de la Ley Hipotecaria y concordantes. No nos vamos a referir a ellos, pero en líneas generales introductorias (y necesarias para continuar), ese sobrante es el remanente al que el contenido de las normas se refieren como exceso de realización, respecto de la cantidad que ha sido pagada a quien tenía la garantía en su caso.

Cuando el subapartado b de la norma se refiere al sobrante, se está refiriendo también al mismo que hemos señalado, pero de forma distinta al remanente con los que juega con la conjunción copulativa que constituye enlace coordinante de valor negativo “ni”: ni sobrante ni remanente. Por lo tanto no parece estar utilizando sinónimos sino referencias distintas. Ese remanente es distinto al sobrante y solo podrá serlo entonces en referencia a la parte de deuda que siga subsistiendo tras la aplicación de los criterios. Ello se explica además en el propio subapartado c) ,cuando se refiere a remanente ,como la parte de la deuda no cubierta cuando la cantidad obtenida por la realización es inferior al valor ,calculado conforme a las reglas generales , y que constituye el valor que no excede de la garantía (elemento esencial comparativo).

Sobrante es lo que sobra después del pago al acreedor de lo obtenido por la ejecución; y remanente es la parte de la deuda no cubierta que en este caso lo es solo en tanto se considera el valor de la misma, calculado conforme a la norma, que no exceda de la garantía.

La opinión de los ya reseñados autores⁶⁷⁶ en relación a este tema es que “... *la interpretación coherente del término «remanente» en la hipótesis de ejecución b) es la misma que la que indiscutiblemente el legislador ha dado en c): lo que queda sin cobrar del crédito después de la ejecución. Y ello no sólo porque su interpretación como sinónimo de «sobrante» llevaría al absurdo (el legislador mantendría un mismo término —«remanente»— en dos apartados seguidos, b) y c), de una misma norma —ap. 11 de la disp. adic. 4.^a— con un significado distinto, repitiendo su contenido en el b) al añadirlo al término «sobrante»), sino porque resulta la más adecuada al contenido de la norma...*” A continuación y

⁶⁷⁶ CARRASCO PERERA, CORDÓN MORENO <<La ejecución...>> op. Cit.

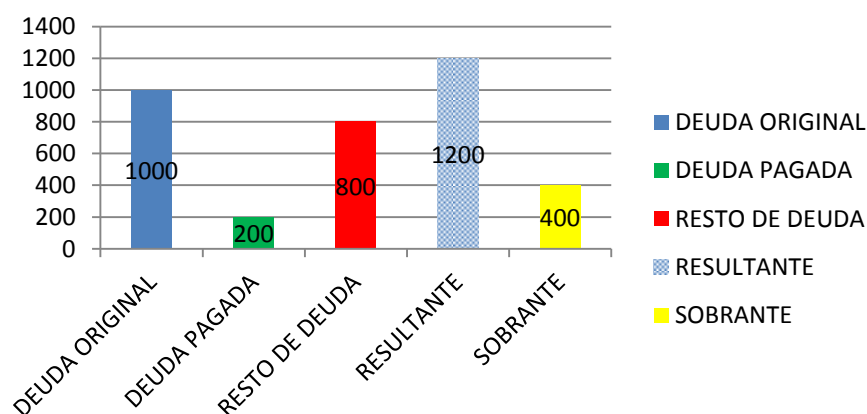
en el mismo artículo construyen diferentes hipótesis para demostrarlo, que en líneas generales afirman:

- a) La distinta referencia, conforme a lo que hemos señalado, entre sobrante y remanente.
- b) Pero sin embargo determinan que ese valor de referencia al apartado cuarto no lo es al «valor de la garantía» calculado en la forma dispuesta por el ap. 2.
- c) Y además que las citadas reglas especiales solo tienen su razón de ser cuando existe una declaración de concurso y no en otro supuesto en donde se estará al carácter resolutorio del acuerdo declarado incumplido y a las reglas generales.

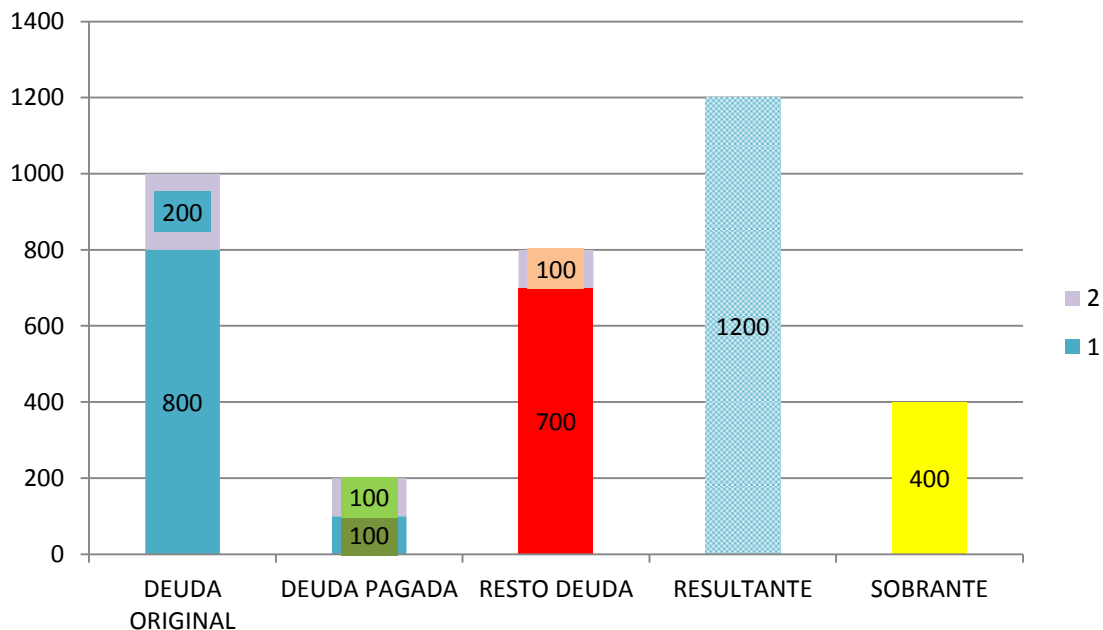
4.4. Ejecución de garantías reales a partir de la declaración de incumplimiento del acuerdo de créditos afectados por el mismo.

Desde todas esas matizaciones anteriores las reglas, sean utilizadas en uno u otro sentido para los supuestos generales, como aquí se afirma, o solo concursales como se ha recogido, son las siguientes:

Primera Regla: Si el importe obtenido en la ejecución excediese del de la deuda originaria, o del saldo pendiente de la misma de no haberse producido el acuerdo, se considerará la diferencia entre el primer y el segundo importe como sobrante.



SUPUESTO A1: 1 Acreedor / 1 Garantía



SUPUESTO A2: 2 acreedores/ 2 garantías

Segunda regla: Si la cantidad obtenida en la ejecución fuese menor que la deuda originaria, o del saldo pendiente de la misma de no haberse producido el acuerdo, pero mayor que la resultante de la aplicación del apartado 4 anterior, se considerará que no hay sobrante ni remanente, haciendo el acreedor suya toda la cantidad resultante de la ejecución. Si utilizamos esto obtenemos:

$$RRA < R < DOp$$

- RRA: Resultado de las Reglas Aplicables a las que se remite.*
- R: Resultante de la realización del bien o derecho en ejecución.*
- DOp: Deuda originaria o parte de la deuda pendiente al momento de la realización.*
- Re: Remanente.*
- S: Sobrante.*

Por tanto:

$$RRA < DOp$$

En estos supuestos:

$R \equiv RRA \equiv DOp \Rightarrow$ NO HAY SOBRANTE NI REMANENTE. (Fijémonos que se ha recogido sustancialmente idéntico)

El sobrante es medido por la diferencia entre R y RRA:

$$S = R - RRA \Rightarrow R = S + RRA$$

Y el remanente es medido por la diferencia entre DOp y R

$$Re = DOp - R \Rightarrow R = DOp - Re$$

Combinando ambas fórmulas:

$$S + RRA = DOp - Re$$

$$S + Re = DOp - RRA$$

Sobrante y Remanente se entienden = 0 ; se compensan.

$$S = DOp - RRA - Re = n = 0$$

$$Re = DOp - RRA - S = m = 0$$

Por ello entonces:

DOp = RRA siempre que:

$$R < RRA$$

$$R > DOp$$

Tercera Regla: Si la cantidad resultante de la ejecución fuese inferior a la resultante de la aplicación del apartado 4 anterior, se considerará como parte remanente del crédito la diferencia entre ambas.

$$\text{Si } R < RRA$$

$$Re = RRA - R$$

Cuarta Regla no determinada:

$$RRA = R = DOp$$

$$S = 0$$

$$Re = 0$$

Quinta Regla no determinada:

$$RRA = R < DOp$$

Entonces existirá Re.

$$Re = DOp - R$$

Sexta Regla no determinada:

$$RRA < R = DOp$$

Entonces existirá Sobrante.

$$S = R - RRA$$

Séptima Regla no determinada:

$$RRA > R = DOP$$

$$S = 0$$

$$Re = 0$$

Hay exceso de garantía⁶⁷⁷.

Si atendemos a la primera regla: Si el importe obtenido en la ejecución excediese del de la deuda originaria, o del saldo pendiente de la misma de no haberse producido el acuerdo, se considerará la diferencia entre el primer y el segundo importe como sobrante:

$$R > DOp \Rightarrow S = R - DOp$$

$$Re = 0$$

Octavo: Operatividad con dos o más créditos garantizados.

En estos supuestos la ejecución singular de la garantía conllevaría la aplicación del régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En relación con la subsistencia y cancelación de cargas la norma opta por mantener el sistema de subsistencia de las cargas anteriores al gravamen que se ejecuta y cancelación de las cargas posteriores, sistema que se complementa deduciendo del avalúo el importe de las cargas subsistentes para determinar el valor por el que los inmuebles han de salir a subasta. La aplicación de ello a cada una de las reglas que hemos señalado resulta ciertamente confusa dado que partimos de una distribución del porcentaje de la deuda en relación a la garantía que también debería tomar en consideración estos valores para aplicar una u otra.

Novena: Supuestos sindicados.

En tal sentido la RDGRN de 8 de junio de 2011⁶⁷⁸ se refirió a ello con anterioridad a su redacción a dicha fecha. Para la alta dirección el acuerdo de refinanciación “es un negocio jurídico que responde a un propósito unitario consistente en organizar jurídicamente esa pluralidad con un nexo causal

⁶⁷⁷ Si hay exceso de garantía entonces podríamos encontrarnos con que ha existido un desequilibrio que pudiera ser motivo de impugnación en su día. Pero este resultado dependerá del valor de realización del bien a posteriori. Pensemos por ejemplo un incremento del precio de los bienes que están dados en garantía. No obstante este exceso se da no en relación a la deuda sino en relación al valor que se obtiene en la realización del bien y calculando la primera con porcentajes reducidos (9/10) de la deuda.

⁶⁷⁸ Resolución de 8 de junio de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los recursos interpuestos por Banco de Santander, SA y Reyal Urbis, SA, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Terrasa número 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de hipotecas inmobiliarias. BOE de 1 de julio.

común: facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar la declaración de concurso. Si bien en el mismo acuerdo se establece que la posición contractual de cada uno de los acreditantes tiene carácter mancomunado, siendo enteramente independientes sus derechos y obligaciones (apartado 6.1.1 del Acuerdo), no obstante se establece igualmente un tejido de obligaciones accesorias y adicionales que unifican el régimen jurídico de las obligaciones principales: normas comunes relativas a intereses, ordinarios y de demora, amortización anticipada, imputación de cantidades, resolución anticipada, cesión de las obligaciones, etc.; y se crea la figura del Agente y del Agente de Garantías que van a facilitar las relaciones con el deudor, la comunicación entre acreedores y el posible ejercicio de las acciones. Esta última figura es esencial para el desenvolvimiento de las garantías pactadas (apartados 30 y siguientes del Acuerdo), configurándose el mandato conferido con carácter irrevocable (apartado 30.7 del Acuerdo) y permitiendo que sólo él pueda promover la ejecución de las garantías prestadas (apartado 30.8 del Acuerdo). A los acuerdos de refinanciación se refiere hoy la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal al señalar que «A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo». La novación de las obligaciones que se integran en el acuerdo de refinanciación, sin perder su individualidad, pues expresamente se excluye su extinción, comporta una novación modificativa conjunta que les atribuye un nexo causal común, en atención de su común finalidad de reestructuración financiera, lo que unido al acuerdo paralelo de sindicación, a que después nos referiremos, dota al conjunto de los créditos así vinculados de una fuerte singularidad en cuanto a la configuración y naturaleza de su titularidad activa, con un relevante componente colectivo.»

Han venido a señalar los autores citados que “...a pesar de la declaración de incumplimiento, la quita mantiene una suerte de ultraactividad en las hipótesis b) y c), al regular el «remanente» del crédito que ha sido objeto de ejecución. Es aquí donde la frase comentada mantiene su sentido. Si en el acuerdo homologado incumplido se pactó la resolución como remedio, la quita no desempeñará ninguna ultraactividad y las tres hipótesis de ejecución relativas al sobrante y al remanente cursarán por el Derecho procesal común.” Para ello parten de dos restricciones: La primera, que el ejecutado debe hallarse en concurso. La segunda, que el acuerdo incumplido no ha sido resuelto, ya que si se pactó la resolución expresamente, regirán las normas procesales comunes. Ciertamente es que un acuerdo en tal sentido va determinado en protección a un posterior concurso; de hecho su razón de ser se articula precisamente porque se protege frente a la rescisión que pueda producirse del mismo. No obstante esto cambia con la última modificación de dos mil catorce en tanto recoge ese cambio de paradigma al que hacíamos referencia desde la Recomendación de la Comisión Europea que también se produce en ese mismo año. Se trata de viabilidad y para ello de sacrificio anterior a la situación concursal. Se comparte el sacrificio (*damna communitas*) en tanto así sea acordado por una mayoría

suficiente que motive una viabilidad empresarial contrastada desde las posiciones propuestas por el deudor.

Es evidente que el acuerdo está pensado no para ser resuelto por la declaración de concurso de acreedores sino para sobrevivir a la citada declaración y estar protegido frente a la posible reintegración que pudiera motivarse en el mismo. Por ello una regla general no resolutoria se deriva del mismo. Ese fue su origen al que ahora se le determina un efecto arrastre añadido que mantiene, no obstante, su vigencia.

Declarado el incumplimiento y expeditas, conforme hemos señalado, las vías de ejecución singular o solicitud de concurso necesario (que ya hemos dicho quedaba cercenada en relación a los créditos del citado acuerdo) tampoco se produce su resolución. Si esto es así debemos plantearnos la afectación de dicho incumplimiento en relación a cada uno de los pactos que pudieran derivarse del mismo; pero también debemos determinar hasta donde alcanzan los supuestos de recuperación de la novación operada en el crédito de cada uno de los grupos de los distintos acreedores. Ese análisis es el que realizan los citados autores pero determinando dos supuestos distintos como resultado, cuando analizan la posibilidad ejecutiva que el apartado señala:

- a) La aplicación de estas reglas solo tiene sentido cuando el deudor ha sido declarado en concurso y a los efectos de determinar, cuando no se haya pactado la resolución del acuerdo, el importe del sobrante de la ejecución o remanente (de la ejecución o del crédito, luego se precisa) y su destino (entrega o no al concurso pendiente).
- b) Si, por el contrario, fue pactada la resolución, las reglas no serán aplicables y el régimen del crédito hipotecario (o con otra garantía real) será el común.

Con la primera solución nos encontraríamos con ultraactividad del acuerdo si bien con excepcional posibilidad de ejecución de los acreedores con garantías reales afectados (quizás sometidos a la paralización del artículo 56 LC). El resto parece no quedar afectado. Sobre ello concluyen: *“Nos quedan por considerar tres hipótesis residuales, la dación en pago o para pago, la conversión del crédito en préstamo participativo y la capitalización societaria de la deuda. En ninguno de estos tres casos es evidente (¡y en uno no es casi ni posible!) que proceda sin más la resolución por incumplimiento. Será preciso que se pacte y, en el caso de la capitalización, serán precisas aún más cosas para que esta restitutio in integrum pueda tener lugar”*.

En la segunda hipótesis se parte de la resolución (tanto en ella como en el supuesto anterior que se ha señalado) y si esta está pactada se pierde esa ultraactividad de tal forma que el propio acuerdo queda desprotegido puesto que ya queda resuelto en caso de incumplimiento. La vía expedita de solicitud de concurso queda al margen del propio acuerdo que ya se entiende resuelto y por lo tanto no será necesario proteger. La razón de ser del acuerdo pierde su eficacia, al menos global, pudiendo limitarse (en una interpretación excepcional) a los pagos ya realizados u operaciones ya concluidas en tanto la resolución solo afectaría a aquello por lo que se ha declarado el incumplimiento y no al resto de lo ya cumplido; también quedarían por determinar si los que quedan pendientes de cumplimiento se resuelven o no. La posición de estos autores parece ser la de determinar que estos también quedan resueltos. Pero

la problemática es amplia en estos supuestos y la casuística nos puede llevar a cumplimientos parciales de acuerdos que quedan pendientes de plazos concretos (por ejemplo una capitalización o conversión en varios plazos) manteniendo sus efectos pasados pero no las obligaciones futuras.

Cierto es que todo ello nos lleva a situaciones no solo problemáticas sino complejas.

La declaración de incumplimiento solo produce el efecto que hemos señalado. Y será posible pactar la resolución porque así lo determina la norma. Pero se determina solo y exclusivamente en relación a los créditos con garantías reales y no respecto de otros. Nada impide que se hubiera pactado que en caso de declaración de incumplimiento se recuperará la deuda original. Extenderlo esto a otros acuerdos (un pacto resolutorio global) parece excesivo en relación a todo ello. La ley señala que *“Si se ejecutasen las garantías reales, y salvo que en el acuerdo se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución...”* Será posible ejecutar las garantías reales y también será posible que se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar la (su) resolución. Entonces es esencial delimitar, como lo hemos hecho, si se refiere a la resolución del acuerdo o a la resolución del pacto referido a las garantías reales que es de lo que se está tratando.

Si la referencia es al acuerdo en sí mismo tendremos:

- a) Que no operaría lo previsto en el apartado 11 del artículo 84.2 LC: *“El cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta”* tendrán la consideración de créditos contra la masa. ¿Qué entidad o empresa dará financiación en estas condiciones a sabiendas de que cualquier incumplimiento declarado conllevará una peor situación del deudor (que no puede cumplir) y la pérdida de la preferencia de la que dota el sistema.
- b) Tampoco operará el artículo 92.5º en relación al 93.2.2º LC en relación a los créditos subordinados: *<<Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.»*. No es necesario repetir la pregunta.
- c) No se aplicará el 93.2.2º LC: Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con

poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Un acuerdo resuelto por la declaración de incumplimiento tiene difícil encaje, igualmente, en la excepción prevista en el artículo 165.4. 2º LC en relación a la culpabilidad. La paradoja no deja de ser curiosa puesto que por un lado nos encontramos ante un acuerdo declarado incumplido y por otro la posibilidad de haber pactado o no la resolución del mismo o de sus pactos. Si se resuelve ya no hay posibilidad de obligar al cumplimiento pero tampoco operan los efectos protectores que la norma requiere. Si no se resuelve mantiene su vigencia pero es un acuerdo que se ha declarado incumplido. Pensemos para ello en la posición que se determina bajo dos reglas:

- Acuerdo declarado incumplido.
- Situación de solvencia de la entidad y no de insolvencia.

En este caso parece claro que los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares respecto de sus créditos tal y como establece la norma. Si se trata de acreedores con garantía real estas ejecuciones quedan sujetas (en la posición que defendemos) a una particular (especial) situación que computa deudas originales, valoraciones previstas conforme a la norma y sobrante y remanente que compensa las pérdidas que – respecto de la garantía- se pudieran haber producido por el mismo acuerdo. No parece que el acuerdo, declarado incumplido, deje de surtir efectos pues la posibilidad de ejecución singular solo se manifiesta en relación a aquello que se haya incumplido pero no en aquello que sí se hubiera cumplido o que esté pendiente de cumplimiento hasta que se produzca el incumplimiento.

Pero la norma señala que esa ejecución de garantías reales deberá hacerse en dicha forma siempre que no se haya pactado su resolución. Si esta resolución lo es a la totalidad del acuerdo (la declaración de incumplimiento conllevaría la resolución pactada del citado acuerdo) la situación de las ejecuciones singulares garantizadas quedaría tal y como inicialmente estuvieran. Esa resolución dejaría los créditos en su prístina forma y habría algunos que resultarían incumplidos o no en función de cómo quedare cada uno. Esto conllevaría que no se aplicarían, e un posterior concurso, las prebendas señaladas por la norma pero no en este momento en que estamos ante una situación de solvencia. Esa misma situación podría tornarse dada la extinción en una situación de insolvencia por la necesidad de atender pagos inmediatos en función de ello.

Si esa resolución lo es referida a los acuerdos (pactos) derivados de garantías reales entonces tiene cierta razón de ser esa posibilidad de ejecución plena sin que ello afecte a otros créditos, pactos o acuerdos.

La kafkiana situación se resuelve única y exclusivamente con una modificación legal que determine claramente qué es lo que quiere el legislador.

CAPITULO IX.

**CAPITULO IX: AFECTACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN
LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.**

1. Delimitación de supuestos.

Ya señalamos en su momento que los acuerdos objeto de homologación judicial sujetos a la adicional cuarta podrían estar, o no, seguidos de una previa comunicación prevista en el artículo 5 bis⁶⁷⁹. Además estos acuerdos podrán o no ser homologados judicialmente⁶⁸⁰. Es decir que fruto de cualquier negociación la homologación prevista en la adicional cuarta es facultativa; y lo es tanto se haya prescindido de lo previsto en la normativa para comunicar el inicio del periodo de negociaciones como cuando se haya realizado dentro del escudo protector que la misma recoge. De otro lado es posible utilizar dicha protección temporal de la comunicación y finalmente llegar a un acuerdo que no se someta a homologación judicial.

Nos encontramos entonces con dos supuestos concretos:

- a) Acuerdos homologados por la vía de la adicional cuarta.
- b) Acuerdos realizados (con o sin protección de la comunicación prevista en el artículo 5 bis LC) que no han sido sujetos a homologación.

A estos podríamos añadir también otra más como es la homologación realizada más allá del plazo previsto de tres meses (y uno más hábil) previsto en el artículo 5 bis LC pero antes de la declaración concursal⁶⁸¹.

En todos los supuestos tenemos además que contemplar los acuerdos que pudieran estar tramitándose en homologación y al mismo tiempo ser declarada la situación de concurso de acreedores entre la solicitud y la homologación⁶⁸².

⁶⁷⁹ El artículo 5 bis LC, tal y como vimos, se presenta también con carácter facultativo si bien protege esencialmente el proceso de negociación. En una primera redacción exclusivamente a los efectos de evitar solicitudes de declaración de concurso necesario que pudieran entorpecerlo y por tanto estableciendo un escudo protector similar al previsto en la normativa italiana; en revisiones posteriores y fundamentalmente con las reformas de 2014 se protege completamente el régimen de ejecución en tanto dura el citado procedimiento.

⁶⁸⁰ Hemos recogido en otros capítulos la referencia a su naturaleza y entre las características de esta el carácter facultativo de dicha homologación judicial. Cuando la adicional cuarta recoge que el “juez podrá” homologar dichos acuerdos ha sido planteado desde dos perspectivas diferentes; así por un lado desde la perspectiva judicial señalando a tal efecto que no existe esa facultad de no homologar por parte del juez cuando se cumplen las formalidades del proceso y del acuerdo. En tal sentido Juzgado de lo Mercantil 7 de Barcelona, Auto de 28 de agosto de 2014. Homologación judicial de acuerdos de refinanciación nº 666/14-B. Y si bien es acertado la segunda posición- que defendemos en el presente trabajo- es el carácter facultativo respecto de quienes pueden someter (deudor o acreedores suscribientes) dicho acuerdo a homologación.

⁶⁸¹ A este respecto también hemos señalado que la norma no establece un plazo específico para someter a homologación el acuerdo alcanzado con los requisitos previstos en la adicional cuarta. Aunque sería ilógico los intereses corporativos de las diferentes compañías que participan pueden motivar la posibilidad de no someter a homologación dichos acuerdos aun a pesar de cumplir con dichos requisitos. En tal caso nos encontramos con una posibilidad no rechazada en la normativa concursal como es la de no someter el acuerdo a dicha homologación, lo que no impide que pudiera hacerse con posterioridad al plazo de negociación que prevé la norma del artículo 5 bis LC. Ello no impide que pudiera plantearse con posterioridad (con las reformas de 2014 además se amplía la legitimación para dicha homologación no solo al deudor sino también a los acreedores que suscriben el acuerdo).

⁶⁸² A esta cuestión también nos hemos referido para analizar el carácter intertemporal y los efectos que pudiera motivar una solicitud de concurso (y una posterior declaración) en supuestos en los que ya ha habido un acuerdo y se cumplen los requisitos formales requeridos pero- por cualquier razón- ha sido solicitado , admitido a trámite o declarado el concurso de

Todo lo anterior genera una casuística importante, interesante y compleja que el legislador no ha previsto. Incluso la posibilidad de continuar con el proceso de homologación cuando se ha declarado el concurso de acreedores y la afectación que esta última pudiera tener en dicho proceso. Pues nada tiene que ver la homologación de un acuerdo que garantiza la viabilidad empresarial con la necesidad de acudir también a una situación concursal para utilizar otras herramientas o instrumentos que permitan ese salvamento. Y ello aunque la norma parezca favorecer una interpretación sucesiva a tal efecto.

Mientras se esté bajo el paraguas de la comunicación de inicio de negociaciones, como vimos, sí que no existe esa obligación de ir a concurso de acreedores por parte del deudor y también la imposibilidad de que los acreedores insten la solicitud de declaración de concurso necesario. Si bien varias matizaciones requieren estas últimas afirmaciones:

- a) Conforme al texto de la norma (5 bis LC) *“Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.”* Ese deber no es, empero, imposibilidad de solicitud.
- b) De conformidad al artículo 15.3 LC, una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal. Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes. Si esto afecta o no a la solicitud de homologación que se presente dentro de dicho plazo pero no se resuelva en el mismo (es decir que no esté resuelto al momento de transcurrir el plazo) tampoco está previsto y uno de los efectos de la homologación no es la suspensión de dicha posibilidad.
- c) La homologación puede estar precedida o no, como hemos visto, de esa comunicación previa.

Así pues la declaración de concurso, sea cual sea el supuesto en el que nos encontremos, conllevará un impacto en el acuerdo homologado que a su vez dependerá de la previa (o no) declaración de incumplimiento que hubiera podido haber en relación al mismo.

Siguiendo lo señalado en la última parte del capítulo anterior si se concibe la posibilidad de resolución (pactar la resolución) del acuerdo mismo cuando se produce la declaración de incumplimiento; los autores han defendido que el

acreedores. Se trata de casuísticas varias en donde la cuestión pasa por determinar los efectos que ello produce en la tramitación de la homologación solicitada y en tramitación a ese momento.

efecto es el no estar sometido a las reglas de ejecución de garantías reales previstas en la norma. Tras ello puede venir la declaración de concurso (que seguirá con toda probabilidad al incumplimiento) y por tanto nos encontraremos con un proceso de ejecución posiblemente iniciado y la declaración de concurso sujetándose a las normas propias de la ejecución, sin matizar, de nuestra ley rituarial y nuestro derecho sustantivo.

Si la afectación en cuanto a la declaración de incumplimiento solo lo es respecto de los contratos garantizados, realmente entonces el resultado será igual cuando se produzca en las mismas circunstancias anteriores aunque solo referidos a estos.

En ambos supuestos la valoración de esas garantías y el valor razonable de los bienes seguirán similares criterios conforme a lo previsto en el artículo 94 LC tal y como se construye tras la reforma del RDL 11/2014, Ley 17/2014, RDL 1/2015, Ley 9/2015 y Ley 25/2015.

Esto conlleva la necesidad de pensar en estrategias. El deudor, visto el incumplimiento y la solicitud por demanda incidental de declaración de incumplimiento, optará por la solicitud de concurso de acreedores voluntario con anterioridad a que aquel se declare si esto es mejor a sus intereses. Para mantener, en uno de los supuestos, esa reducción y la vigencia del contrato, pretenderá que la declaración de incumplimiento no se produzca con anterioridad a la declaración de concurso voluntario. Con ello se seguirán las normas de la ley concursal en materia de resolución de contratos (61 y 62 LC) y lo previsto en materia de continuación de procedimientos previstos en los artículos 50 y 51 LC; por otro lado también la posibilidad rehabilitadora de los artículos 67 y 68 de la Ley Concursal.

De no haberse resuelto el contrato la vigencia del mismo conllevará la protección prevista (aún a pesar del incumplimiento) para supuestos concursales, tanto en fresh money como en materia de subordinación, clasificación de créditos o calificación. De estar resuelto la cuestión se complica un poco más en según qué apartados nos adentremos; en definitiva ese acuerdo está resuelto. Si la resolución se produce con anterioridad el surgimiento de obligaciones posteriores a la resolución podrá tener un tratamiento diferente según lo concibamos protegido o no en relación al concurso. Si el procedimiento de incumplimiento está pendiente y se ha de resolver con posterioridad a la declaración de concurso podrían operar medidas mantenedoras del mismo en atención al interés del concurso o incluso otras más graves que complican los efectos en relación a cada uno, individualmente considerados, de los pactos.

Todo lo anterior motiva, por tanto, que nos adentremos en el impacto de una declaración de concurso respecto del referido acuerdo homologado tanto por lo que la ley expresamente señala como por aquello que pudiera motivar el citado acuerdo en función de las circunstancias y pactos que se recojan en el mismo.

2. Protección de los acuerdos de refinanciación frente al ejercicio de acciones rescisorias.

2.1. Ámbito de aplicación: acuerdos y acuerdos homologados.

Conforme al apartado primero de la adicional cuarta de la Ley Concursal “Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita no podrán ser objeto de rescisión conforme a lo dispuesto en el apartado 13 de esta disposición”. Siguiendo por tanto la referencia: “No podrán ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. El ejercicio de las demás acciones de impugnación se someterá a lo dispuesto por el artículo 72.2.”

Es importante en este sentido citar el origen de dicha regulación en cuanto a su evolución histórica. Antes de la reforma que se produce en 2014⁶⁸³ la regulación se contenía en el artículo 71.6 de la Ley Concursal; es decir dentro de las operaciones que no eran rescindibles⁶⁸⁴. Con la reforma de 2011 la adicional cuarta modifica su contenido y lo que se recogía en esta pasa a constituir uno de los supuestos del artículo 71 en relación a la reintegración. Inicialmente se recogió, tras la reforma de 2009, que en caso de concurso, los acuerdos de refinanciación y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley siempre que cumplieran los siguientes requisitos:

a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación⁶⁸⁵.

b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

c) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

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

⁶⁸³ Se modifica por el art. único.50 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Ref. BOE-A-2011-15938.Los apartados 6 y 7 entran en vigor el 12 de octubre de 2011, según establece la disposición final 3.2

⁶⁸⁴ Para un tratamiento conjunto de rescisión: SANCHO GARGALLO, “La rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación”, en *II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 2010, pp. 33 y ss. y, con mayor extensión, en *ibidem*, <<Las acciones de reintegración>>, en *Tratado Judicial de Insolvencia*, Aranzadi, 2011, pp. 1113-1217

⁶⁸⁵ A este respecto se había planteado cierta polémica doctrinal sobre la necesidad o no de cumplimentar tanto las mayorías de la adicional (inicialmente el 75%) como las mayorías del artículo 71.6 LC (3/5 del pasivo). Los tribunales se habían venido pronunciando a favor y en contra si bien no dejaban de existir posiciones, como destaca GARCÍA VILLARRUBIA M, <<Los acuerdos de refinanciación homologados y el riesgo de su rescisión>> en *Revista de derecho Mercantil*, 15. 2014, en la que los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona entendían que bastaba con una mayoría de entidades financieras del 75% para que se produjera la homologación judicial del acuerdo, sin la simultánea exigencia de concurrencia de los requisitos del artículo 71.6 LC, que sólo sería precisa para la protección frente a las acciones rescisorias (Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de 23 de enero de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de 22 de febrero de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de 10 de abril de 2013 o del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de 28 de junio de 2013).

Con su inclusión en el apartado sexto del artículo 71 la situación de la adicional cuarta queda sin referencia rescisoria. En cambio nos encontramos con el artículo 71.6 y por tanto sujeto a la disciplina rescisoria del conjunto de las normas que allí se contienen. La redacción es sustancialmente idéntica. No obstante quedaba con dos matices concretos a considerar:

- a) Por un lado que se hacía referencia a que dicho acuerdo fuera formalizado con anterioridad a la declaración de concurso en los términos allí recogidos; referencia que no se recoge en su actual redacción dado que, como hemos visto, la remisión al 71 bis actual no lo es a su apartado b) sino al apartado 1 y 2 de dicho subapartado. En tal sentido se recoge que reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis. Ya tratamos este supuesto cuando hablábamos del ámbito temporal. Depende de cómo interpretemos la norma estará sujeto o no a la necesidad de que dicha homologación se produzca “con anterioridad a la declaración” pero no con anterioridad a la solicitud.
- b) Por otro que el apartado séptimo de la norma de reintegración recoge que 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 aquéllas contiene el artículo 72. Y por tanto era posible su planteamiento desde este apartado.

La actual redacción parte simplemente de excluirlo de la posibilidad de rescisión y limitando el resto de las acciones de impugnación a la legitimación exclusiva de la administración concursal. No obstante la revisión de la posibilidad de rescisión parte de que se hubieran cumplido todos y cada uno de los requisitos que la norma recoge, siendo así que si esta se puede plantear tras la declaración de concurso y dentro del periodo de dos años. Pero la redacción es diferente y las dos referencias que hace la norma también son:

- a) En el apartado primero señala que podrán homologarse determinados acuerdos que cumplan determinados requisitos. En tal caso y literalmente: “*Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita no podrán ser objeto de rescisión conforme a lo dispuesto en el apartado 13 de esta disposición*”. Es decir en este caso se refiere a los acuerdos adoptados por dichas mayorías. Se recoge, no obstante que no podrán ser objeto de rescisión conforme a lo dispuesto en el apartado 13. Es decir, que dichos acuerdos no podrán ser rescindidos de conformidad a lo que dispone dicho apartado. Que se trata de la rescisión (reintegración) concursal nos lo dice una interpretación sistemática de la norma: (1) Se trata de una norma recogida en la adicional cuarta. (2) Se remite a lo dispuesto en el apartado 13 que, como veremos, habla de un precepto concursal. Por lo tanto hablamos de cumplimiento de dichos requisitos con anterioridad a la declaración de concurso dado que de otra forma no podríamos hablar de reintegración concursal (vs art. 71 LC).

- b) El apartado 13 ya se refiere a los acuerdos homologados: *“No podrán ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. El ejercicio de las demás acciones de impugnación se someterá a lo dispuesto por el artículo 72.2”*.

La remisión que hace la primera referencia a la segunda nos lleva a entender que la reintegración de que habla es concursal y la legitimación que determina la posibilidad de impugnación es también la de la administración concursal. Sin embargo la primera referencia nos habla solo de “acuerdos” mientras que la segunda nos habla de “acuerdos homologados judicialmente”. ¿Es esto una diferencia que ha querido resaltar el legislador o es simplemente una mala forma de redacción? Si completamos las mismas integrándolas resultaría que *“solo los acuerdos homologados judicialmente”* son los que están protegidos a efectos de rescisión y por lo tanto que la homologación deberá haberse producido con anterioridad a dicha declaración. De otra forma podríamos señalar que la distinción obedece a:

1. Los acuerdos que cumplan dichos requisitos con anterioridad a la declaración de concurso tampoco podrán ser objeto de rescisión aunque no estén homologados judicialmente.
2. Los acuerdos que estén judicialmente homologados (también con anterioridad a la declaración de concurso) no podrán ser objeto de reintegración.

La homologación surge de su redacción en 2011. En 2009 no existe homologación sino que se regula la protección de determinados acuerdos para el supuesto de que posteriormente se declare el concurso de acreedores. Por lo tanto y cumpliendo los citados requisitos el acuerdo estaba protegido sin necesidad de homologación. Tampoco existía el efecto arrastre que señala la norma con posterioridad. En tal sentido se afirma: *“En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley siempre que cumplan los siguientes requisitos:...”*

Con la redacción de 2011 se introduce la homologación; en este caso se hace remisión a los requisitos del artículo 71.6 LC. Este último apartado hace que desaparezca la referencia a la rescisión que antes de contenía, lo cual parece lógico dado que por un lado está el acuerdo y por otro los efectos de determinados acuerdos en caso de concurso. Con ello se consigue delimitar el ámbito temporal de los mismos.

Con las reformas de 2014 y 2015 la regulación pasa a ser la que estamos viendo. Se elimina la referencia del apartado sexto y se introducen dos supuestos que distinguen:

- a) Acuerdos sujetos a homologación. DA 4ª
- b) Acuerdos colectivos. 71 bis 1.
- c) Acuerdos bilaterales o plurilaterales. 71 bis. 2 LC.

La rescisión se regula en cada uno de los preceptos y se parte de, en el artículo 71 bis LC, una excepción a la rescisión que se regula en el precepto anterior. *“No serán rescindibles”* y *“Tampoco serán rescindibles”* son las

expresiones con las que comienzan los citados apartados primero y segundo del último artículo citado.

En relación a la DA 4ª entonces nos encontraríamos con que la regulación empeora. Pues de partir de un acuerdo previsto a efectos financieros protegido en sí mismo sin necesidad de homologación, nos encontraríamos con un acuerdo que cumple los requisitos que ya se recogían en la redacción anterior de la misma norma pero siempre que estuviera homologado. Y esta homologación, en una de las interpretaciones que hemos dado, debería haberse producido antes de la declaración de concurso. De esta forma el acuerdo en sí mismo, cumpliendo los requisitos previstos, estaría más desprotegido que los acuerdos colectivos del 71 bis 1 LC, los acuerdos bilaterales del 71 bis 2 y los acuerdos anteriores a la entrada en vigor de la norma de 2014. No parece lógico.

Y como no parece lógica esta delimitación es por lo que volvemos a plantearnos la propia distinción que el legislador hace en el primer y decimotercer apartados de la adicional cuando se refiere a la rescisión; en la primera en relación al acuerdo pero con remisión a la segunda; en esta última en relación al acuerdo homologado judicialmente.

2.2. Delimitación de Supuestos.

Pero lo anterior nos lleva a otros problemas casuísticos que delimitamos temporalmente:

2.2.1. Solicitud de homologación concurrente con solicitud de concurso.

Hemos señalado en otros apartados que respecto del proceso de homologación y a la vista de la reactivación que se produce de la posibilidad de solicitar el concurso necesario por los acreedores afectados, estos estarían limitados para instar la declaración de concurso necesario. De igual forma lo estarían de estar protegidos, en todos los supuestos, por el artículo 5 bis LC. Pero la cuestión se complica cuando: 1. Existe una solicitud de concurso voluntario paralela. 2. Existe una solicitud de concurso necesario de acreedores no sujetos al acuerdo y no se está protegido. 3. Existe una solicitud de concurso necesario previa a cualquier instrumento de protección y a la misma solicitud de homologación.

2.2.2. Solicitud de homologación concurrente con declaración de concurso de acreedores.

En el anterior supuesto hacíamos concurrir la solicitud de homologación con la solicitud de declaración de concurso. En este coincide la declaración de concurso de acreedores con la solicitud de homologación o pendiente el proceso de homologación. ¿Es esto posible? ¿Afecta de algún modo la solicitud de homologación a la declaración de concurso? ¿Afecta al contrario la declaración de concurso al proceso de homologación?.

En ambos supuestos la regulación no está prevista para su concurrencia. El artículo 5 bis previene de cualquier solicitud de declaración de concurso necesario pero nada impide- y según la doctrina subsiste la obligación- que la solicite el propio deudor. El artículo 15.3 señala: *“Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal. Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes”*.

Supongamos que el deudor se encuentra negociando un acuerdo y que finalmente llega al mismo bajo el amparo de la comunicación del artículo 5 bis LC. Supongamos que esa homologación se presenta dentro del plazo de cuatro meses y la admisión a trámite se produce también en dicho plazo. Pero que transcurre dicho plazo y el acuerdo no está homologado. La interpretación de los efectos derivados de la citada comunicación partirían de dos afirmaciones de la norma:

- 5 bis 2 LC: Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.
- 15.3 LC ya citado: *Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal. Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.*

Lo anterior significa que transcurrido el plazo de tres meses podrán presentarse solicitudes de concurso necesario que se proveerán una vez transcurrido el plazo de un mes hábil más salvo que el deudor haya solicitado su declaración voluntaria de concurso en dicho plazo.

Cumpliendo por tanto que el acuerdo se ha alcanzado dentro de dicho periodo y que se ha solicitado la homologación en el mismo (es decir dentro de ese mes hábil siguiente) pero que también se ha presentado una solicitud de concurso necesario y que esta pasará a proveerse, la cuestión es determinar si la admisión a trámite de la homologación afecta para algo a esa solicitud de concurso necesario o no. Y nada establece la norma al respecto.

Tenemos un acuerdo que cumple todos los requisitos para la homologación y que la misma ha sido solicitada y admitida a trámite. Esta producirá efectos suspensivos de ejecuciones; la norma en concreto recoge que el juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación. Esta afectación (general como hemos visto) se contradice con la imposibilidad de paralizar también una declaración de concurso necesario pero por otro lado nada tiene que ver esa homologación que se pretende con la situación de insolvencia que subsista del deudor incluso tomando en consideración el acuerdo al que se hubiere llegado.

Supongamos nuevamente que permitimos la concurrencia de ambos supuestos. ¿Cómo afectaría una declaración de concurso a los arrastres que pudieran haberse fijado en el mismo? ¿ Y cómo afectaría al cumplimiento de las nuevas obligaciones de pago que pudieran haberse recogido en este respecto de los créditos concursales que existieran en el mismo?.

Nuestra solución pasa por integrar (art. 3 Cc) una interpretación sistemática, analítica e histórico-legislativa entendiendo que:

- a) O bien esa homologación puede continuar con la finalidad de consolidar los efectos que la norma establece y entender que dándose los requisitos del acuerdo con anterioridad a la declaración la homologación es simplemente un trámite previsto legislativamente para una refinanciación que también podrá darse en el seno del propio concurso de acreedores.
- b) O bien entender que ese proceso de homologación quedaría afectado (carente de objeto y por tanto debe ser archivado) y la protección se delimitaría solo a partir del acuerdo original sin efecto arrastre.

En ambos casos, sin embargo, le estamos dando el mismo tratamiento al acuerdo original, es decir le damos la misma protección no reintegradora exista o no exista homologación⁶⁸⁶ puesto que esta última quedaría limitada a una mayor protección del efecto arrastre que la norma previene. Por tanto consideramos que las referencias (dos distintas) que recoge la norma, incluso con remisión al apartado trece de la misma, son también diferentes por referirse al acuerdo, la primera, y a la homologación del acuerdo y los efectos derivados del mismo, la segunda⁶⁸⁷.

Cuestión distinta es optar por la continuación o no del proceso de homologación tras la declaración de concurso (no así de la solicitud que en

⁶⁸⁶ En sentido contrario MORALEJO I, << Efectos de los acuerdos en relación con terceros: irrevocabilidad del acuerdo y otros efectos >> en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, AAVV (GARCÍA-CRUCES JA , Dir.) Bosch 2013 pgs. 260 y 261 se defiende que solo lo es en referencia a acuerdos de refinanciación homologados.

⁶⁸⁷ Esta referencia al acuerdo en sí mismo sin necesidad de convalidación judicial y por tanto protegido fue realizada igualmente SANCHO GARGALLO I, en «La refinanciación desde la perspectiva de las acciones de reintegración» *Jornadas sobre la legislación concursal. Respuestas jurídicas para una crisis. Madrid 23 y 24 de noviembre de 2011*, cuando señala: “Este juicio a priori del experto independiente no requiere de ninguna convalidación judicial posterior. Su procedencia no puede discutirse una vez declarado el concurso, pues si no dejaríamos sin efecto la previsión legal, que para dotar de seguridad jurídica a estas operaciones de refinanciación ha querido que no pudieran ser discutidas bajo los presupuestos de la rescisión concursal”. La valoración se realiza desde la perspectiva del informe del experto independiente y una vez publicada la reforma de 2011 que permite dicha homologación.

nada afectaría) en donde existe un proceso que exigirá un sacrificio y uno más y mayor (comunidad de pérdidas) en el propio proceso concursal. La reforma de este último, además, producida mediante RDL 11/2014 conlleva un proceso sustancialmente idéntico de sacrificio para los supuestos de convenios. Es por tanto inevitable pensar que mantener un proceso de homologación que producirá efectos de arrastre a otros acreedores cuando estos quedarán sujetos igualmente a un proceso concursal que les va a exigir sacrificios y que la homologación estaba pensada precisamente para evitar este segundo, nos lleva al absurdo. Y por tanto la declaración de concurso afectaría gravemente al proceso de homologación que debería por ello quedar afectado y carente de objeto.

Independientemente de esto existe un acuerdo original firmado por unas determinadas mayorías de acreedores y cumpliendo unos requisitos fijados en la norma cuyos efectos rescisorios serían también limitados en aplicación del apartado primero de la adicional cuarta sin necesidad de homologación judicial. Si todo ello se produce mientras se encuentra en trámite el incidente de impugnación del acuerdo por el carácter desproporcionado del sacrificio exigido, la cuestión se centraría entonces en una homologación inicialmente otorgada pero impugnada. Entonces el efecto rescisorio quedaría en los mismos términos y la impugnación, tramitada por incidentes, seguiría la suerte prevista en el artículo 51 LC para los procesos declarativos.

3. La reintegración de los acuerdos de refinanciación en el concurso de acreedores.

Desde la perspectiva que hemos analizado resultaría que el acuerdo estaría protegido en tanto cumpliera los requisitos previstos en la norma frente a una posible reintegración. La trascendencia del proceso de homologación que pudiera darse también tiene en sí misma un impacto que algunos autores⁶⁸⁸ niegan. Es decir la irrevocabilidad que se predica de la norma parte del cumplimiento de dichos requisitos y por lo tanto de la revisión de los mismos. Pero ese cumplimiento ha sido visado y controlado por el juzgador en dos momentos concretos: por un lado en la admisión y por otro en la homologación. Si existe una impugnación (limitada en cuanto a la legitimación y los motivos) también se habrá analizado el “perjuicio” desde el sacrificio desproporcionado pero en relación a los acreedores afectados y legitimados aunque no desde la perspectiva del deudor. A ello le añadimos que la redacción de la norma nos lleva desde el párrafo primero al apartado decimotercero y por lo tanto considerando que no podrán ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente⁶⁸⁹. El ejercicio de las demás

⁶⁸⁸ Para MORALEJO I, << Efectos de los acuerdos en relación con terceros: irrevocabilidad del acuerdo y otros efectos >> en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, AAVV (GARCÍA-CRUCES JA , Dir.) Bosch 2013. Pgs. 287 y ss, el planteamiento es si “*debe entenderse que se ha operado un juicio de validez ex ante de la concurrencia de los requisitos que excluyen la irrevocabilidad en el concurso de los acuerdos de refinanciación*”. Y en tal sentido concluye que “*... en esta sede no se opera una valoración judicial del alcance material del acuerdo de refinanciación a efectos de ponderar a priori su irrevocabilidad deviniendo inatacable.*”

⁶⁸⁹ Ya hemos matizado esta referencia en relación a los acuerdos en sí mismos y no homologados o pendientes de homologación con anterioridad.

acciones de impugnación se someterá a lo dispuesto por el artículo 72.2. Es decir que tendríamos dos concretos elementos a considerar:

- a) Por un lado que se proscribe la rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación.
- b) Por otro que serán posibles otras alternativas a la impugnación desde el último párrafo y artículos citados: *“Sólo 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 bis. La acción rescisoria solo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento. Para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el apartado anterior”*.

Nuevamente la redacción de esta última referencia plantea problemas que debemos delimitar:

1º. Se recoge que el ejercicio de las demás acciones de impugnación se someterá a lo dispuesto en el artículo 72.2 LC. Es decir la limitación de impugnación lo es en relación a otras que no sean la rescisión. Tomando esto en consideración deberíamos extraer de la norma las limitaciones que la misma recoge respecto de la reintegración y quedarnos exclusivamente con las limitaciones que se refieran a otras acciones de impugnación.

2º. Estas otras acciones de impugnación se sitúan en el marco del 71.6 LC: *“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 aquéllas contiene el artículo siguiente (artículo 72) ⁶⁹⁰”*. Esto conllevaría, conforme al mismo autor que *“... la imposibilidad de rescisión de acuerdos no impide la posibilidad de atacar el acto o negocio jurídico originador del crédito de cada acreedor suscriptor del acuerdo, y ello, porque la mera suscripción del acuerdo de refinanciación por un acreedor no convalida los eventuales defectos o vicios que pueda tener el negocio jurídico del que surgió su crédito. Ahora bien, esa impugnación podría afectar indirectamente al acuerdo de refinanciación cuando el importe de crédito hubiera sido determinante para obtener el quorum de aprobación del*

⁶⁹⁰ En tal sentido se ha señalado (71.7 LC con la anterior redacción; hoy 71.6 LC): “La imposibilidad de rescindir el acuerdo se extiende solo al ejercicio de las acciones de reintegración, pero no impide que se puedan ejercitar otras acciones de impugnación de los acuerdos del deudor (acción pauliana, simulación, anulación...), y por ello se podrá impugnar el acuerdo de refinanciación. En este sentido el art. 71.6 alude al escudo protector frente a las acciones rescisorias, acciones que se identifican con las acciones de reintegración, contempladas en el art. 71 de la ley, pero no excluye otras acciones de impugnación, y así se deduce de la redacción del art. 71.7 que diferencia acciones rescisorias (identificadas con las de reintegración) y otras acciones de impugnación de los actos del deudor. Ahora bien, la legitimación para poder ejercitar esas acciones corresponde solo a la administración concursal, ya que el art. 72.2 de la ley le atribuye la legitimación en exclusiva para el ejercicio de la acción de reintegración y demás de impugnación, incluyéndose aquí la pauliana, la de nulidad...y su ejercicio se hará ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal.” GARCÍA MARRERO J <<Los acuerdos de refinanciación>>, en *Tratado judicial de la insolvencia*. AAVV, (Prendes Carril P, Muñoz Paredes, A, Dirs) Thomson 2012, pg. 328.

acuerdo, ya que en ese supuesto al no reunir el acuerdo uno de sus requisitos no estaría protegido por el paraguas”.

3º. Por lo tanto cualquier planteamiento de impugnación del acuerdo que pudiera plantearse respecto de la rescindibilidad del mismo (de la que está protegida) debería conllevar, para su análisis, una previa (prius) valoración del cumplimiento de los requisitos esenciales que la norma determina como escudo protector. En palabras de la doctrina⁶⁹¹ “... se mantiene así para los acuerdos de refinanciación generales o particulares en el artículo 71.6 LC (ahora modificado e incluido como hemos visto en la propia adicional) una “exención condicionada” a la concurrencia en la refinanciación de las garantías exigidas en dicho precepto, no contemplándose por tanto un supuesto de “exención absoluta” de los contemplados en el artículo 71.5 LC que inmunice o blinde en todo caso a las refinanciaciones de deuda en sede rescisoria concursal.” Esto es lo que ha llevado a pensar a la misma autora que la rescisión es posible si bien desde la perspectiva de otros supuestos de impugnación.

De todo lo anterior se deduce que la protección “condicionada”⁶⁹² de dichos acuerdos de refinanciación queda supeditada a que realmente se cumplan todos y cada uno de los requisitos que hemos señalado para su protección; es decir que se cumplan los requisitos formales, de contenido y mayorías que la adicional cuarta establece. Es por ello que existirá posibilidad de rescisión en tanto no se cumplan dichos requisitos pero previamente deberá determinarse que los mismos no han sido cumplidos. De esta forma la posibilidad rescisoria existe, aunque exige un prius, sin necesidad de acudir a la vía de impugnación prevista en el último apartado del artículo 71 puesto que no se ataca por ninguna de dichas vías sino por la misma posibilidad de rescisión de las operaciones sobre la base del perjuicio patrimonial partiendo de que dichos requisitos (todos, algunos o alguno de ellos) no se han cumplido y por tanto no quedan dentro de la órbita de exención. Procesalmente exige probar ese prius y con ello la consiguiente petición de rescisión lo que daría lugar a los efectos que determina el artículo 73⁶⁹³ LC.

⁶⁹¹ PULGAR EZQUERRA, J, *Preconcuralidad y Acuerdos de refinanciación. La Ley.* 2012.pg. 413. En igual sentido PARRA LUCÁN M.A <<El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso>> en AAVV. *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, 2009 pg. 231 y ss y GALÁN CORONA E, <<Acciones rescisorias concursales>> en GARCÍA-CRUCES Y CARCINA (dirs) , *Il trattamento giurisdico della crisi d'impresa*, CACUCI, Bari, 2008, pp 124-125.

⁶⁹² Se señala no obstante por algún autor que esta condición no puede ser nunca la de su homologación judicial. En tal sentido :”No puede, por tanto, sujetarse a estos efectos la concurrencia de las exigencias del artículo 71.6 LC a una efectiva homologación del acuerdo, ya que hacer supuesto de la concesión de lo que se pide no puede instituirse en premisa para dar cumplimiento de las exigencias previas que han de concurrir en su solicitud.” MORALEJO I, << Efectos de los acuerdos en relación con terceros >>op. Cit pg. 289.

⁶⁹³ Al respecto de ello los autores han manifestado posiciones diferentes. En tal sentido a favor de la aplicación del artículo 73 LC PARRA LUCÁN M.A <<El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso>> en AAVV. *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, 2009 pg. 231 y ss ; en sentido contrario , GALÁN CORONA E, <<Acciones rescisorias concursales>> en GARCÍA-CRUCES Y CARCINA (dirs) , *Il trattamento giurisdico della crisi d'impresa*, Cacuci, Bari, 2008, pp 124-125. Sin embargo hemos de matizar que en todos los supuestos los citados autores parten de la impugnación por la vía del artículo 71.6 (ahora 71.7 LC) de otros medios de impugnación y no desde la misma acción de reintegración.

Es desde la perspectiva del cumplimiento de los requisitos previos establecidos desde donde se protege el acuerdo de la rescisión. De no cumplirse nada se opondría a su posterior ejercicio en caso de concurso de acreedores y cuando se den los límites temporales que la norma recoge. Este planteamiento debe tomar en consideración- como no puede ser de otra forma- que dicho acuerdo ha sido homologado judicialmente (cuando es el caso) y que por lo tanto ha existido un control judicial sobre el cumplimiento de dichos requisitos. Algunos autores consideran, como hemos visto, que este control judicial en nada empece a una valoración posterior. Pero se señala que lo es a efectos de una valoración judicial del “alcance material⁶⁹⁴” de los acuerdos. Para otros ese control quedará limitado: *“El control de la justificación del sacrificio patrimonial que puede conllevar para el deudor el acuerdo de refinanciación, y que, en caso de un posterior concurso, podría motivar el ejercicio de la rescisión concursal, se lleva a cabo a priori por un experto independiente. Si el experto lo estima justificado, y se cumplen el resto de los presupuestos legales, que no gozan de este carácter esencialmente estimativo o valorativo, el acuerdo de refinanciación y los actos realizados en su cumplimiento, quedarán fuera de la rescisión concursal, en el caso en que dentro de los dos años siguientes, y como consecuencia de no haberse logrado el objetivo último que perseguía la refinanciación, se declare el concurso. En este caso, ya no podrá juzgarse la justificación de estos actos de disposición, desde la perspectiva de la rescisión concursal, puesto que –en virtud de este art. 71.6 LC- quedan expresamente a salvo de ella.⁶⁹⁵”*

De esta forma:

- a) Cabría acción de reintegración concursal cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 71 LC y siempre que el acuerdo de refinanciación no cumpla todos y cada uno de los requisitos previstos para la protección que la norma otorga. Esto hace que el ataque a dichos cumplimientos se convierta en un prius.
- b) En relación a lo anterior debemos tomar en consideración que ha existido, cuando se dé el supuesto, una homologación judicial y que por ello se protege el acuerdo con control de requisitos formales (no materiales) y en caso de impugnación en relación al sacrificio patrimonial desproporcionado exigido a los acreedores pero no al deudor.
- c) El control de la justificación del sacrificio patrimonial se sitúa anticipadamente en el informe del experto independiente. En su momento obligatorio y ahora voluntario. Pero ese informe determina, de existir, el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo y las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo y por ello también ese control se desplaza a la posible rescisión que pudiera plantearse en sede concursal.

⁶⁹⁴ MORALEJO I, << Efectos de los acuerdos en relación con terceros: irrevocabilidad del acuerdo y otros efectos >> en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, AAVV (GARCÍA-CRUCES JA , Dir.) Bosch 2013, pg. 289.

⁶⁹⁵ SANCHO GARGALLO I, <<Los acuerdos de refinanciación.... >>op cit.

Admitiendo por tanto la posibilidad , en dichas circunstancias, de la acción de reintegración concursal la limitación de impugnación que se recoge, como hemos señalado, en referencia al artículo 72.2 LC para otras impugnaciones no existiría en el marco de la citada rescisión concursal sino que se situaría en los anteriores apartados. Conforme a estos, entonces:

- a) La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En este caso, en cuanto a los gastos y costas de los legitimados subsidiarios se aplicará la norma prevista en el apartado 4 del artículo 54.
- b) Sólo 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 bis. La acción rescisoria solo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento. Para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el apartado anterior.

La última de las referencias convalida la interpretación también en relación a lo previsto para la adicional cuarta aunque no se encuentre recogida. Es decir la posibilidad de atacar el acuerdo por rescisión pero con una matización importante: al no estar expresamente prevista la limitación, la presunción o la exclusión de la legitimación subsidiaria entendemos que no será posible tampoco limitarlas en virtud del principio de tutela judicial efectiva.

3.1. La protección reintegradora y los créditos objeto de refinanciación.

Uno de los aspectos destacados por algunos autores⁶⁹⁶ es la posibilidad de atacar el acto o negocio jurídico originador del crédito, de cada acreedor suscriptor del acuerdo , considerando que la mera suscripción del mismo por un acreedor no convalida los eventuales defectos o vicios que pueda tener el negocio jurídico del que surgió su crédito. Ahora bien, se señala, “...esa impugnación podría afectar indirectamente al acuerdo de refinanciación cuando el importe de crédito hubiera sido determinante para obtener el quorum de aprobación del acuerdo, ya que en ese supuesto al no reunir el acuerdo uno de sus requisitos no estaría protegido por el paraguas del art. 71.6 (actualmente derogado en la redacción referida) de la ley.”

De igual forma se ha señalado⁶⁹⁷ que en la complejidad de los acuerdos, particular o individualmente considerados, dentro de las posibilidades de

⁶⁹⁶ GARCÍA MARRERO J <<Los acuerdos de refinanciación>>, en *Tratado judicial de la insolvencia*. AAVV, (Prendes Carril P, Muñoz Paredes, A, Dirs) Thomson 2012, pg. 328.

⁶⁹⁷ SANCHO GARGALLO I, en «La refinanciación desde la perspectiva de las acciones de reintegración» *Jornadas sobre la legislación concursal. Respuestas jurídicas para una crisis*. Madrid 23 y 24 de noviembre de 2011

rescisión “... la operación debe analizarse globalmente, pues en realidad se trata de un negocio complejo, que no puede fraccionarse para analizar individualmente los distintos elementos que lo componen, porque están relacionados entre ellos, trayendo causa unos de otros. Este análisis global deberá realizarse fuera del ámbito de las presunciones de perjuicio y exigirá una valoración de si dicho negocio encierra un sacrificio patrimonial injustificado.” No lo vió así la SAP Vizcaya (4ª) de 12-VI-2008⁶⁹⁸, en un supuesto- citado por el mismo autor- en que un banco obtuvo un derecho de prenda en garantía de deudas preexistentes de la concursada, de las cuales, una ya estaba asegurada por prenda, y la otra carecía de garantía real alguna, distinguió entre una y otra, de modo que a la segunda le aplicó la presunción de perjuicio del art. 71.3.2º LC, mientras que a la primera le aplicó el régimen general del art. 71.4 LC. Respecto de la segunda, la sentencia argumenta que “el fundamento de la rescisión de la prenda se sitúa en el perjuicio que supone para los demás acreedores la constitución de la prenda por el importe que, antes de su renovación, carecía de garantía real alguna, perjuicio que, por otra parte, presume el artículo 71.3 LC y no ha quedado desvirtuado por prueba alguna en contrario”. Respecto de la primera, entra a analizar las condiciones de la segunda prenda en relación con la primera y llega a la conclusión de que son más beneficiosas para el concursado, pues el crédito garantizado no devenga intereses moratorios y las vacas pignoradas son menos (6.000 frente a 8.678), razón por la cual concluye que no existe perjuicio. En consecuencia, la Audiencia de Vizcaya rescinde parcialmente la prenda, en el sentido de que el crédito garantizado con la prenda sólo sería el primero, pero no el segundo. Señala a tal efecto el mismo que “tratándose de un negocio complejo, con causa compleja, debe analizarse globalmente, y además es preciso tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes que pueden permitir juzgar adecuadamente sobre la “justificación” del acto de disposición.” Y además que “[l]o anterior cobra especial relevancia cuando, como contraprestación a la inyección de dinero fresco, el financiador obtenga especiales garantías sobre el patrimonio del deudor. Aunque la constitución de estas garantías afectará a los acreedores anteriores, no se puede dejar de contemplar el beneficio que supone para ellos la expectativa de que su deudor, gracias al referido acuerdo de financiación, pueda salir adelante y, al superar la crisis, acabe pagando sus créditos. Si todo hubiera salido bien, los acreedores se habrían beneficiado de la refinanciación, pues habrían visto satisfechos sus créditos, lo que no necesariamente hubieran logrado de haberse optado por la apertura del concurso de su deudor.”

Desde el ámbito subjetivo previsto en la norma , los acuerdos objeto de refinanciación estarán protegidos – tal y como hemos señalado- en tanto cumplan los requisitos previstos en la misma. Y ello bien lo sea desde la perspectiva exclusiva del acuerdo o, más allá, desde la perspectiva de la homologación o de ambas. El ámbito subjetivo del acuerdo parte de distinguir entre un deudor y unos acreedores de pasivos financieros (inicialmente) que firman ese acuerdo que posteriormente es objeto, o no, de homologación. La posibilidad de que alguno de estos créditos sea impugnado parte de considerar, entre otros, dos situaciones:

⁶⁹⁸ SAP Vizcaya (4ª) 12-VI-2008 (Roj SAP BI 1216/2008)

- a) Que alguno de dichos créditos no sean en realidad (y constituye por ello un prius) un crédito de la categoría señalada.
- b) Que alguno de estos créditos resulte afectado por cualquier situación que determine su extinción, ineficacia o inexistencia y por ello con efectos ex tunc.

La posibilidad de atacar dichos negocios puede plantearse tanto antes de la declaración de concurso como después, desde las competencias propias de los juzgados de primera instancia o mercantiles de ser el caso. El planteamiento una vez declarado el concurso de acreedores parte de considerar, además, la posible incidencia que ello pueda tener en el propio acuerdo y por tanto incide en la atribución de competencia. Si nos planteamos el primer supuesto en realidad estamos atacando al mismo acuerdo y por tanto resultaría fácil delimitar la competencia del juez del concurso. Pero si lo hacemos desde la segunda de las perspectivas su planteamiento podría obedecer tanto a una situación extraña al acuerdo como esencial al mismo. Esa impugnación estará prevista a partir del juego de los artículos 71.7 LC y 89.2 LC pero no en cuanto a supuestos de rescisión.

En derecho concursal no se ha previsto una norma similar a la recogida en el actual artículo 204 de la LSC tras la reforma que en el mismo se produce a finales de 2014⁶⁹⁹. En tal sentido la impugnación de acuerdos de la junta pasa, en relación a ello, por:

- La posibilidad de impugnar la participación en la reunión de personas no legitimadas (léase en el acuerdo acreedores que no lo sean de pasivos financieros), salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.
- La posibilidad de alegar la invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo (léase mayorías) hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

Entendemos no obstante que dicha situación deberá igualmente ser apreciada como de común se ha venido admitiendo por la jurisprudencia⁷⁰⁰ en todos los supuestos de impugnación.

Lo anterior nos lleva también a considerar la posibilidad de impugnar, conforme hemos señalado anteriormente, en relación a un concreto crédito respecto de un acreedor que considere que no debe ser arrastrado, por no ser pasivo financiero, en relación al acuerdo validado por la homologación. Es decir si es posible que este acreedor acuda a esta vía impugnatoria, cuando la norma se lo permita, o si con la posibilidad de impugnación prevista en la adicional cuarta quedo cercenada dicha posibilidad. Queda vetada, por la citada redacción, aquella que se refiere a la calificación o naturaleza de quienes sí firman el acuerdo originario, dado que entraría dentro de la impugnación por la concurrencia de los porcentajes exigidos en la norma; pero el ámbito de la impugnación de la valoración del sacrificio desproporcionado exigido a los arrastrados no termina de ser sino un concepto jurídico indeterminado que

⁶⁹⁹ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. «BOE» núm. 293, de 4 de diciembre de 2014.

⁷⁰⁰ Por todas STS de 7 de diciembre de 2011. STS 9284/2011Id Cendoj:28079110012011100897.

tanto puede acoger esa referencia o no. A nuestro entender el acreedor debió impugnar el mismo y por tanto no podrán plantear esta cuestión nuevamente a través de esta vía.

Por último y en relación a la globalidad que se ha señalado debe considerarse - a efectos de rescisión- si ese acuerdo de refinanciación ,que consta en instrumento público , respecto de determinados créditos supone (en la medida de lo pactado) un reconocimiento de deuda por parte del deudor que conlleva, con ello, esencialmente su consideración como un todo ; o si por el contrario no lo es y puede ser impugnado por partes (en relación a los créditos que forman parte del mismo en su origen). Se trata en definitiva de una novación y su reconocimiento se refrenda con certificación concreta de auditores o expertos. En concreto se exige que se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante. Como señala el último autor citado el informe, entonces exigido obligatoriamente, del experto se consideraba un juicio valorativo de la idoneidad del sacrificio patrimonial exigido que no podía ser impugnado. En la actual redacción esa valoración se extiende, como vemos, también a la suficiencia del pasivo que va más allá de su consideración contable en la delimitación de su naturaleza conforme a la realidad económica⁷⁰¹. Recogía el cualificado magistrado que *“[s]u procedencia no puede discutirse una vez declarado el concurso, pues si no dejaríamos sin efecto la previsión legal, que para dotar de seguridad jurídica a estas operaciones de refinanciación ha querido que no pudieran ser discutidas bajo los presupuestos de la rescisión concursal. Podrán serlo bajo otras acciones de impugnación, como el fraude de acreedores e, incluso, la ilicitud de la causa, si se cumplen los requisitos propios de cada una de estas acciones. Estas acciones extraconcursoales también podrían ejercitarse antes de la declaración de concurso, siendo más dudoso que a ellas pudiera añadirse otra declarativa de que el juicio realizado por el experto independiente debía haber sido negativo y no afirmativo (en relación con cualquiera de los extremos que constituyen su objeto).”* Ha señalado la STS de 18 de septiembre de 2006⁷⁰², que cita otra de STS 7 de junio de 2004 que *“...en relación a la figura del reconocimiento de deuda, la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 2004 recoge en su Fundamento de*

⁷⁰¹ En el apartado primero del marco conceptual del Plan General de Contabilidad de 2007 se recoge a tal efecto: *“La aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en los apartados siguientes deberá conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica”*. El nuevo modelo contable que se aprobó en 2007 (Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. «BOE» núm. 160, de 5 de julio de 2007) exige una delimitación más precisa de las partidas incluidas en el patrimonio neto, a partir de la definición de los pasivos. Este análisis deberá atender no sólo a la forma jurídica, sino especialmente a la realidad económica de las operaciones, habiéndose incluido este aspecto de manera explícita en el artículo 34, apartado 2, del Código de Comercio. Es decir, se exige en última instancia una calificación de los hechos económicos atendiendo a su fondo, tanto jurídico como propiamente económico, al margen de los instrumentos que se utilicen para su formalización.

⁷⁰² (TS S, 18-09-06) .CASACION Núm.: 2079/1999 .Ponente Excmo. Sr. D: José Almagro Nosete. 11/09/2006

Derecho Cuarto, apartado b) 1.- que "Aunque la regulación del llamado "reconocimiento de deuda", no aparece expresamente contemplada en el Código civil común, una jurisprudencia consolidada de esta Sala ha tenido buen cuidado en admitirlo y dotarlo de los requisitos que sean exigibles para su aplicación, pudiendo, al efecto, señalarse, las SS. de la misma, de 30-V-92, 20-XI-92, 11-III-93, 30-IX-93, 27-VII-94, 24-X-94, 22-VII- 96, 5-V-98, 29-VI-98, 28-IX-98, 8-VI-99 y 23-XII-99. Cabe destacar al efecto, el contenido de la S. de 28 de septiembre de 1.998, la que cita y repite, resumiéndolos, los argumentos esgrimidos en otras muchas Sentencias anteriores, diciendo así que el "reconocimiento de deuda no crea obligación alguna, es un negocio jurídico unilateral por el que su autor declara o, lo que es lo mismo, reconoce la existencia de una deuda previamente constituida; contiene, pues, la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le aplica la presunción de la existencia de causa del art. 1.277 C.c . y el autor, autores, o causahabiente en el presente caso, queda obligado a cumplir la obligación cuya deuda ha reconocido...; a su vez, al reconocimiento de deuda se le atribuye una abstracción procesal, que dispensa de probar la obligación cuya deuda se ha reconocido...; en nuestro Derecho no se admite el negocio jurídico abstracto. Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, al reconocimiento de deuda, negocio jurídico unilateral que contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le ha admitido por doctrina y jurisprudencia el efecto material de quedar obligado al cumplimiento, por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de la dispensa de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente". Como resumen clarificador de esta doctrina jurisprudencial, podría citarse, en definitiva, la S. de la Sala, de 29 de junio de 1.998, al decir la misma, más sucintamente, que la jurisprudencia admite que mediante el acto unilateral, el o los que lo hacen, "reconocen la existencia de una deuda previamente constituida y que contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente". No obstante ese reconocimiento no delimita su naturaleza conforme a la adicional cuarta sino solo la existencia de la deuda que a tal efecto " vincula a quien lo realiza y, en atención a lo prevenido en el artículo 1277 del Código Civil ha de presumirse que su causa existe y es lícita, en tanto el deudor (con inversión de la norma general sobre carga de la prueba) no demuestre lo contrario; Como dice la sentencia de 23 de febrero de 1998, citada en la de 28 de septiembre de 2001 , le convierte más que en un contrato de causa inexpressada y de abstracción procesal, en un contrato causal atípico, alcanzando el reconocimiento de deuda efectos constitutivos, que conlleva no sólo el facilitar a la actora un medio de prueba sino el dar por existente una situación de débito contra el demandado (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1991, 27 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1993 y 24 de octubre de 1994)."

Desde una perspectiva analógica (quizás sin necesidad de ello) se confirma la doctrina fijada por el citado autor de la dificultad impugnatoria que quedaría, no obstante abierta en tanto se cumplieran los requisitos previstos en sus respectivas normas y con las delimitaciones que hemos realizado.

4. El acuerdo homologado y la normativa contractual concursal.

4.1. Introducción.

Se ha venido a señalar que los efectos que la declaración del concurso despliega sobre los contratos en los que es parte el concursado supone una “colección de variaciones sobre temas de Derecho Civil⁷⁰³”; se trata en realidad de pocas normas que afectan gravemente al sistema de relatividad de los contratos y que trastocan el régimen contractual ordinario (civil y mercantil) tanto en sus ámbitos subjetivo, objetivo o formal.

El acuerdo de refinanciación (homologado o no) no deja de ser un negocio jurídico complejo en donde las partes pactan otro sistema de cumplimiento de sus obligaciones recíprocas. El pacto es voluntario pero arrastrará, de conseguir determinadas mayorías y respecto de determinados acuerdos, a otros acreedores disidentes o no participantes. Su carácter limitado a pasivos financieros lo sitúa dentro del ámbito de protección de una posible situación de insolvencia. Pero no deja por ello de ser un contrato en donde los efectos son determinados por la norma, en parte, y que se fundamentan en relaciones jurídicas preexistentes al citado acuerdo.

La declaración de concurso de acreedores supone una incidencia en el mismo que dependerá también de la situación en la que este se encuentre. Así y dentro de las posibilidades podemos plantear:

- a) Que el acuerdo se hubiera elevado a escritura pública pero no se haya homologado.
- b) Que el acuerdo esté en trámite de homologación al momento de la declaración de concurso de acreedores.
- c) Que el acuerdo se haya homologado y esté en trámite de impugnación por cualquier acreedor legitimado.
- d) Que el acuerdo se haya homologado y se encuentre pendiente de publicación en BOE para surtir efectos.
- e) Que el acuerdo se haya homologado y esté en trámite de impugnación para declaración de incumplimiento.
- f) Que el acuerdo se haya declarado incumplido con anterioridad a la declaración de concurso.
- g) Que el acuerdo se encuentre vivo al momento de la declaración de concurso pero incumplido.
- h) Que el acuerdo se encuentre vivo al momento de la declaración de concurso y cumpliéndose.

La incidencia, el impacto que pueda provocar- según qué situación analicemos- la declaración de concurso de acreedores es ciertamente problemática y casuística.

En líneas generales deberíamos determinar brevemente el sistema contractual existente y posteriormente comprobar la posible aplicación de dichas normas a esos acuerdos de refinanciación partiendo de cada uno de esos supuestos.

Quizás debiéramos partir inicialmente de volver a recordar que la norma establece una protección de reintegración de los acuerdos firmados que cumplan los requisitos previstos en la misma. Se quiere por tanto (se haya cumplido o esté pendiente de cumplimiento con ellos al momento de la

⁷⁰³ C-W CANARIS, *Handelsrecht*, 24ª Edición, Beck, Múnich, 2006 1.IV,2 página 17. Citado en prologo por el profesor Cerdá Alberó de la obra de FERNANDEZ SEIJO, JM, *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Bosh, 2013, pg. 8.

declaración de concurso) considerar que esos acuerdos pueden quedar, en el segundo supuesto, vivos, como regla general, al momento de la declaración. De otra forma dicho: la declaración de concurso no afecta a las obligaciones que vigentes al momento de la declaración de concurso; es decir no afecta al acuerdo de refinanciación si este está pendiente de cumplimiento y se está cumpliendo.

Pero también la norma exige que exista una declaración expresa de incumplimiento para estos supuestos. Desde ahí no podemos señalar sino que también se ha querido que esa declaración sea expresa y por lo tanto hasta que la misma no se produzca el contrato estará vivo.

E incluso en este último supuesto la excepción a la resolución pactada que recoge el último apartado de la adicional nos lleva a señalar, como ya hemos hecho en apartados anteriores, que la declaración de incumplimiento del referido acuerdo deja expeditas las vías de ejecución de garantías reales o de solicitud de declaración de concurso necesario por los acreedores afectados en relación a los créditos también afectados; pero esa declaración de incumplimiento no lleva aparejada la resolución (a menos que se hubiera pactado) del acuerdo de refinanciación.

En este último caso también hemos afirmado que la resolución del acuerdo puede ser interpretada tanto en relación al mismo acuerdo como en relación a los concretos pactos que pudieran haberse recogido o respecto de, exclusivamente las garantías reales. De hecho la norma deja expedita la vía señalada solo respecto de estas últimas y no de otros supuestos.

Un acuerdo de refinanciación incumplido y declarado como tal con anterioridad a la declaración de concurso no lleva necesariamente la resolución del mismo. De hecho y de llevarla resultaría que la protección de reintegración podría ser discutida. A lo mejor podríamos matizar que la protección se extendería a los acuerdos ya cumplidos (pagos, conversiones, etc.) y no al resto que no entrarían en sí mismos en esa esfera de protección; pero esta última cuestión rompería la unidad y globalidad del acuerdo que busca al refinanciación y respecto del que hemos dicho que ha quedado resuelto.

Un acuerdo de refinanciación parte entonces de la misma posición que cualquier otro tipo de contratos una vez declarado el concurso de acreedores si bien se le aplican los efectos protectores (frente a la reintegración) que la norma recoge y el efecto arrastre que la misma ha querido establecer.

La situación, tras la declaración de concurso, varía pues los créditos se refieren, en cualquier supuesto a créditos anteriores a la declaración de concurso y , salvo los específicos a los que la ley anuda su consideración de créditos contra la masa por resultar dinero nuevo o fresco (*fresh money*) , el cumplimiento queda delimitado por las normas concursales. Es decir el cumplimiento parte de atender lo previsto en los artículos 61, 62, 68, 69 o 155 de la Ley Concursal. Las ejecuciones que se hubieran iniciado quedarían sujetas a lo previsto en los artículos 55, 56 y 57 de la Ley Concursal. Los procedimientos que se hubieran iniciado parten de lo previsto en los artículos 50 y 51 LC. Los procesos que pudieran iniciarse se deben someter a lo previsto en el artículo 54 LC. Protegidos, por tanto, frente a una reintegración pero sujetos a las normas concursales como cualquier otro contrato. Esto es más fácil de ver en los acuerdos de refinanciación que no llevan aparejada homologación bien sean colectivos (71 bis 1 LC) o bilaterales (71 bis 2 LC).

Las cuestiones más dudosas se plantean desde el incumplimiento anterior o desde la homologación no finalizada, es decir en supuestos intertemporales en donde la declaración de concurso afecta al proceso mismo de homologación o de declaración de incumplimiento.

4.2. Breve referencia al régimen de contratos en el proceso concursal.

Cuando la norma concursal se ha referido a los contratos, los autores han señalado que existe *“un principio o regla general contenido en el artículo 61.2 LC, donde se declara el mantenimiento de los contratos en vigor a pesar de la declaración de concurso; así el citado precepto indica que “la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte”. Por lo tanto, debe entenderse que, a pesar de la declaración de concurso, todos los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen en vigor*⁷⁰⁴.”

En interpretación de los artículos 61 y 62 de la LC en referencia a contratos con obligaciones recíprocas, contratos de tracto único y contratos de tracto sucesivo y la posibilidad de resolver los mismos, ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo⁷⁰⁵.

Extractando las referencias que a nuestro estudio interesan y conforme a dichas sentencias resultaría:

- a) El artículo 61.2 de la Ley Concursal dispone que *“[l]a declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte”* y añade que *“[l]as prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”*. De forma paralela el artículo 84.2 dispone que *“[t]endrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: (...) 6º Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso...”*. Ahora bien, ni la Ley Concursal ni el Código Civil definen qué debe entenderse por “obligaciones recíprocas”, limitándose este a mencionar las “prestaciones recíprocas” en el artículo 1120, las “obligaciones recíprocas” en el 1100 y el 1124 y la reciprocidad de intereses” en el 1289, lo que ha dado lugar a que en ocasiones con frecuencia se identifiquen las recíprocas con las que dimanar de contratos “onerosos”, de los que derivan prestaciones a cargo de ambas partes. La jurisprudencia, sin embargo, ha diferenciado entre el “sinalagma genético”, referido al momento en el que se perfecciona la relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como

⁷⁰⁴ CERVERA MARTINEZ M, <<Efectos del concurso sobre los contratos>> en *Derecho Concursal*, BELTRÁN E/NIETO C (dirs) Valencia 2012. , pg. 191.

⁷⁰⁵ STS de 9 de febrero de 2013. STS 110/2013 - ECLI:ES:TS:2013:110.STS 24 de julio de 2013. STS 4091/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4091. Sentencias TS 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo. STS de 24 de marzo de 2014. STS 1105/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1105

contravalor o contraprestación y el "sinalagma funcional" en el que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, sin perjuicio de las excepciones que imponen los usos del tráfico o el pacto⁷⁰⁶. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor⁷⁰⁷".

- b) Los efectos que sobre la vigencia de este contrato produjo la declaración de concurso vienen regulados en el art. 61.2 LC, respecto a la consideración de crédito contra la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, y en el art. 62.1 LC, en relación con la imposibilidad de instar la resolución del contrato si se trata de un contrato de tracto único cuyo incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso. El art. 62.1 LC, para aquellos casos en que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, regula los efectos de la declaración de concurso sobre la facultad de resolución del contrato. Para ello distingue según el contrato sea de tracto único o sucesivo. Al margen del acierto o desacierto que pueda haber supuesto la opción legislativa por esta terminología, hemos de dotar de contenido a estas categorías para contribuir a una adecuada interpretación del precepto. La distinción determinará, en función de cuándo se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, en relación con la declaración de concurso, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución una vez declarado el concurso. En las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, con ocasión de una controversia sobre la resolución de sendos contratos de suministro de energía eléctrica, no dudamos en calificar aquellos contratos de "contratos de tracto sucesivo". En aquellas sentencias partimos de una caracterización doctrinal de los contratos de tracto sucesivo, como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de

⁷⁰⁶ En este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 1979 se refiere "al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica (de las obligaciones recíprocas)", la de 14 de mayo de 1982 al "contrato sinalagmático (con sinalagma genético y funcional) en el que se pactaron obligaciones recíprocas ligadas por un nexo de interdependencia", la 1033/1994 de 18 de noviembre, reiterada en la 814/2007, de 5 de julio afirma que "las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genérico en cuanto una atribución obligacional debe su origen a la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente"; la 458/1996, de 8 de junio, al "sinalagma funcional", la 1194, de 9 de diciembre de 2004, reiterada en las sentencias 168/2010, de 30 de marzo, 108/2011, de 10 de marzo y 132/2011, de 11 de marzo, sostiene que "las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia.

⁷⁰⁷ Una valoración de ello en mi estudio <<Sinalagma y concurso de acreedores: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 9 de enero de 2013 sobre el swap y el RD 5/2005>>. *Diario La Ley*, Nº 8057, 2013

autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes". De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato. Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento.

- c) En relación a los artículos 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos señala que si bien como precisa la Audiencia no es lo mismo "rehabilitar" contratos resueltos que "impedir" la resolución de los vigentes, responden a una misma idea: la necesidad de que la masa -en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución- responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto y responde a la exigencia de "garantías" a las que se refiere la Exposición de Motivos "en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento".

En materia contractual hemos igualmente de tomar en consideración lo previsto en el RDL 5/2005⁷⁰⁸ al que la normativa reformadora de 2014 hace expresa referencia. Ciertamente el RDL 4/2014 y la Ley 17/2014 se refieren a este señalando en su exposición de motivos que "[d]ebe recordarse que las modificaciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal introducidas en esta Ley se circunscriben exclusivamente a su ámbito de aplicación y, por lo tanto, la legislación especial seguirá rigiendo el concurso de entidades financieras y sus situaciones preconcursales. Adicionalmente, quedan a salvo, entre otras, las previsiones del Capítulo II del Título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública." En tal sentido el Tribunal Supremo se pronunció sobre ello en la ST de 29 de junio de 2012⁷⁰⁹ señalando que la

⁷⁰⁸ Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. BOE» núm. 62, de 14/03/2005

⁷⁰⁹ Sentencia T.S. 373/2012 (Sala 1) de 20 de junio

norma constituye “*norma especial aplicable a las entidades de crédito - según el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003 - y que traspuso la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. Y, en particular, el artículo 15, apartado 4, del mismo, que establece que el derecho de ejecución separada de la garantía, ejercitado en el caso por la acreedora ahora recurrente, no resulta limitado, restringido o afectado, en cualquier forma, por la apertura de un procedimiento concursal de la deudora pignorante*”⁷¹⁰.

Con respecto a la compensación la STS de 25 de octubre de 2007⁷¹¹, declara que «[e]l silencio normativo sobre la procedencia de admitir la extinción en la cantidad concurrente de dos obligaciones, cuando el deudor en una es acreedor en la otra y una de las partes de la compensación ha sido declarada en quiebra [...], suplido por el artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio -que prohíbe la compensación de créditos y deudas del concursado, salvo que sus requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso-. Ello motivó una jurisprudencia opuesta a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales - sentencias de 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 11 de julio de 2005-, en defensa de una “par condicio” que puede resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor “in bonis”.»

La STS 687/2011⁷¹², de 11 de octubre, parte de una declaración judicial- en sede concursal- de resolución (en aplicación de la norma del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley 22/2003, de 9 de julio), de la cesión de créditos que convinieron, antes de ser declarado el concurso de [...], SAD, esta sociedad, como cedente, y su acreedora, Agencia Estatal de la Administración Tributaria, como cesionaria. [...] Señala a tal efecto que – incluso superando la dificultad que representa calificar como recíproca la relación nacida de la cesión entre cedente y cesionaria –, no se cumple la exigencia del artículo 62, apartado 2, de la Ley 22/2003, consistente en que las obligaciones estuvieran pendientes de cumplimiento por las dos partes. En efecto, aunque se entendiera - extrayendo consecuencias posibles de lo que no consta - que Agencia Estatal de la Administración Tributaria, al admitir la cesión, aceptó modificar el régimen de exigibilidad de su crédito, dicha novación o efecto se habría ya producido. Por lo tanto esa cesión habría operado y no se podría producir la resolución concursal.

En relación a diversas figuras e instituciones contractuales el Tribunal Supremo se ha venido pronunciando a lo largo de estos años⁷¹³. Nos interesa destacar aquí algunas de ellas que pueden ser objeto del acuerdo:

- a) El Tribunal Supremo ha venido entendiendo que, por el contrato de descuento, se produce la transmisibilidad de los créditos representados por los efectos o títulos descontados, de modo que la titularidad es adquirida por la entidad descontante (SS de 24 de junio y de 19 de diciembre de 1986; de 12 de diciembre de 1987; de 11 de junio de 1993; 655/2001, de 28 de junio; 450/2004, de 2 de junio; 73/2006, de 10 de

⁷¹⁰ A propósito de ello vid mi trabajo, << Ingeniería financiera y derecho concursal >> RdCP, Nº. 6, 2007, pgs. 195-277

⁷¹¹ STS de 25 de octubre de 2007, RC n.º 4356/2000,

⁷¹² RC n.º 1457/2008

⁷¹³ Una referencia de ellas se puede encontrar en DE VIVERO DE PORRAS, C, << Figuras e instituciones de derecho concursal > en *Guía Práctica del Proceso Concursal* 2015. Sepin 2014.

febrero; 970/2006, de 5 de octubre; 1292/2007, de 10 de diciembre; 260/2008, de 15 de abril). La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de diciembre de 2011; Pte.: Corbal Fernández, Jesús afirma, en un supuesto concursal, que *“Mediante el contrato de descuento se produce la transmisión al descontante de los créditos representados por los efectos o títulos descontados. En virtud de ello, la entidad descontante no tiene que devolver el importe de los efectos cobrados por ella tras el concurso de los deudores de la concursada, tiene un crédito contra la masa por el importe de los efectos descontados que la descontataria cobró también de los respectivos deudores, y en cuanto a los efectos incobrados, la entidad descontante es titular de un crédito concursal ordinario”*.

- b) Sobre el factoring se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.^a, de 30 de septiembre de 2013:⁷¹⁴ *“(…) Conforme a todo lo expuesto, si se concluye que el contrato celebrado entre las partes fue exclusivamente un contrato de factoring propio o sin recurso y las actuaciones de la sociedad recurrente se limitaron a la gestión y cobro de los créditos cedidos, efectivamente no podría hablarse siquiera de que su actuación fuera constitutiva de compensación en sentido legal (el de los artículos 1.195 y ss. del Código Civil) y, por tanto, no resultaría de aplicación la previsión del artículo 58 de la Ley Concursal. Y para ello resulta determinante establecer si los pagos a cuenta que, en virtud de lo pactado, realizaba «F» a «G» eran simples anticipos que en nada afectaban a la naturaleza de la cesión de créditos, o por el contrario suponían un segundo elemento obligacional en el contrato, que se superpondría al factoring, implicando también otro pacto de financiación. La defensa de la concursada y la administración concursal consideran que junto con el pacto de cesión de créditos propio del factoring existía un acuerdo de financiación porque así se deduciría de la cláusula 6.^a del contrato, en particular sus apartados 4, 5, 6, 8 y 10. Sin embargo, a criterio de este tribunal, la lectura de tales estipulaciones no lleva a dicha conclusión, por las siguientes razones: a) según la cláusula 6.4, las entregas parciales únicamente tendrán la consideración de pagos a cuenta de los créditos cedidos; es decir, no suponen una modalidad de financiación diferente a la que ya entraña por sí mismo el factoring, sino simplemente un modo de hacer efectivo el pago de la transmisión de créditos, aunque el anticipo conlleve un interés (del mismo modo que, por ejemplo, el aplazamiento del pago del precio de una compraventa no la convierte en una venta a plazos); es decir, el factoring «con anticipo» no deja de ser una modalidad de cesión de créditos, no altera su naturaleza jurídica y no implica la superposición de otra figura diferente de contrato de financiación (así se deduce del artículo 2 de la Convención Unidroit sobre el Factoring Internacional); b) dicha posibilidad de realizar el pago de los créditos cedidos tras su cobro o mediante anticipos tenía reflejo contable en dos cuentas: la cuenta de cartera de créditos cedidos y la cuenta de financiación, las cuales funcionaban entre sí en régimen de cuenta corriente, por lo que las anotaciones concurrentes no pueden calificarse como compensaciones*

⁷¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.^a, de 30 de septiembre de 2013; Pte.: Vela Torres, Pedro José:

en sentido jurídico, sino únicamente como reflejo contable de las distintas posiciones acreedoras y deudoras que conlleva todo sistema de cuenta corriente; c) es cierto que la redacción de los apartados 8 y 10 de la tan mencionada cláusula 6.^a puede inducir a confusión, puesto que mencionan la posibilidad de que el cedente («G») pudiera ser deudora del factor («F»), pero ello no tiene las consecuencias sobre la existencia de un segundo pacto de financiación que se pretenden en la demanda incidental y en el recurso, sino que es la expresión más o menos afortunada del régimen de cuenta corriente antes indicado”.

- c) Sobre la apertura de crédito la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.^a, de 23 de marzo de 2012⁷¹⁵; *“En tal supuesto, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito quedaría sustraída de la prohibición legal, porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto, quedando sometida la relación, como concluye el Sr. magistrado, al régimen de los contratos pendientes de ejecución (art. 61 LC), ya que la administración concursal y la concursada optaron por la vigencia de la relación crediticia tras ser declarado el concurso, sin que el banco anticipara el vencimiento”*.
- d) En materia de permutas (swaps) la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 10 de julio de 2014 señaló recientemente⁷¹⁶: *“El Tribunal de apelación, según se indicó, calificó el crédito de la única recurrente a la luz del artículo 16, apartado 2, del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, en la redacción modificada por la Ley 16/2009. Por ello, las infracciones que constan denunciadas en los respectivos epígrafes de los dos motivos del recurso de casación, en cuanto referidas a la versión resultante de la reforma producida por la Ley 7/2011, no pueden entenderse producidas. No obstante, también denuncia la recurrente —en el motivo primero— la infracción de aquella norma, por no haber sido aplicada, en lugar de ella, la del artículo 61, apartado 2, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, con lo que ofrece otro punto de vista del problema, merecedor de la siguiente respuesta autónoma. Como se ha repetido, las relaciones contractuales litigiosas —entre ellas, la que tiene por parte a la entidad ahora recurrente— fueron resueltas en la primera instancia en interés del concurso y no por un incumplimiento de la concursada, que es a lo que atiende la norma del apartado 4 del artículo 62 de la Ley 22/2003 —a la que remite la del artículo 16, apartado 2, del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, en la redacción modificada por la Ley 16/2009— a los fines de procedencia de una u otra calificación. La norma del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley 22/2003, que es la que debió haber sido aplicada, dispone que, si no hubiera acuerdo en cuanto a la resolución en interés del concurso y sus efectos, el juez decidirá acerca de aquella y de estos, acordando, en su caso, las restituciones que*

⁷¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.^a, de 23 de marzo de 2012; Pte.: Pinazo Tobes, Enrique

⁷¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 10 de julio de 2014; Pte.: Ferrándiz Gabriel. Vid su anterior referencia en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de enero de 2013; Pte.: Gimeno-Bayón, Rafael

procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Así lo hizo, en el caso enjuiciado, el juez del concurso y, tras considerar las relaciones contractuales como propias del tipo a que se refiere dicha norma, calificó el derecho a las restituciones e indemnizaciones de que es titular la ahora recurrente como crédito contra la masa, en aplicación de la mencionada norma, puesta en relación con la de la regla sexta del apartado 2 del artículo 84 de la misma Ley. La norma aplicada por el Tribunal de apelación para modificar la calificación —esto es, la del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 16 del Real Decreto-Ley 5/2005, en la redacción dada por la Ley 16/2009—, se remite —al referirse a la resolución con posterioridad a la declaración de concurso— a la del artículo 62, apartado 4, de la Ley 22/2003, la cual no es aplicable al caso, porque atribuye carácter determinante a un dato —el consistente en que el incumplimiento fuera anterior o posterior a la declaración del concurso— que carece de utilidad cuando la resolución se ha declarado en interés del concurso. Procede, en conclusión, casar la sentencia recurrida y declarar conforme a derecho —dados los condicionantes al principio expuestos— la calificación atribuida al crédito de la única recurrente en la sentencia de primera instancia”.

4.3. Efectos de la declaración de concurso en los acuerdos de refinanciación.

Pues bien, partimos de un acuerdo de refinanciación que nova los contratos o negocios existentes y arrastra a otros acreedores a partir de un determinado momento (cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos y homologación) en protección de la viabilidad de la empresa. El citado acuerdo estará o no vigente y declarado o no su incumplimiento en los términos que hemos señalado en el capítulo anterior y producirá los efectos de “ultraactividad” que conforme hemos visto defienden los autores.

Si se ha producido la resolución del acuerdo y con ello la desactivación de los efectos de la homologación⁷¹⁷ (y tanto se hayan producido o no inicio de ejecuciones singulares) el planteamiento derivado de la adicional cuarta en nada modula un trato diferente a los que se derivan de la declaración de concurso de acreedores para otros contratos. Otra cuestión diferente es el mismo hecho de cómo hayan quedado dichos negocios (originales y novados mediante el acuerdo) a lo que ya hemos hecho referencia.

Cuestión diferente es la afectación de las obligaciones de cumplimiento que subsistan tras esa declaración de concurso en relación al acuerdo o la calificación de los créditos, la situación de los contratos (del acuerdo en sí mismo) y de la posibilidad de declaración de incumplimiento del mismo y su resolución. Sin embargo debemos señalar que existen, a tal respecto tres posiciones:

⁷¹⁷ PULGAR EZQUERRA J, *Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación*. La Ley 2012. Pg. 506.

- a) Como ya señalamos algunos autores⁷¹⁸ han considerado que el acuerdo de refinanciación es un negocio atípico y tan solo regula un régimen de protección frente al sistema de reintegración en caso de que el deudor sea finalmente declarado en situación legal de insolvencia⁷¹⁹. Dicho análisis, sin embargo, se produce en el año 2013 y con anterioridad a la introducción del régimen de ejecución que ahora prevé la norma.
- b) La segunda es considerar que no es así puesto que lo que regula la norma es bien la posibilidad de solicitar la declaración de concurso o la posibilidad de ejecución singular al margen de ello con las matizaciones que hemos señalado en el capítulo anterior.
- c) Una tercera es la ya estudiada y defendida por la doctrina⁷²⁰ en tanto a considerar que las opciones b y c del apartado once de la adicional solo pueden ser consideradas dentro del marco concursal y por tanto como consecuencia de este.

Dependiendo por tanto de cual sea la postura que defendamos los efectos de la declaración de concurso determinarán el destino hacia uno u otro lado (ejecución separada o afectación) pero en cualquiera de los supuestos los criterios concursales se imponen en los mismos términos que hemos señalado en el apartado anterior. De hecho la protección frente a la reintegración que señala la norma no deja de ser una previsión (posteriormente se le añaden otros efectos) en relación al posterior concurso y por ello confirmando que las normas y reglas de la situación de insolvencia se aplican aunque se matizan respecto de dichos supuestos. Estas excepciones están previstas en la norma y por tanto a ellas deberíamos estar.

5. La protección del crédito en los acuerdos homologados tras la declaración del concurso.

Dentro de las excepciones concretas a las que nos hemos referido anteriormente nos encontramos con supuestos de aportación de liquidez suficiente para superar esa situación de insolvencia. No se trata solo de medidas de condonación de deuda sino de posibilitar la viabilidad desde la nueva financiación o utilizando los instrumentos de refinanciación que se novan. A tal efecto debemos distinguir tres apartados:

5.1. Fresh money en los acuerdos homologados.

La posibilidad de facilitar la continuidad de la empresa parte de la reestructuración de deudas, por un lado, y de la viabilidad conseguida en el ámbito de la gestión desde una posición de pasivo saneada. En definitiva se trata de favorecer el proceso de generación que nos va a permitir poder cumplir

⁷¹⁸ En este sentido los Capítulos V y VI de GARCÍA CRUCES JA (Dr.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*. Bosch 2013.

⁷¹⁹ ARÁ TRIADU C, << El contenido del acuerdo (I)>>. En AAVV García Cruces (Dr.) *Los acuerdos de refinanc...* op. Cit. pg. 133.

⁷²⁰ CARRASCO PERERA A, CORDÓN MORENO F, <<Ejecución de garantías reales tras el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado en la disposición adicional 4.ª de la Ley Concursal tras la modificación producida por el RDL 4/2014>> *Diario La Ley*, Nº 8322, Sección Tribuna, 30 de Mayo de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY

con las obligaciones preexistentes y atender las nuevas obligaciones que nos permitirán cumplir con dicho objetivo.

Será posible plantear una reestructuración desde la financiación existente y a través de la refinanciación en tanto module o determine obligaciones a cumplir que con la misma quedan perfectamente asumidas en el ámbito normal de crecimiento de una empresa. A su vez y en otras la facilitación de la viabilidad no solo conlleva refinanciación sino un pequeño empujón (nudge) mediante nueva financiación que se reestructura junto a la deuda antigua en esa previsión viable que ha de acompañarse.

Pero el planteamiento siempre ha sido el mismo: ¿ Quién va a querer financiar a una empresa en serias dificultades de subsistencia con la amenaza de una posible situación concursal sujeta estrictamente a la par *conditio creditorum*?. Junto a ello la inseguridad jurídica de múltiples y contradictorias resoluciones judiciales que han venido aplicando ese régimen de nueva financiación no como un favorecimiento en interés del deudor sino como un intento de conseguir posiciones aventajadas dentro del marco de los instrumentos que hayan podido utilizarse para ello.

El legislador toma consciencia de ello y por lo tanto introduce y va desarrollando nuevos supuestos que excepcionan la norma concursal con el fin de favorecer a quienes financian que así lo sigan haciendo. Con ello se otorgan ventajas importantes de protección porcentual de su crédito como crédito contra la masa o privilegiado, en un primer momento, favoreciendo el régimen de ejecución separada, en otros y estableciendo un régimen transitorio (motivado por la situación de crisis económico-financiera) durante los dos años siguientes a la publicación de las citadas normas más ventajoso.

Sin embargo y como veremos el legislador toma esa consideración movido por ideas básicas desde mi punto de vista erróneas:

- Por un lado porque establece un régimen transitorio creyendo que transcurrido el mismo la situación que entiende de normalidad hará que no sea necesario un sistema que no considera ideal. En este caso porque parte de relaciones de hecho o vinculadas que (tal y como ya lo hacía con el artículo 122 LC en relación al mercado de créditos) le parecen- contra nuestro más tradicional principio de presunción de la buena fe- indiciariamente fraudulentas.
- En segundo lugar porque elude la situación concursal en relación al efecto que pretende lograr con dichas medidas; es decir considera que con una simple calificación o clasificación (e incluso con un régimen temporal) la deuda se cobrará (y se cobrará antes) en situación de insolvencia, cuando lo normal será precisamente lo contrario.
- En tercer lugar porque el legislador elude discernir entre lo que es la mejor opción de los acreedores (BATNA- *Best Alternative To a Negotiated Agreement*-) que normalmente y en nuestro sistema se deriva hacia la garantía hipotecaria⁷²¹; y por otro lado el nuevo sistema de financiación hacia el que ha ido paulatinamente cambiando el system bank arraigado en nuestra economía.

⁷²¹ GARCÍA-POSADA M Y JUAN S. MORA-SANGUINETTI, << El uso del concurso de acreedores en España>> *BOLETÍN ECONÓMICO* del Banco de España, Diciembre de 2012. <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/12/Dic/Fich/be1212-art3.pdf>

Desde las anteriores perspectivas hemos de considerar los datos estadísticos de que disponemos (Fuente INE). Utilizamos para ello diferentes datos:

- En primer lugar las fuentes de financiación (prestamos financieros) entre 2007 y 2010.

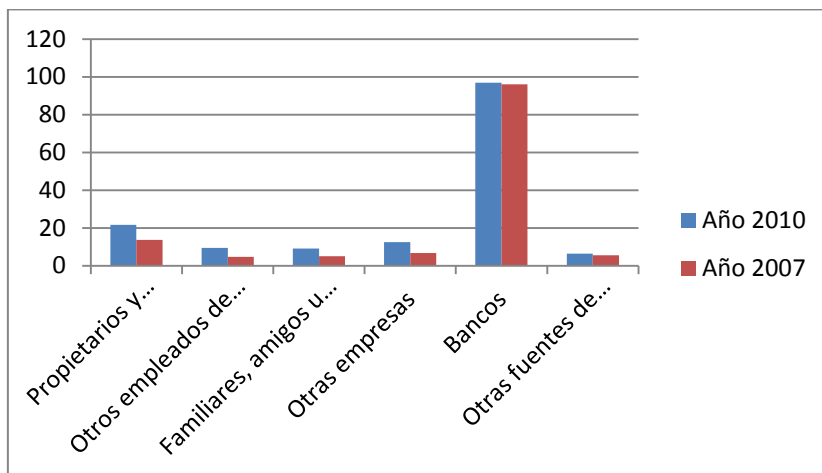
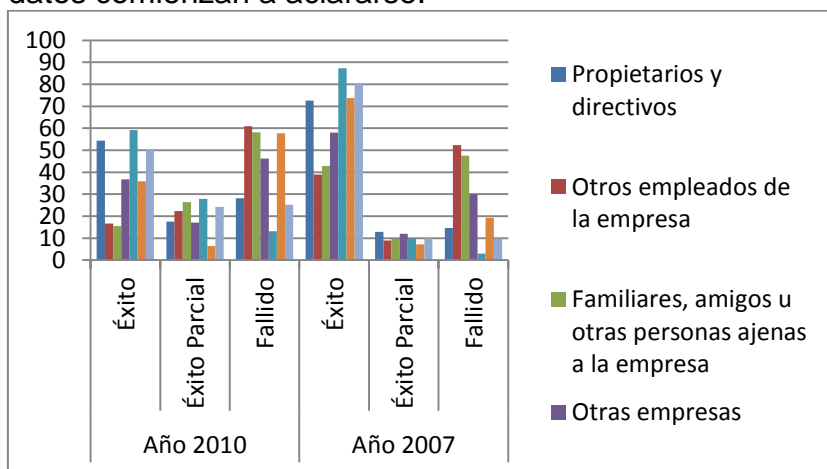


Gráfico 1.

El sistema, como vemos, se fundamenta esencialmente en financiación bancaria si bien se ve una tendencia al alza en el resto de los supuestos.

Si atendemos a grado de éxito en la financiación (total, parcial y fallido) los datos comienzan a aclararse:



Como se puede comprobar el grado de éxito total disminuye en el ámbito 2007-2010 en favor, esencialmente, de lo fallido. Es decir se concede menos financiación en dicho periodo mostrando una tendencia a sustituir la financiación total por una financiación parcial que completaría el sistema y aumentando el fallido.

Si solo cogemos la financiación bancaria tenemos una disminución tanto de las operaciones de éxito total como parcial.

	Año 2010			Año 2007		
	Éxito	Éxito Parcial	Fallido	Éxito	Éxito Parcial	Fallido
Bancos	59,1	27,8	13,2	87,3	9,7	3,0

Si consideramos el resto de la financiación también podemos ver como se produce una importante disminución pero no tan importante como en la bancaria.

	Año 2010			Año 2007		
	Éxito	Éxito Parcial	Fallido	Éxito	Éxito Parcial	Fallido
Propietarios y directivos	54,3	17,5	28,2	72,6	12,8	14,6
Otros empleados de la empresa	16,7	22,3	60,9	38,9	8,9	52,3
Familiares, amigos u otras personas ajenas a la empresa	15,4	26,4	58,2	42,8	9,7	47,5
Otras empresas	36,8	17	46,2	58	12	30
Otras fuentes de préstamos financieros	35,8	6,5	57,7	73,7	7,1	19,3
TOTAL	31,8	17,94	50,24	57,2	10,1	32,74

La situación de operaciones de financiación con éxito se distribuyen entre el 59,1% bancario y el 31,8% en otros sistemas en el año 2010, frente al 87,7% y 57,2% en 2007.

Las razones que las entidades de crédito señalaron para la denegación de la financiación se estructuran de la siguiente forma:

	Año 2010	Año 2007
Razones proporcionadas por los bancos y otras fuentes de financiación: Baja calificación de su solvencia financiera	31	32,8
Razones proporcionadas por los bancos y otras fuentes de financiación: Falta de capital propio	10,6	17,9
Razones proporcionadas por los bancos y otras fuentes de financiación: Garantías o avales insuficientes	32,5	29,7
Razones proporcionadas por los bancos y otras fuentes de financiación: Proyectos arriesgados o con insuficientes garantías de éxito	7,7	6
Razones proporcionadas por los bancos y otras fuentes de financiación: Demasiadas deudas o préstamos en vigor	31,9	29,7
Razones proporcionadas por los bancos y otras fuentes de financiación: No proporcionaron ninguna razón	29	29
Razones proporcionadas por los bancos y otras fuentes de financiación: Otras razones	12,9	12,5

Aunque en líneas generales se mantienen salvo los supuestos de falta de capital propio y ligeramente avales, un análisis de estos últimos nos puede dar una solución más acertada de ello. En el año 2010 se requirieron avales por el 58,2% frente a 2007 en un 52,8%. Esos avales fueron prestados esencialmente por la propiedad de la empresa y directivos:

	Año 2010	Año 2007
Propietarios y directivos de la empresa	86,4	86,9
Familiares, amigos u otras personas ajenas a	3,2	2,1

la empresa		
Otras empresas	12,5	14
Sociedades de garantía recíproca	5,7	2,6
Otros sistemas de garantía	1,5	1,2
Otros avalistas	5,3	5,8

De esta forma vemos como existe una tendencia importante a que sean los propietarios, directivos, familiares y sociedades del grupo los que asuman el riesgo de las operaciones, prefiriendo un sistema de garantías externas.

La financiación de capital sigue el mismo sistema y tendencia:

	Año 2010	Año 2007
Accionistas ya existentes	43,6	34
Directivos no accionistas	17,3	4,3
Otros empleados de la empresa	15,6	5,5
Fondos de capital riesgo y business angels	15,9	4,9
Familiares, amigos u otras personas no mencionadas anteriormente	19,8	4,4
Oferta Pública Inicial u otras ofertas al mercado de valores	8,7	1,4
Bancos	73	83,9
Otras instituciones financieras	10,2	6
Otras empresas	13,4	4,9
Administraciones públicas y otras fuentes de financiación de capital	12,3	4,8

Conforme al estudio realizado por el Banco de España⁷²² existe una importante relación entre el otorgamiento de garantías reales y la reducción de la probabilidad de acudir a concurso. A partir de ello y en comparativa con otros países de nuestro entorno que se toman como referencia (en sistema anglosajón y latino) el resultado es una reducción en torno al 35% en España frente a un 5 % en UK. Vemos pues como el sistema español de financiación bancaria exige en cualquier caso una financiación que se fundamenta en la existencia de garantías reales y , conforme a lo anterior, garantías externas personales que prestan personas vinculadas a la empresa. Y que esta financiación muestra una tendencia a disminuir en el sistema bancario frente al aumento de otros sistemas de financiación por personas vinculadas.

Tomando en consideración, por otro lado, la financiación a muy corto , el número de efectos impagados en el sistema bancario ha ido disminuyendo desde 533.147 (por cuantía de 811,74 millones de euros) en 2002 hasta 201.418 (por cuantía de 274,76 millones de euros) en septiembre de 2014).

El legislador era consciente de la necesidad de financiación de la empresa y por tanto de la directa relación entre esta falta de financiación y la falta de viabilidad de la misma pues en aquella se había fundamentado nuestro sistema. Conforme había ido disminuyendo la financiación bancaria la misma

⁷²² GARCÍA POSADA M, MORA-SANGUINETTI, JS. <<El uso del concurso de acreedores>>, op. Cit. 27.

se iba parcialmente sustituyendo por financiación privada de personas relacionadas con la empresa.

Lo primero hace que en 2011 se apruebe un sistema de incentivos a la refinanciación para asegurar de las entidades financieras que destinarían dinero a estas partidas. Se modifica el sistema de calificación para permitir que al menos un porcentaje del dinero nuevo fuera a crédito contra la masa en caso de concurso. Posteriormente y ya en 2014 el sistema se perfecciona, conforme vamos a ver para asegurar no solo esto sino también preferencias de cobro en relación a lo que estamos viendo respecto de los procesos de refinanciación.

La asignatura pendiente la constituían la posibilidad de eliminar quebranto en relación a los créditos que derivaban del concurso de acreedores y para ello primero se modifica, en 2011, el artículo 122 LC para permitir el negocio sobre los mismos siempre que el adquirente fuera una entidad financiera y posteriormente ampliable a todos los supuestos salvo personas vinculadas.

Estas últimas han sido, son, las principales marginadas de todo este sistema aún a pesar de estar soportando (a pecho descubierto) gran parte del problema. Para ello el legislador ha previsto un sistema transitorio, durante dos años, en donde se les va a permitir tener esas mismas preferencias que otros financiadores; se trata de un incentivo que se visualiza desde una situación “ anormal” de crisis económico-financiera de las empresas y no desde la normalización de la situación en adecuación al nuevo sistema de financiación que ha surgido y que se irá imponiendo ante el cierre del mercado crediticio y la grave e importante afectación del sistema financiero internacional.

5.2. Calificación de los créditos.

5.2.1. Introducción. Régimen general.

El apartado 11 del artículo 84.2 LC, dedicado a los supuestos de créditos contra la masa pagaderos a su vencimiento y de carácter preferente en un supuesto concursal, recoge que durante la tramitación del concurso esa preferencia lo será por:

1º. El cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta.

2º. No obstante 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.

3º. Con una redacción no adaptada al sistema normativo actual el 91.6º LC recoge la forma en la que quedaría el otro 50%: Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa tendrán la consideración de créditos con privilegio general.

Del cambiante desarrollo legal de los dos últimos años de los artículos 92.5º en relación, en lo que aquí concierne, al apartado segundo del artículo 93.2 LC

resultará que no serán subordinados los créditos ,diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad , de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican con la excepción de créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario. Nos remite por tanto al siguiente precepto en donde se recoge , al referirse a personas especialmente relacionadas, que no lo serán los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Como incluye también entre estas a administradores de hecho la norma excepcionará en el mismo sentido a los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.

Por lo tanto y de lo anterior el resultado sería:

- a) Los créditos concedidos en relación a un plan de refinanciación se distribuyen en dos tramos; uno de un 50% para considerarlos créditos contra la masa y el otro cincuenta por ciento como privilegiado general.
- b) Si esos créditos han sido realizados por personas especialmente relacionadas no se subordinará el crédito pero no se otorga la preferencia del 50% de créditos contra la masa.
- c) En supuestos de administración, de derecho o de hecho, o liquidadores y apoderados generales no se considerarán, salvo prueba en contrario, que sean personas especialmente relacionadas siempre que hubieran suscrito el acuerdo de refinanciación.

Pero en la evolución del precepto debemos distinguir un antes y un después al RDL 4/2014 que se pone de manifiesto con su tramitación parlamentaria y la Ley 17/2014. Si comprobamos esto descubrimos que la referencia que hoy se recoge en el artículo 93.2.2º LC antes venía recogida en el 92.5º LC. La conjugación de ambos preceptos nos lleva a situaciones absurdas si no pasan por considerar que la excepción será que si capitalizas no quedarás subordinado conforme a la regla que así lo recoge ahora en el nuevo precepto y al margen de lo que afecte a los créditos nuevos. Y ello ya se trate de créditos, de préstamos o análogos, de administradores de hecho o de derecho y de situaciones comprendidas o no en el ámbito de los porcentajes que el artículo 93.1º y 3º LC establecen.

5.2.2. Nuevos ingresos de tesorería.

Desde una perspectiva contable la menor o mayor liquidez (o realizabilidad) situada en el lado izquierdo del balance determinaría la Tesorería como el dinero líquido que la empresa tiene en caja o bancos e instituciones financieras incluyendo inversiones financieras a corto plazo de gran liquidez (57...). Desde su relación con el fondo de maniobra (rotación) es la diferencia entre la parte del capital que tiene la empresa que no está dedicada a financiación del inmovilizado y por tanto disponible para financiar el ciclo productivo (fondo de maniobra existente) y las necesidades reales del ciclo productivo de la empresa (fondo de maniobra que se necesita). Desde ahí podemos señalar que la misma mejorará bien por una disminución de los fondos de maniobra que necesitamos o bien por un incremento en el fondo de maniobra que efectivamente posee la empresa. La diferencia entonces entre el activo corriente y el pasivo corriente o, desde otra perspectiva, la diferencia entre el pasivo no corriente y el activo no corriente nos determina cual es este fondo de rotación. Su mejora es buscada en el marco de los acuerdos bilaterales o plurilaterales (71 bis 2 LC) como exigencia en ambos supuestos.

Hablar de nuevos ingresos de tesorería requiere partir de un concepto jurídico del objetivo pues de otra forma es posible que se mejore la tesorería, como hemos visto, con otros instrumentos.

Se trata por tanto de algo nuevo (nuevo ingreso) entendido como nueva aportación a la financiación diferente a aquella que ya se tenía bien se instrumente en una ampliación de la existente o bien a través de nuevos productos.

Se trata de ingresos en sentido jurídico y no contable. En tal sentido ingresos y cobros son dos conceptos distintos. El primero hace referencia a operaciones que incrementan el valor patrimonial de la empresa y el segundo hace referencia al hecho de recibir una remesa monetaria. Un préstamo, por ejemplo, es un cobro pero no un ingreso dado que lo tendremos que devolver.

La referencia a tesorería lo es también por referencia jurídica a la liquidez y no a la partida contable en donde se recoge o a la naturaleza del instrumento que se utilice. Se pretende un cobro que podrá ser instrumentado en una o varias partes, condicionado o no a determinados hitos y que doten de capacidad a la empresa para atender sus necesidades del fondo de rotación. En definitiva se relaciona con el puntual y regular cumplimiento de sus obligaciones de pago.

No establece la norma la posibilidad de delimitar un destino o control sobre ello pero nada impide por otro lado que este pueda estar vinculado, soportado o condicionado en virtud de los acuerdos concretos a que hayan llegado las partes.

Si analizamos el contenido del posible acuerdo existente en los supuestos de refinanciación ninguno de los apartados del 71 bis o de la adicional cuarta hace referencia a ello. Se trata de acuerdos posibles, como hemos visto, dentro del marco de libertad contractual (art. 1255 C.c) dentro del ámbito original del contrato y que por tanto (y la redacción de la presente norma lo confirma) podrán estar protegidos en la misma forma que la totalidad del acuerdo. Estos podrán afectar tanto a esos como a los supuestos de adhesión si bien con las matizaciones que veremos. No podrán afectar a supuestos de arrastre dado que la norma no los recoge como tal.

La doctrina⁷²³ los ha definido conforme a lo siguiente: “Aunque esta categoría de créditos resulta un tanto indefinida en sus contornos, puede afirmarse que la Ley quiere referirse a los nacidos de aquellas operaciones de financiación que se traducen en un incremento real de los recursos líquidos disponibles por el deudor. De tal modo que quedarían excluidos de este específico régimen los créditos que puedan surgir vinculados a formas de financiación que no supongan nuevas entradas de efectivo en el patrimonio del deudor refinanciado (luego concursado): quitas, conversión de pasivo en capital, aplazamientos, sustitución de unas obligaciones por otras en condiciones diferentes... Las enunciadas, y otras diferentes, constituyen, sin duda, medidas que pueden mejorar la situación financiera del deudor y posibilitar la continuidad de la actividad empresarial, pero que no constituyen verdaderas aportaciones de fondos líquidos adicionales –de «dinero nuevo»–.”

El sistema, como hemos visto, se ha limitado a aportaciones nuevas dinerarias (o asimiladas muy a corto) excluyendo cualquier otro supuesto; de forma diferente el derecho francés incluye otros supuestos como pueden ser las de financiación de bienes y servicios o incluso su aportación⁷²⁴ y el derecho italiano se extiende a todos los supuestos⁷²⁵.

5.2.3. Capitalización de deudas y exclusión de personas relacionadas. Aplicación a todo o parte de la deuda.

La capitalización de deudas, ya vista en el contenido del acuerdo, se estructura en función de dos tipos de mayorías diferentes. De conformidad a ello se recoge con la expresión “conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora”. Ello puede convivir con otros supuestos; es decir podemos pagar parte de la deuda en dicha conversión y parte en otros supuestos. En lo que aquí interesa la norma recoge en el artículo 92 LC los supuestos de créditos subordinados. Partimos de un acuerdo previo a una situación de concurso y lo que hace es prever, en este precepto, como van a quedar calificados los créditos de los acreedores especialmente vinculados. En tal sentido serán créditos subordinados:

Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo 93LC, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican.

Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la Disposición adicional cuarta, no tendrán

⁷²³ DÍAZ MORENO, A. <<Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos >> AdC 33. Septiembre - Diciembre 2014

⁷²⁴ Ley de salvamento de empresas de 26 de junio de 2005. Vid al efecto ROUSSEL GALLE P, *Reforme du droit des entreprises en difficulté para la sauvegarde des entreprises du 26 de juillet 2005* (Litec). Paris 2005.

⁷²⁵ Art 182 quatre de la Ley de Fallimento 78/2010 de 30 de julio. Vid a tal efecto STANGHELLINI L, *Finanzamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, III Fallimento 12/2010, pg. 1346. También CASTIELLO D'ANTONIO, A << Acuerdos de reestructuración: nueva financiación preconcursal y fresh money en Derecho Italiano >> RdCP 15/2011, pp 503.

la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo.

La referencia a *“todo o parte de su deuda”* deja clara la posibilidad que hemos señalado al principio. No obstante todavía quedaría por determinar si esa vinculación se extrae subjetiva u objetivamente; de otra forma dicho si la posible subordinación por ser persona especialmente relacionada se vincula al acreedor o a la deuda. Pues en el primer caso cualquier otro crédito que tuviera dejaría de estar subordinado por esta circunstancia y de ser la segunda posibilidad lo sería solo la parte capitalizada de deuda.

Continuando con el precepto se señala que no tendrán esa consideración de personas especialmente relacionadas *“a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten como consecuencia de la refinanciación otorgada en virtud de dicho acuerdo”*. De esta forma parece que la capitalización de parte de la deuda extiende esa protección al resto del crédito que se determine en el acuerdo. Es decir que la capitalización (forma de pago) hace que cualquier deuda que se refinance en el acuerdo de ese acreedor quedaría fuera de la vinculación señalada, pero no aquella que esté al margen de ello.

La expresión *“acreedores que hayan capitalizado todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación”* también nos lleva a plantearnos si esto se produce exclusivamente respecto de los que lo suscriban o también a los que hayan sido arrastrados y los adheridos. A nuestro entender la referencia a que lo son en cumplimiento del acuerdo conlleva también a estos dos últimos en los mismos términos antes indicados. Y ello aún a pesar de la redacción de la exposición de motivos de las reformas de 2014 en tanto recogen una referencia a quien otorga y no a otros supuestos: *“Lo anterior se complementa con una modificación del artículo 92, que prevé expresamente que quienes hayan adquirido la condición de socios en virtud de la capitalización de deuda acordada en el contexto de una operación de refinanciación, no serán considerados como personas especialmente relacionadas a efectos de calificar como subordinada la financiación por ellos otorgada como consecuencia de dicha operación.”* En este caso la referencia a *“por ellos otorgada”* no delimita un ámbito excluyente a quienes lo han hecho voluntariamente o quienes lo hayan hecho por obligación legal.

5.2.4. Personas relacionadas. ¿Privilegio especial? ¿Suscrito?

Conforme al artículo 93.2⁷²⁶ LC son personas especialmente relacionadas en una persona jurídica deudora declarada en concurso:

1.º Los socios y, cuando éstos sean personas naturales, las personas especialmente relacionadas con ellos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera.

⁷²⁶ Reformado por la redacción dada por el RDL 1/2015 y Ley 25/2015.

2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Con la redacción anterior a 2015 se recogía que salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la Disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad. La nueva redacción recoge que *“[L]os acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.”* Ya hemos analizado la citada norma si bien conviene resaltar nuevamente que nos estamos refiriendo, como se ha dicho, a quienes suscriben y que la referencia de capitalización directa o indirecta lo es por el instrumento societario utilizado (en concreto en relación a grupos); por otro lado cuando señala que no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado lo es en relación a los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo lo que nos lleva o bien a entenderlo ampliamente en relación a todos los créditos , más limitadamente en relación a los créditos que han sido objeto de afectación por la homologación o mucho más en relación al fresh money. Nuestra posición se inclina sobre el segundo de los supuestos dado que hemos partido de la posibilidad de que un mismo acreedor participe en la refinanciación bien por todo su crédito o bien por parte de este en relación a determinados productos o servicios.

3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado.

Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

La referencia de excepción a esos acreedores que hayan suscrito el acuerdo por las obligaciones asumidas por el deudor en relación al plan de viabilidad y por tanto su exclusión, salvo prueba en contrario, de ser administradores de hecho es simplemente un desplazamiento de la carga probatoria que no impide esta consideración. La afectación de un administrador de hecho puede tener mayor relevancia en la fase de calificación. Por lo que aquí se trata la delimitación lo es respecto de sus créditos pero puede tener fuerte incidencia

en el marco de la señalada pieza. Debemos tener en cuenta que el ámbito subjetivo del acuerdo de la adicional cuarta recoge que “[N]o se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en esta Disposición, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta Disposición adicional”. Esto conlleva serios problemas que podemos delimitar:

- a) Por un lado si existe y es posible un tratamiento de esa vinculación a efectos de la certificación que pudiera realizar el auditor.
- b) Por otro la posibilidad prevista (dado que se pueden discutir las mayorías) de impugnación de la homologación y su tratamiento y vinculación a efectos concursales en su caso.
- c) En tercer lugar si la falta de impugnación del acuerdo de refinanciación conlleva, al menos, actos propios indicativos de su aceptación como acreedores que no tienen esa consideración.
- d) En último lugar si ha existido una exclusión inicial o una resolución de impugnación que así lo haya señalado y su vinculación al propio proceso concursal.

Desde nuestro punto de vista esa introducción excluyente de dichos acreedores en el ámbito de las mayorías para la refinanciación resulta inidónea y puede generar una conflictividad contraria a la celeridad que se pretende. En tal caso el ejemplo es el propio convenio anticipado en supuestos concursales. En este caso el artículo 106.1 LC recoge que “[p]ara su admisión a trámite, la propuesta deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase, prestadas en la forma establecida en esta Ley y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor. Cuando la propuesta se presente con la propia solicitud de concurso voluntario bastará con que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo”. La redacción actual parte de la reforma RDL 3/2009⁷²⁷ y supone un avance en el favorecimiento de los posibles convenios anticipados y la evitación del proceso de insolvencia. Con la redacción anterior el pasivo había de conformarse con acreedores ordinarios y privilegiados. En este caso habían señalado los autores⁷²⁸ que el problema de una clasificación que no correspondía al deudor (y menos en el momento inicial del proceso concursal) se salvaba porque el juez sí que conocía esa clasificación que obraba en el concurso de acreedores y que debía comprobar para su admisión a trámite. Pero no es el caso; puesto que para saber finalmente si son, a efectos concursales, créditos subordinados por dicha circunstancia deberíamos estar a su calificación en el concurso. No obstante la anticipación de dicha calificación da lugar a vías abiertas de impugnación, actos consentidos o vías de hecho que tendrán una incidencia externa en el proceso concursal que pudiera plantearse con posterioridad.

⁷²⁷ Se modifica el apartado 1 por el art. 10.6 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo. Ref. BOE-A-2009-5311.

⁷²⁸ ROJO A. <<Comentario art. 106 LC>> en ROJO/BELTRÁN (Dres). *Comentario de la Ley Concursal*. Thomson 2004, pg. 1961.

La reforma que se produce en el artículo 206 LSC por la Ley de 3 de diciembre de 2014⁷²⁹ viene a darnos un concepto de administrador de hecho conforme a lo siguiente: *“A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.”*

El paradigma de esta situación se produce no en circunstancias normales en donde se produce la entrada de un socio inversor que controla la compañía⁷³⁰ sino en supuestos extraños como en la SJM 1 de Málaga de 26 de mayo de 2011⁷³¹. En este caso una entidad financiadora es declarada como tal administradora de hecho desde la fijación de “covenants” de control de la disponibilidad de uno de los créditos a promotor que se habían contratado con la deudora. Quizás ello es lo que determina la voluntad del legislador de dejar claro que la situación de administración de hecho debe quedar excluida en tanto se produce un supuesto de refinanciación y a este le acompañan medidas o pactos de control respecto de la deuda (en un proceso de refinanciación global respecto de la mayor parte de la deuda) consustanciales al mismo. Esa es la referencia entonces que realiza el precepto cuando se refiere a *“..las obligaciones que asuma el deudor en relación al plan de viabilidad”*. Se trata por tanto de posibilitar estos acuerdos y de favorecer pactos de control que no impliquen (incluso en afectación de órganos de dirección) por esa sola razón su consideración de administradores de hecho aunque realmente pudieran así manifestarse en función de la definición que hemos dado.

Esta última cuestión queda, sin embargo, desdibujada en atención a esa referencia iuris tantum de inversión de la carga de la prueba. Tomando en consideración la referencia legal de la nueva redacción de la ley de sociedades de capital que señala, entre otros, que se considerará administrador de hecho a aquella persona *bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*, es evidente que las obligaciones del deudor, pactadas en refinanciación, ya constituyen en sí mismas prueba suficiente a efectos del

⁷²⁹ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

⁷³⁰ Referencias de ello son: La STS 56/2011, de 23 de febrero, RC n.º 1626/2007 : *«[...] el Tribunal de apelación consideró que los administradores de la sociedad concursada habían incrementado la insolvencia de la misma con una actuación gravemente culposa. »La culpa grave la presumió dicho Tribunal en aplicación de los artículos 42, apartado 1, y 165, ordinal 2º, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, a partir de la afirmación, basada en el resultado de la prueba y en el resto de las actuaciones, de que habían ocultado a los órganos concursales, de un modo intencionado, que quien realmente ejercía las funciones de gestión de la sociedad era un administrador de hecho [...], oculto bajo la apariencia de una administradora de derecho [...]. Y la STS 56/2011, de 23 de febrero, RC n.º 1626/2007 :«El Juzgado de lo Mercantil aplicó el artículo 172, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, y condenó a los administradores demandados a satisfacer los derechos de los acreedores sociales en medida equivalente al total de lo que no percibieran en la liquidación de la masa activa. » La Audiencia Provincial mantuvo esa condena, pero redujo su importe, teniendo en cuenta que el ahora recurrente había ingresado, como socio y como administrador de hecho, en [la empresa concursada] en el año dos mil uno. Por ello restó del pasivo total de la concursada el existente con anterioridad al ejercicio correspondiente al mencionado año.*

⁷³¹ SJM 1 de Málaga de 26 de mayo de 2011. 203/11. Otras sentencias sobre ello. AP Murcia de 31 de diciembre de 2007 o AP de Asturias de 18 de enero de 2008. Vid al efecto CURTO POLO MM <<La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal>> en GARCÍA CRUCES, op. Cit. , pg. 113.

mayor o menor control que pudiera determinar esa consideración de administrador de hecho⁷³². La defectuosa redacción, sin embargo, debería quedar integrada con una interpretación coherente en tanto a marginar esos controles que pudiera haberse establecido respecto de los que no es ni siquiera necesaria la prueba sino de la verdadera actuación de quien puede quedar comprendido en el ámbito de dicha calificación al margen de lo pactado.

La referencia que realiza la norma, por otro lado, a quienes hubieran suscrito el acuerdo deja fuera de esta excepción tanto a los adheridos como a los que han sido arrastrados. Se favorece con ello admonitoriamente la firma de dichos acuerdos.

La adicional cuarta se remite al 93.2 LC y no al apartado tercero que recoge que “[s]alvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.” No hay por lo tanto una presunción en este sentido para los supuestos de homologación que, sin embargo podrá operar en supuestos concursales.

5.3. Régimen transitorio.

La exposición de motivos de la reforma de 2014 recoge que “[a]simismo, y como medida para incentivar la concesión de nueva financiación, se atribuye con carácter temporal la calificación de crédito contra la masa a la totalidad de los que originen nuevos ingresos de tesorería, comprendiendo los que traigan causa en un acuerdo de refinanciación y los realizados por el propio deudor o personas especialmente relacionadas, con exclusión de las operaciones de aumento de capital. Esta medida se adopta con un carácter extraordinario y temporal para todos los nuevos ingresos de tesorería que se produzcan en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley. Transcurrido el plazo de los dos años desde su concesión, se considerarán crédito contra la masa en los términos indicados en el apartado 2.11.º del artículo 84”. De conformidad a ello el texto de la Disposición adicional segunda de la citada norma recoge un sistema que define como “vigencia del régimen de los nuevos ingresos de tesorería”. Las medidas temporales son:

1. Durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de la ley⁷³³, no será de aplicación el régimen contenido en el número 11 del apartado 2 del artículo 84 ni el número 6.º del artículo 91 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

El citado plazo de dos años que la norma recoge (en su propio texto y no como incorporación a la ley concursal) va más allá de esos dos años en cuanto a sus efectos dado que lo que se hace es fijar un periodo durante el cual podrán cerrarse acuerdos de refinanciación que quedarán, para posteriores supuestos concursales, afectados por la misma.

⁷³² Al efecto de la calificación del administrador de hecho vid: MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pgs. 73 y ss.

⁷³³ Ya hemos señalado que existe igualmente una técnica legislativa que ha hecho que la reforma del RDL 4/2014 y de la Ley 17/2014 motive un efecto dilatorio en el cómputo de dichos plazos. La entrada en vigor de la última es en 2 de octubre de 2014 y por tanto se extiende hasta 2 de octubre de 2016.

La calificación inicial que hemos señalado al 50% en cuanto a crédito contra la masa y 50% en cuanto a privilegio general salvo que ya en sí mismo contenga otro privilegio se estructura conforme al régimen posteriormente previsto. El hecho de que se haya arbitrado ese sistema no impedirá, empero, que esas nuevas aportaciones quedan sujetes a esa doble consideración de créditos contra la masa y garantías sobre ellos.

2. En este plazo, resultará aplicable el siguiente régimen jurídico:

1.º Tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación suscrito a partir de la entrada en vigor de esta Ley, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, hasta el importe del nuevo ingreso de tesorería.

La delimitación del precepto nos lleva a considerar créditos contra la masa esos nuevos ingresos de tesorería si bien hasta el importe del mismo. La referencia a acuerdo de refinanciación igualmente nos sitúa en el ámbito del acuerdo y no de la homologación. Si bien es cierto que se recoge que lo será en los términos de la disposición adicional cuarta también hemos distinguido este apartado, facultativo, en tanto a la distinción entre acuerdos de refinanciación y acuerdos homologados.

2.º Esta clasificación también se aplicará a los créditos concedidos en dichos acuerdos de refinanciación por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas, que supongan nuevos ingresos de tesorería, y hasta el importe del nuevo ingreso efectuado. En ningún caso, tendrán la consideración de créditos contra la masa los ingresos de tesorería realizados a través de una operación de aumento de capital. El legislador insiste en mantener la referencia a créditos concedidos por el propio deudor de difícil comprensión. Excluye cualquier consideración de crédito contra la masa las operaciones de aumento de capital con aportación dineraria lo que por otro lado es consecuencia lógica de su consideración como socio o accionista mediante la misma. Pero en cualquier caso no solo queda aclarado sino que quedarían incluidos (excluidos de dicha clasificación) supuestos de desinversión que se pudieran haber pactado.

3.º Los intereses devengados por los nuevos ingresos de tesorería a los que se refieren los números anteriores tendrán la calificación prevista en el número 3.º del artículo 92 de la Ley Concursal.

Tras la declaración de concurso tendremos por tanto dos supuestos concretos: por un lado los intereses ya devengados que derivarán a su calificación como subordinados y los intereses posteriores a la declaración de concurso. No realiza ninguna distinción el marco aplicable temporalmente previsto en relación a ellos lo que nos lleva a pensar que el legislador es consciente de una interpretación diferente a la que ha venido dando el tribunal supremo a estos supuestos. Las posibilidades por tanto serán:

- No distinguirlos y por tanto su calificación será irremediabilmente de subordinados.

- Distinguirlos y en aplicación del régimen previsto por el TS entender que estos segundos serán contra la masa como deuda de valor.

4.º En caso de liquidación, también tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5 de la Ley Concursal.

Al recoger la citada referencia el planteamiento que deriva de ello es los supuestos de estos créditos en el ámbito de calificación concursal y su misma calificación tras un convenio incumplido. Así y por el primero la calificación concursal obedecerá a lo previsto. No obstante y para el hecho de que se firme un convenio (incluso vigentes los acuerdos de refinanciación a dicho momento) el incumplimiento de aquel y la entrada en liquidación podría interpretarse como desestructuración del sistema de tal forma que solo si se ha participado en el convenio y para otros nuevos créditos será aplicable el régimen de créditos contra la masa, desapareciendo esos efectos en el momento en que se produzca el convenio respecto de los supuestos de refinanciación.

3. Transcurrido un plazo de dos años a contar desde la fecha de concesión de los créditos descritos en el apartado anterior, éstos se considerarán créditos contra la masa en los términos indicados en el número 11 del apartado 2 del artículo 84 de la Ley Concursal. Es decir estaremos al régimen que hemos visto en anteriores epígrafes si bien sin referencia a los intereses cuya extensión analógica y la interpretación extensiva de ser créditos contra la masa realizada por el Tribunal Supremo (SSTS de 9 de abril y 26 de junio de 2013) nos llevaría a entender que así debería calificarse igualmente para este supuesto al margen de poder discutir, no siendo objeto de la presente, la oportunidad y coherencia de dicha extensión.

Como referencia importante debemos citar- literalmente- la que realiza el autor citado⁷³⁴ en relación a la transitoria única del RDL 4/2014 y transitoria primera de la Ley 17/2014: *“Según esta disposición, los acuerdos de refinanciación que a la entrada en vigor de la nueva disciplina se estuvieran negociando al amparo del antiguo artículo 71.6 de la Ley Concursal quedarán sometidos al régimen previo si el deudor ya hubiera solicitado la designación de experto independiente. Lo cual, seguido al pie de la letra, podría llevar a considerar (incurriendo en cierta contradicción) que en estos casos no resultaría de aplicación la disposición adicional 2ª y que, por tanto, se aplicarían los artículos 84.2.11º y 91.6º aun cuando el acuerdo de refinanciación se hubiera suscrito finalmente a partir del 9 de marzo de 2014. Sin embargo esta interpretación debe descartarse para entender, por el contrario, que la disposición transitoria pretende hacer referencia únicamente a la exigibilidad de los requisitos que han de cumplir los acuerdos de refinanciación (y, en particular, en lo que respecta al nombramiento de experto De tal forma que si ya se hubiera requerido el nombramiento de experto independiente cuando entró en vigor el Real Decreto-Ley 4/2014 resultará de aplicación el régimen anteriormente contenido en los antiguos artículos 71.6 y 71 bis. Salvo que las partes opten en el propio acuerdo de refinanciación por someterse al régimen del actual artículo 71 bis.1 (precisión esta última cuya expresión positiva –con su referencia específica al art.71 bis– confirma la interpretación propuesta en torno al alcance de la disposición transitoria única”*. Compartimos este criterio por cuanto entendemos

⁷³⁴ DÍAZ MORENO, A, <<Los efectos....>>op. Ct.

que el régimen anterior al que se refiere es al de la refinanciación y no al marco concursal que posteriormente se pudiera dar.

6. Calificación en relación a la participación en los acuerdos homologados. Referencia a las causas de incumplimiento.

La redacción de los artículos 164.1 y 165 de la LC ha sido modificada por la Ley 9/2015 dándole coherencia a un sistema que, sin embargo, se había explicado por la jurisprudencia. Con la anterior redacción partíamos de lo previsto en el artículo 165.4 LC exclusivamente: *“A los efectos de la calificación concursal se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores⁷³⁵. (...) 4.º Se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la Disposición adicional cuarta. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos. En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior.”*

La STS de 1 de abril de 2014⁷³⁶ matiza lo que hasta ese momento había venido recogiendo en la relación y ámbito de lo previsto, para calificación, en los artículos 164 y 165 de la LC. Así en las sentencias de 17 de noviembre de 2011 y de 21 de mayo y 16 de julio de 2012⁷³⁷ recogieron que *“el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, sino que se trata de “ una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1 ”, pues manda presumir “ iuris tantum ” la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las consecuencias de que ésta no convenza al Tribunal”*. Contiene, nos dice la de

⁷³⁵ La enmienda número 23 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 matizará al efecto que debe tratarse, en correspondencia con lo previsto en el artículo 56 LC, de empresas de su grupo o que esté participada por el acreedor.

⁷³⁶ STS 1368/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1368

⁷³⁷ Sentencia T.S. 298/2012 (Sala 1) de 21 de mayo. sentencias núm. 614/2011, de 17 de noviembre, 994/2011, de 16 de enero de 2012 ,y 501/2012, de 16 de julio.

1 de abril, efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción "iuris tantum" en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia⁷³⁸

Esa presunción del artículo 165 se extiende tanto- en afirmación de la sentencia- al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia⁷³⁹. Desde ahí los elementos del artículo 164.1 LC (*El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso*) se podían justificar con origen en el cumplimiento de la presunción que la norma establece en el artículo 165.4º LC introducida por las reformas de 2014.

De esta forma y conforme a la jurisprudencia la introducción del apartado cuarto convierte dicha norma en una razón más de calificación culpable del concurso del mismo modo que cualquiera de los supuestos previstos en el apartado segundo del artículo 164 LC. Y es desde ahí desde donde cobra razón de ser el hecho de que (incluso con anterioridad a la interpretación que ha dado el Tribunal Supremo) se haya incluido como tal en el citado precepto y no en el anterior. En realidad porque se construye solo una cuestión de desplazamiento probatorio y no una presunción en sentido estricto.

Sin embargo esa interpretación seguía siendo forzada precisamente porque desdibujaba el mapa claro que el mismo tribunal Supremo había marcado en las citadas e iniciales sentencias. Dar causa a lo que no la tiene era extremadamente (sigue siéndolo para otros supuestos) artificial. Es por ello que el legislador de 2015 recoge dos modificaciones esenciales:

- En primer lugar sitúa en el artículo 164.1 Lc y por lo tanto en la causa genérica de culpabilidad del concurso que : “ *El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2.*”. Por lo tanto los socios se determinan desde la norma general y con el cumplimiento de lo previsto en el segundo apartado de las presunciones *iuris tantum* pero cumpliendo además la necesidad de acreditar la generación o agravación de la insolvencia.

⁷³⁸ SSTS sala núm. 259/2012, de 20 de abril , 255/2012, de 26 de abril , 298/2012, de 21 de mayo , 614/2011, de 17 de noviembre y 459/2012 de 19 julio

⁷³⁹ La enmienda número 23 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 ya sustituye esa presunción de dolo o culpa grave por presunción, *iuris tantum*, de culpabilidad del concurso.

- El 165.2 LC recoge entonces que: *“El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos. En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior.»*

La negación “sin causa razonable” a una refinanciación en los términos dibujados en la norma se conecta con la inexistencia de causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis 4 y, si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

a) Ámbito subjetivo.

Aunque la norma no lo recoge expresamente ello se extiende al deudor entendido como propietario y a los representantes del mismo. En este último caso quedan excluidos los administradores o liquidadores de hecho que no tienen en sí mismos esa capacidad de decisión sobre la capitalización o conversión de la que se habla. Podríamos introducir aquí la figura del autor mediato en relación a aquellos administradores o liquidadores de hecho que motivan esa decisión en tanto sustraen materialmente esas competencias impidiendo la adopción del acuerdo. Cuestión esta que quedaría todavía por resolver en la jurisprudencia.

No obstante y como veremos no todos los efectos de esa declaración se aplicarán a todos los que entran dentro de este ámbito subjetivo.

b) Generación o agravación del estado de insolvencia.

Con la nueva redacción la calificación parte de una norma general y de una presunción con posibilidad de prueba en contrario.

Se va a presumir que el concurso es culpable cuando se den las circunstancias que hemos señalado. Pero esto tendrá posibilidad de probar que aún a pesar de no haber consentido la capitalización en esos supuestos ello no ha generado ni agravado el estado de insolvencia. Esta es la mayor consecuencia que se deriva de lo que se recoge en el artículo 164.1 de la Ley Concursal tras la nueva redacción de los preceptos. De otra forma no se entendería que así se hubiera recogido. Por lo tanto la relación causal que el Supremo había venido estableciendo se consolida perfectamente con los nuevos preceptos.

c) *Negación:*

La negación a refinanciar requiere que se delimite sobre tres elementos trascendentales:

1º. Que se refiera a capitalización de créditos o a emisión de valores o instrumentos convertibles y no a otros supuestos. La reciente reforma de la Ley de Sociedades de capital ha venido a atribuir a la Junta determinadas competencias entre las que se encuentran, como ya tratamos en su momento, la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales y presumiendo el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. Pero la norma no ha venido acompañada de una reforma de la calificación concursal que se limita a los supuestos de capitalización o emisión de valores y por tanto una negativa a esa cesión, en estos supuestos, no conllevaría la calificación culpable que la norma determina.

2º. Que dicha negativa sea esencial al acuerdo y haya motivado por sí misma la frustración de la consecución de un acuerdo de refinanciación.

3º. Debe ser una negativa a refinanciar, en los términos señalados, con posterioridad a dicho informe o a los informes emitidos, debiendo computarse entonces los que hubiere con anterioridad para la fijación del mayor número de ellos.

En cuanto al momento en que esta pueda o deba producirse se ha señalado por los autores que *“[L]a negativa podría producirse en dos fases distintas: en la fase de la firma y en la fase de la ejecución del acuerdo de refinanciación. Si la negativa se ha producido en la fase de la firma, se supone que la culpabilidad deriva exclusivamente de la oposición de los administradores, incluso aunque estos hayan abocado la decisión de no firmar el acuerdo de refinanciación a la Junta General (art. 236 LSC). Lo más normal, sin embargo, será que la frustración de la capitalización se produzca en la fase de ejecución del acuerdo de refinanciación. En tal caso, se supone que nos hallamos ante un incumplimiento del mismo. La duda que surge es si la apreciación en sede de calificación de esta causa de culpabilidad exigirá que previamente al concurso se haya instado la declaración judicial de incumplimiento del acuerdo prevista por la disp. adic. 4.ª inciso 11.”*⁷⁴⁰

d) Sin causa razonable.

La causa razonable podrá ser cualquiera y amplia, delimitando y limitando la norma uno de los supuestos en sentido negativo. No será causa razonable

⁷⁴⁰ VILLENA CORTÉS FB Y NIETO DELGADO C, <<Capitalización de deuda y calificación concursal tras el Real Decreto-Ley 4/2014>>. *Diario La Ley*, Nº 8357, Sección Doctrina, 18 de Julio de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY

cuando exista un informe o la mayoría de los informes que se hubieran emitido de conformidad al art. 71 bis 4 LC que se hubiera pronunciado a tal efecto.

Ese informe, como ya vimos, puede ser solicitado tanto el deudor como los acreedores y su contenido se extiende al carácter razonable y realizable del plan de viabilidad⁷⁴¹, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo. Aunque referida la razonabilidad al plan de viabilidad en realidad la causa de negación razonable no puede circunscribirse al mismo sino al conjunto de los pactos que se recogen en el acuerdo en relación a ese plan de viabilidad que permita el cumplimiento de este y el salvamento de la empresa. Por lo tanto plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo en relación a los acuerdos adoptados y a la trascendencia de los mismos; en particular respecto de los instrumentos de capitalización y conversión que expresamente se señalan.

e) *Otros requisitos.*

En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos y salvo que se excluya en el acuerdo a favor de las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades⁷⁴². En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las citadas sociedades o entidades.

De conformidad a ello se produce la afectación de quienes se hayan negado sin causa razonable y motiva la responsabilidad concursal fijada en el artículo 172.1 LC : *“Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”*. Junto a ello el artículo 172.1 LC , cuando delimita qué debe ser objeto de la sentencia de calificación,

⁷⁴¹ En estos supuestos el plan de viabilidad y su carácter realizable y razonable cobra especial importancia de forma distinta a como lo ha afirmado el Tribunal Supremo respecto del Convenio en Sentencia nº 147/2015 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 26 de Marzo de 2015.

⁷⁴² La enmienda número 23 del GP en la tramitación parlamentaria del RDL 11/2014 matizará al efecto que debe tratarse, en correspondencia con lo previsto en el artículo 56 LC, de empresas de su grupo o que esté participada por el acreedor.

afirma que recogerá: *“La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición. La presunción contenida en el artículo 165.2 no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios.»*”

Lo anterior motiva por tanto una nueva delimitación en extensión de responsabilidad concursal que hemos de matizar:

- a) Por un lado la opción del legislador por la afectación de los administradores también en relación a esa presunción es clara.
- b) Sin embargo la opción a determinar su responsabilidad concursal por el 172 bis LC parece estar matizada. Algunos autores habían defendido por ello su exclusión⁷⁴³ aunque la nueva regulación no da lugar a dudas y consolidan su opinión. Y ello aunque la reforma de la Ley 9/2015 afectará al 165.4 LC que lo convierte en 165.2 y sin embargo se deja sin modificar el 172 bis 1 que nos remite al primero todavía.
- c) La afectación de los socios que sí incluiría esa responsabilidad por déficit concursal.
- d) En cualquier caso será necesario que hayan sido declarados como personas afectadas por la calificación.

En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso. A ello se une la referencia de que lo socios responderán en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo el acuerdo. Este último autor diferencia en este sentido entre sociedades abiertas y cerradas especificando lo siguiente: *“En el ámbito de las sociedades cerradas es difícil saber cómo se aplicará la norma porque todos los votos cuentan y es fácilmente identificable el socio que obstaculiza. El matiz quizá se haya pensado para sociedades cotizadas donde será posible distinguir entre socios que obstaculizan activamente mediante la solicitud de proxies para impedir que prospere la propuesta del Consejo de Administración y los accionistas-inversores que se han limitado a conceder la representación a su favor o que simplemente no han acudido a la junta general a la que nunca acuden. Es claro*

⁷⁴³ MARIN DE LA BARCENA. <<Obstaculización de acuerdos de refinanciación y calificación culpable del concurso >>

<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/obstaculizacion-de-acuerdos-de-refinanciacion-y-calificacion-culpable-del-concurso.pdf>. Última consulta 12/10/2015.

que estos accionistas habrán contribuido a impedir la formación de la mayoría necesaria, pero parece que la sanción debería reservarse a quienes impidieron activamente que prosperase la propuesta.” Cuestión que parece lógica dentro de un sistema que parece abocado esencialmente, en este supuesto, a la inconstitucionalidad.

CAPÍTULO X

CAPITULO X: BREVE REFERENCIA A LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA EN EL ÁMBITO TRANSFRONTETIZO EUROPEO.

1. Consideraciones previas.

El reciente cambio de normativa comunitaria en materia de insolvencia, que será aplicable en la mayoría de los supuestos regulados a partir de 26 de junio de 2017, nos obliga a tratar la figura transfronteriza (*cross-border insolvencies*) de los supuestos previos o preconcursales que a partir de ese momento deberán regirse por el nuevo sistema regulado. El cambio normativo es importante hasta el punto de necesitar una integración propia, en cuanto a instrumentos de negociación preconcursales, con lo previsto para los supuestos de insolvencia y las normativas propias de cada Estado. Sin embargo restringimos este apartado exclusivamente a los supuestos de acuerdos de refinanciación y reestructuración a sabiendas de que los impactos directos e indirectos de todo lo señalado son mucho más amplios cuanto más nos acercamos a la particularidad.

Su razón de ser parte inicialmente de la Comunicación de la Comisión al parlamento europeo, al consejo y al comité económico y social europeo para un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial⁷⁴⁴. En esta se afirma que la crisis económica ha desencadenado un aumento del número de empresas en dificultades. Desde 2009-2011, una media de 200 000 empresas se declaran en quiebra cada año en la UE, y casi una cuarta parte de estas quiebras tiene un componente transfronterizo. Alrededor del 50 % de todas las empresas de nueva creación no sobrevive a sus primeros cinco años de vida, y se estima que cada año se pierden 1,7 millones de puestos de trabajo debido a problemas de insolvencia.

La comparativa de los sistemas del *common law* y el *civil law* (derecho consuetudinario/derecho civil) a los efectos de medir la capacidad emprendedora y la posible afectación de dichos sistemas al emprendimiento se realizó mediante un estudio⁷⁴⁵ encargado por la Comisión Europea que concluyó que: (1) El sistema aplicable no tiene nada que ver con los supuestos de insolvencia y dinámica empresarial o al menos no existían pruebas de ello, y (2) Ello significa que la eficiencia de los procedimientos concursales no viene determinada por el tipo de sistema jurídico ni por su enfoque, sino por disposiciones específicas como la solución extrajudicial de los litigios, los procedimientos acelerados para las PYME, un sistema de detección precoz y otras disposiciones que influyen de manera importante sobre la eficiencia del sistema. Los países que mejor funcionan disponen de un marco jurídico eficaz para los procedimientos concursales, así como de sistemas de detección precoz. El estudio pone de manifiesto que casi todos los países cuyo sistema jurídico en materia de insolvencia se considera muy eficiente cuentan también con herramientas de detección precoz muy eficientes.

Las herramientas fijadas en la misma y en la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2012 motivan la presente reforma que concluye en un nuevo ámbito de trabajo que toma ese cambio de paradigma como criterio a seguir también por los Estados.

⁷⁴⁴ COM/2012/0742 final */

⁷⁴⁵ Business dynamics: start-ups, business transfers and bankruptcy (Dinámica empresarial: empresas de nueva creación, transferencias y quiebras), Comisión Europea, DG Empresa e Industria, enero de 2011. Este informe incluye un estudio sobre las repercusiones económicas de los procedimientos legislativos y administrativos aplicables a las quiebras y las posibilidades de una segunda oportunidad tras la quiebra en 33 países europeos (los 27 Estados miembros de la UE más Islandia, Noruega, Croacia, Turquía, Serbia y Montenegro).

2. Introducción.

El Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia⁷⁴⁶, sustituye al anterior del año 2000⁷⁴⁷ y ha venido a recoger en su considerando décimo lo siguiente: *“El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe ampliarse a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. En particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios. También debe hacerse extensivo a los procedimientos que prevean una condonación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos, por ejemplo reduciendo la cuantía que deba pagar el deudor o ampliando el plazo de pago que se le hubiera concedido. Dado que esos procedimientos no implican necesariamente el nombramiento de un administrador concursal, deben estar sujetos al presente Reglamento si se desarrollan bajo el control o la supervisión de un órgano jurisdiccional. En este contexto, el término «control» debe incluir aquellas situaciones en las que el órgano jurisdiccional solo intervenga a instancia de un acreedor u otras partes interesadas⁷⁴⁸”. Y en su apartado 20 señala que “[L]os procedimientos de insolvencia no implican necesariamente la intervención de una autoridad judicial. Así pues, el término «órgano jurisdiccional» en el presente Reglamento debe entenderse, en determinadas disposiciones, en un sentido amplio e incluir a la persona u órgano legitimado por el Derecho nacional para abrir procedimientos de insolvencia. A efectos de la aplicación del presente Reglamento, los procedimientos, que incluyen las diligencias y formalidades legalmente estipuladas, no solo deben cumplir lo dispuesto en este, sino que también deben estar reconocidos oficialmente y tener eficacia jurídica en el Estado miembro en el que se abra el procedimiento de insolvencia.”*

Desde la anterior nueva visión del derecho de insolvencia europeo el marco de actuación en supuestos de refinanciación o reestructuración de deuda partirá de su aplicación imperativa a los procedimientos relativos a deudores cuyo centro de intereses principales esté situado en la Unión con un control previo de oficio (del órgano jurisdiccional entendido conforme señala lo anterior) del

⁷⁴⁶ DOUE 5 de junio de 2015. L 141/19.

⁷⁴⁷ Reglamento (CE) no 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 160 de 30.6.2000, p. 1).

⁷⁴⁸ El anterior reglamento no recogía en su ámbito dichos supuestos tal y como destacaron en su momento los autores. En tal sentido BALZ, <<Das neue Europäische Insolvenz“bereinkommen>> ZIP 1996, pg 948; LÜKE, << Das europäische internationale Insolvenzrecht>> ZFP, 1998, pg 284, GOTTWALD, <<Le insolvenze trans-frontaliere: tendenze e soluzioni europeee e mondiali>> Riv.trim. dr. Pr. E proc 1999, página 154 o VIRGÓS SORIANO Y GARCIMARTIN ALFEREZ, Comentario al Reglamento europeo de insolvencia. Thomson. (2003), pg.35.

mismo a efectos de una insolvencia principal o secundaria tal y como se define y se desarrolla en el citado reglamento⁷⁴⁹.

La justificación de la reciente norma partiría, además, de incluir en su ámbito lo siguiente⁷⁵⁰:

1º. Su aplicación se extiende tanto a ello como a supuestos (considerando 11) referidos a aquellos procedimientos en los que se acuerde una suspensión temporal de las acciones de ejecución interpuestas por acreedores individuales cuando dichas acciones puedan afectar de manera desfavorable a las negociaciones y obstaculizar las perspectivas de reestructurar la actividad mercantil del deudor. Dichos procedimientos, señala la citada exposición, no deben causar perjuicio al conjunto de los acreedores y, en caso de que no pueda llegarse a un acuerdo sobre un plan de reestructuración, deben preceder a otros procedimientos incluidos también en el presente Reglamento.

2º. El mismo debe aplicarse (considerandos 12 y 13) a los procedimientos cuya apertura esté sujeta a publicidad con el fin de permitir a los acreedores conocer los procedimientos y presentar sus créditos, asegurando de ese modo el carácter colectivo de los procedimientos, y con el fin de ofrecer a los acreedores la posibilidad de impugnar la competencia del órgano jurisdiccional que los haya abierto. En consecuencia, deben excluirse del ámbito de aplicación los procedimientos de insolvencia que tengan carácter confidencial. Aunque tales procedimientos pueden desempeñar un papel importante en algunos Estados miembros, su confidencialidad hace imposible que un acreedor o un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro pueda saber que se ha abierto un procedimiento de este tipo, por lo que resulta difícil garantizar el reconocimiento de sus efectos en toda la Unión.

3º. Los procedimientos colectivos regulados por el Reglamento deben incluir (considerando 14) a la totalidad o una parte significativa de los acreedores con los que el deudor tenga contraída la totalidad o una parte sustancial de su deuda pendiente, siempre que ello no afecte a los créditos de los acreedores que no sean parte en tales procedimientos.

4º. Deben incluir asimismo los procedimientos en los que únicamente concurren los acreedores financieros del deudor.

⁷⁴⁹ Es importante destacar que ese control de oficio ya se recogía en el anterior Reglamento y que el mismo también es contemplado en los supuestos de posibilidad de ejecución en nuestra normativa interna. A tal efecto es importante destacar como en nuestro derecho comparado el planteamiento ha sido especialmente significativo en los supuestos de normativas basadas en el derecho consuetudinario o común, dado que en los sistemas estatutarios o legales el régimen es sustancialmente idéntico al previsto en la normativa española. Así en dos supuestos planteados entre UK y USA y UK –Australia (Rubin & Anor v Eurofinance Sa & Ors; New Cap Reinsurance Corporation(In liquidación) & Anor v AE Grant & Ors (Conjoined Appeals)(2012) UKSC 46 (24 October 2012) el planteamiento de dicho reconocimiento y ejecución vino a distinguir la aplicación legal y la aplicación de derecho común resultando finalmente (aunque criticado) el sometimiento al mismo régimen de control público; en este caso derivado de la actuación (o no) del deudor afectado en el procedimiento principal. Un estudio sobre ello se puede encontrar en VERRIL J, <<The snipping of the Golden thread and the Sacking of the temple of universalism>> *INSOL International Technical Series Issue* nº 26.

⁷⁵⁰ Es interesante en este sentido GARCIMARTÍN ALFÉREZ «Los procedimientos preconcursales en el Reglamento Europeo de Insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen», en *RdCP* 22/2015, pgs. 95-103 y GÓMEZ BERNARDO, N. «Primera aproximación al nuevo Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia», *RdCP* 23/2015.

5º. Debe aplicarse asimismo (considerando 15) a los procedimientos que, en virtud del Derecho de algunos Estados miembros, se abren y se desarrollan durante un tiempo a título temporal o provisional, hasta que un órgano jurisdiccional dicte un auto que confirme la continuación del procedimiento sobre una base que no sea provisional. Pese a su denominación de «provisional», esos procedimientos deben cumplir todos los demás requisitos del mismo.

6º. Los procedimientos a efectos de la reestructuración (considerando 16) de la deuda no deben incluir los procedimientos específicos en los que se amorticen las deudas de las personas físicas con rentas muy bajas y un patrimonio de muy escaso valor, siempre que este tipo de procedimientos no establezca en ninguna circunstancia disposiciones para el pago a los acreedores.

7º. Se amplía igualmente a procedimientos derivados de situaciones en las que el deudor se enfrenta a dificultades que no sean financieras, siempre que esas dificultades supongan una amenaza real y seria para la capacidad actual y futura del deudor de pagar sus deudas al vencimiento de estas. El marco temporal indicado para determinar la existencia de tal amenaza puede extenderse a un período de varios meses o incluso más para tener en cuenta los casos en que el deudor se enfrente a dificultades que no sean financieras que hagan peligrar la situación de su empresa y, a medio plazo, su liquidez. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando el deudor haya perdido un contrato de importancia clave para este.

La norma prevé que será aplicable el derecho nacional, según corresponda, en relación con la aprobación de un compromiso. En particular (considerando 44), en caso de que, con arreglo al Derecho nacional, las normas de votación aplicables a la adopción de un plan de reestructuración exijan el reconocimiento previo de los créditos de los acreedores, estos créditos deben considerarse asimismo reconocidos a efectos de la votación del compromiso. En caso de que en virtud del Derecho nacional existan distintos procedimientos para la adopción de planes de reestructuración, los Estados miembros deben determinar el procedimiento concreto que haya de aplicarse en este contexto.

El legislador europeo toma en consideración el informe de 12 de diciembre de 2012⁷⁵¹ de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento (CE) no 1346/2000 del Consejo y concluye con la aprobación de un texto refundido en donde se marcan líneas nuevas y trascendentales que siguen, en ese ámbito, la ya citada Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2012. El objetivo, en esa conjugación de normas, es –por lo que aquí respecta- ...”*la ampliación del ámbito de aplicación... a fin de garantizar el desarrollo eficiente de los procedimientos de preinsolvencia e híbridos en un contexto transfronterizo*”.

La conjugación de normas nacionales y supuestos transfronterizos europeos junto a las nuevas posibilidades abiertas que buscan la protección europea (o al menos la regulación uniforme) de los supuestos de refinanciación bajo los criterios de norma aplicable y norma excepcionable, nos abre un nuevo campo

751

de actuación que parten del ámbito objetivo de la norma y que modulan, matizan y desarrollan aspectos diferentes que debemos tratar⁷⁵².

3. Competencia y ámbito competencial.

El artículo 2 apartado primero del citado Reglamento recoge que son «procedimientos colectivos» y por tanto sujetos a su ámbito, aquellos procedimientos de insolvencia que incluyan la totalidad o una parte significativa de los acreedores del deudor, a condición de que, en este último supuesto, los procedimientos no afecten a los créditos de los acreedores que no sean parte en ellos; y por procedimientos de insolvencia los recogidos, para cada país, en el Anexo A del citado Reglamento. En tal sentido la declaración de España se extiende a:

- a) Concurso de acreedores.
- b) Procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación.
- c) Procedimiento de acuerdos extrajudiciales de pago , y
- d) Procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio.

En los supuestos previstos, por tanto, en la DA 4ª LC la extensión de los efectos derivados y de la normativa aplicable por el Reglamento no solo se referirá al mismo procedimiento de homologación sino al mismo acuerdo homologado; y por extensión y referencia a “acuerdos de negociación pública” a lo previsto en el artículo 5 bis LC como comunicación de apertura del proceso de negociación con alguna de las finalidades que hemos señalado.

El artículo 3 de la citada norma mantiene los criterios de competencia previstos anteriormente en el Reglamento 1346/2000 si bien ampliando los supuestos en cuanto al ámbito subjetivo:

- a) La regla general es la competencia para conocer de un procedimiento principal de insolvencia en tanto a centro de principales intereses con presunción a favor del domicilio social⁷⁵³.

⁷⁵² La doctrina ha considerado que “[p]uede suscitar dudas si en nuestros institutos preconcursales (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos) concurrirían todos los elementos a los que en el art. 1 del Reglamento se condiciona la aplicación de éste a aquéllos y en particular la estructura procedimental de estos institutos”. PULGAR EZQUERRA J, << Ley 9/2015...>> op. Cit. pg.50. No obstante del desarrollo que esta misma autora realiza posteriormente y de lo hasta ahora señalado coincidimos en su aplicación si bien centramos la cuestión en el hecho de la publicidad que la norma europea exige para poder ser considerados como tales.

⁷⁵³ De conformidad a la STJUE de 2 de mayo de 2006, Asunto C-341/04, Eurofood IFSC Ltd , el artículo 16, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que el procedimiento principal de insolvencia abierto por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro debe ser reconocido por los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros, sin que éstos puedan controlar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado de apertura. De igual forma el procedimiento principal de insolvencia abierto por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro debe ser reconocido por los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros, sin que éstos puedan controlar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado de apertura.

- b) Cuando el centro de intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro solo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si este posee un establecimiento en el territorio de este otro Estado miembro. Los efectos de dicho procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro y por tanto será un procedimiento secundario⁷⁵⁴.

El centro de principales intereses⁷⁵⁵ ha de estar en un Estado miembro⁷⁵⁶. Cuando el centro de intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro solo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si este posee un establecimiento en el territorio de este otro Estado miembro. Los efectos de dicho procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro. Cuando se haya abierto un procedimiento de insolvencia principal cualquier otro procedimiento de insolvencia que se abra con posterioridad en aplicación de dichos criterios será un procedimiento de insolvencia secundario

⁷⁵⁴ En tal sentido la STJUE de 21 de enero de 2010, (Asunto C-444/07) señala que el Reglamento (CE) no 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, en particular sus artículos 3, 4, 16, 17 y 25, debe interpretarse en el sentido de que, en un asunto como el principal, con posterioridad a la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en un Estado miembro, las autoridades competentes de otro Estado miembro en el que no se ha iniciado ningún procedimiento secundario de insolvencia están obligadas, a reserva de los motivos de denegación derivados de los artículos 25, apartado 3, y 26 de este Reglamento, a reconocer y ejecutar todas las resoluciones relativas a ese procedimiento principal de insolvencia, y en consecuencia no están facultadas para ordenar, en aplicación de la legislación de ese otro Estado miembro, medidas de ejecución que afecten a los bienes del deudor declarado insolvente situados en el territorio del otro Estado miembro referido, cuando la legislación del Estado de apertura no lo permite y no se cumplen los requisitos a los que está sometida la aplicación de los artículos 5 y 10 del citado Reglamento.

⁷⁵⁵ De conformidad a la STJUE de 20 de octubre de 2011 (Asunto C-396/09) el centro de los intereses principales de una sociedad deudora debe determinarse dando preferencia al lugar de la administración central de dicha sociedad, como puede demostrarse por los datos objetivos y que pueden comprobarse por terceros. En el supuesto de que los órganos de dirección y control de una sociedad se encuentren en el lugar de su domicilio social y de que las decisiones de gestión de esa sociedad se adopten, de forma que pueda comprobarse por terceros, en dicho lugar, no puede desvirtuarse la presunción establecida en el citado precepto. En el supuesto de que el lugar de administración central de una sociedad no se encuentre en su domicilio social, ni la presencia de activos sociales ni la existencia de contratos referentes a su explotación financiera en un Estado miembro distinto de aquel del domicilio social de la sociedad pueden ser considerados datos suficientes para desvirtuar esa presunción, salvo a condición de que una consideración del conjunto de los datos relevantes permita demostrar que, de forma que pueda comprobarse por terceros, el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad, así como de administración de sus intereses, se encuentra en el otro Estado miembro. En caso de traslado del domicilio de una sociedad deudora antes de presentarse la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, se presume que el centro de sus intereses principales se encuentra en su nuevo domicilio social. El concepto de «establecimiento», en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, del mismo Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que exige la presencia de una estructura que incluya un mínimo de organización y cierta estabilidad, con objeto de ejercer una actividad económica. La sola presencia de bienes aislados o de cuentas bancarias no satisface, en principio, esta definición.

⁷⁵⁶ Recordemos a estos efectos que también este es el criterio a seguir en nuestro derecho de conformidad al artículo 10 de la LC.

De esta forma se distingue entre procedimiento universal y procedimiento territorial entendiendo que el territorial pasará a ser secundario cuando se haya abierto el procedimiento principal y que la apertura de un territorial no podrá realizarse , como regla general, hasta que no se encuentre abierto un procedimiento principal salvo que:

- no pueda abrirse un procedimiento de insolvencia principal debido a las condiciones establecidas por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor;
- la apertura del procedimiento de insolvencia territorial sea solicitada por:
 - i) un acreedor cuyo crédito tenga su origen en la explotación de un establecimiento situado dentro del territorio del Estado miembro en el que se ha solicitado la apertura del procedimiento territorial o cuyo crédito esté relacionado con dicha explotación, o ii) una autoridad pública que, de conformidad con la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el establecimiento, esté facultada para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

Se requiere que nos encontremos ante un supuesto de empresario o empresa de ámbito europeo y con intereses, bienes o derechos y actividades en diferentes países de la Unión Europea. A partir de ello la consideración de un proceso de refinanciación o reestructuración de deuda deberá respetar la normativa del citado Reglamento y la distinción a tales efectos de la misma.

Cierto es que la norma no distingue a tales efectos, o no matiza, lo referido a supuestos de refinanciación cuando de negociaciones u otros similares subsistan en diferentes países de la Unión. Pero la misma delimitación que hemos visto de “procedimientos de insolvencia” y su distinción entre universal y territorial y principal y secundario nos lleva a considerar posible que los supuestos se tramiten en paralelo conforme a las limitaciones previstas en dicho precepto. De esta forma:

1º. Para que territorialmente pueda abrirse un proceso de homologación que entre dentro del ámbito del citado Reglamento, en España será necesario que se den las excepciones previstas en la norma.

2º. Para que pueda delimitarse el mismo como principal o secundario entenderemos que son las propias normas de competencia señaladas las que nos lo indicarán.

A la vista de las excepciones que hemos señalado sobre la apertura de un procedimiento territorial la posibilidad de un deudor de acudir al supuesto de negociación (5 bis) o de homologación (DA 4º) parte de la necesidad de justificar (y salvo en el último supuesto cuando se haya negociado y se presente la homologación por los acreedores) - que no es posible abrir un procedimiento de insolvencia principal debido a las condiciones establecidas por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor. Es decir la comunicación u homologación territorial se encuentra excepcionada para el deudor en cuanto a su solicitud salvo que acredite dicho supuesto. Y todo ello partiendo de lo previsto en el artículo 4 del mismo en tanto el órgano jurisdiccional que reciba esa solicitud deberá examinar de oficio si es competente de conformidad con el artículo 3. Y por ello la resolución de apertura del procedimiento especificará, por imperativo legal, los motivos en los que se basa la competencia del órgano jurisdiccional y, en particular, si se basa en el apartado 1 o en el apartado 2 del artículo 3.

E igualmente (tal y como hemos defendido para nuestro derecho nacional) el deudor o cualquiera de los acreedores podrán impugnar ante un órgano jurisdiccional la resolución de apertura de un procedimiento principal por motivos de competencia internacional. Y por otras partes y por motivos distintos cuando siempre que el Derecho nacional así lo establezca.

De conformidad a ello y realizada una comunicación del 5 bis o presentada una solicitud de homologación de la DA 4ª LC resultará que los acreedores en ambos casos y el deudor además en el segundo, podrán plantear declinatoria de competencia internacional en tanto a:

- Tratarse de un procedimiento principal que ha de tramitarse en otro Estado.
- Tratarse de un supuesto tramitado como territorial cuando no se encuentra dentro de una de las excepciones previstas en el Reglamento.

Considerando por lo tanto lo anterior resultaría que debemos acudir a nuestra normativa interna y que por ello la posibilidad de recurso o de declinatoria (tal y como analizamos en su momento) era ciertamente complicada pero que a la vista de la Recomendación de la Comisión de 2014 no solo debía existir sino que se configuraba como necesaria. En aplicación del presente Reglamento no solo es así sino que constituye norma imperativa. Y por tanto la posibilidad prevista para cualquier acreedor de impugnar la misma se instrumentará a partir de la publicación- como ya se expuso en su momento- en el Registro Público Concursal derivando con ello en una suerte de posibles afectaciones que nuestra normativa no ha previsto⁷⁵⁷.

No se incluiría en estos supuestos, tal y como para la anterior normativa también habían señalado los autores⁷⁵⁸, los supuestos de conflicto negativos de competencias; es decir aquellos en donde ningún Estado se considerara competente por considerar que el fuero competencial no corresponde a ninguno de ellos. En este caso se señalaba que no es un problema de tutela judicial efectiva sino que se entendía que no estaba suficientemente conectado a la Unión Europea para que fuera tratado por ella y por lo tanto tramitado por los tribunales de ningún Estado.

4. Los supuestos de refinanciación y reestructuración de deudas como ámbito objetivo del nuevo reglamento.

Ya hemos señalado que una de las más importantes novedades, comparado con el texto de 2000, en la regulación del Reglamento europeo de insolvencia es precisamente la inclusión en su ámbito de los procedimientos colectivos

⁷⁵⁷ Así por ejemplo y por citar dos, la limitación de formulación de otra comunicación en el plazo de un año y que pudiera plantearse como secundaria; por otro lado los efectos de esa posible impugnación respecto del plazo de negociación.

⁷⁵⁸ CALVO CARAVACA AL y CARRASCOSA GONZALEZ J, *Derecho Concursal Internacional*. Colex.2004. pg. 101.

provisionales, regulados en la legislación en materia de insolvencia y en los que, a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación. Se excluyen del mismo empresas de seguros, entidades de crédito, empresas de inversión y otras empresas y entidades en la medida en que se incluyan en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/24/CE y organismos de inversión colectiva.

Se trata por tanto de supuestos colectivos⁷⁵⁹ en donde el nuevo artículo 1 del Reglamento destituye el criterio anteriormente previsto en cuanto a su carácter cumulativo y anuda a su definición- como tales- que cumplan alguno de los supuestos concretos que alternativamente establece:

a) se desapodere a un deudor total o parcialmente de sus bienes y se nombre a un administrador concursal;

b) los bienes y negocios de un deudor se sometan a control o supervisión judicial, o

c) un órgano jurisdiccional acuerde, o se establezca por ministerio de la ley, una suspensión temporal de los procedimientos de ejecución individual para facilitar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, siempre que los procedimientos en los que se acuerde la suspensión prevean medidas adecuadas para proteger al conjunto de los acreedores y, en caso de que no se alcance un acuerdo, sean previos a uno de los procedimientos a los que hacen referencia las letras a) o b).

Con anterioridad a la nueva norma los autores⁷⁶⁰ habían venido considerando ese carácter cumulativo si bien con la matización que de estar incluidos en el anexo de la norma no sería necesario para el Tribunal comprobar los mismos sino que se considerarán afectos y por ello incluidos en su ámbito⁷⁶¹. La regla entonces, ahora matizada, también partía de que los mismos se fundamentaban en la insolvencia; con la actual regulación y la inclusión de estos supuestos preconcursales la razón de ser se centra esencialmente en que puedan iniciarse en situaciones en las que únicamente existe una probabilidad de insolvencia y con un propósito de evitar la insolvencia del deudor o el cese de su actividad⁷⁶².

La disposición adicional cuarta de la Ley concursal se incluye inicialmente y por tanto en dichos supuestos por cuanto:

⁷⁵⁹ VALLENS JL << Le droit européen de la faillite: la convention relative aux procédures d'insolvabilité >>. *Actualité Législative Dalloz*, 1995. pp 217-233.

⁷⁶⁰ Vid a tal efecto INFORME VIRGÓS/SCHMIT, marg 52, pg. 12.

⁷⁶¹ En tal sentido el considerando 9 del Reglamento así lo establece: "*Respecto a los procedimientos nacionales recogidos en el anexo A, el presente Reglamento debe aplicarse sin necesidad de examen ulterior alguno por los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro acerca del cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente Reglamento. Los procedimientos nacionales de insolvencia que no estén enumerados en el anexo A deben quedar excluidos del presente Reglamento*".

⁷⁶² Con ello se matiza lo que con la anterior norma se había limitado, incluso aunque estuvieran en la lista del Anexo A, y los autores habían defendido. Con la normativa de 2000 la norma no era aplicable a supuestos que no tenían fundamento en la insolvencia como el *winding-up* británico o los procedimientos de *redressement judiciaire* de Francia hoy expresamente incluidos. Estos se fundamentaban en la posibilidad de evitar la desaparición, insolvencia o disolución de la sociedad. Con la actual norma es evidente que sí quedan incluidos en tanto lo sean en el citado Anexo. Así lo venían defendiendo BALZ M <<Das neue Europäische...>> pg. 948 y ss, BUCHBERGER D/ BUCHBERGER R , <<Das System der "Kontrollierten" Niversalität des Konkursverfahrens nach der europäischen Insolvenzverordnung>> *Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz*, 2000, pp. 149 y ss.

1. Se recoge en el citado Anexo.
2. Su finalidad es evitar la situación de insolvencia.

Quizás el aspecto más problemático al respecto es su consideración como “colectivos” a la vista de la definición que nos da el propio Reglamento. Con el Reglamento CE de 2000 los autores habían señalado que son procedimientos colectivos aquellos en los que los derechos individuales de los acreedores están limitados y reglamentados y en los que varios acreedores intentan hacer efectivos sus créditos al mismo tiempo, excluyendo por tanto los procedimientos individuales de ejecución⁷⁶³. El actual reglamento nos da una definición: “*procedimientos de insolvencia que incluyan la totalidad o una parte significativa de los acreedores del deudor, a condición de que, en este último supuesto, los procedimientos no afecten a los créditos de los acreedores que no sean parte en ellos*”. Lo que nos lleva nuevamente a considerar dentro de su ámbito a los regulados en la legislación en materia de insolvencia y los que se prevean a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación, pero en tanto “colectivos”.

Si consideramos la DA 4ª LC en sí misma no se trataría de un supuesto colectivo, tal y como lo define la norma, dado que el acuerdo de una minoría nos llevaría al arrastre de otros que no han intervenido. Se trata por tanto de una parte significativa de acreedores del deudor que afectan a los créditos de otros acreedores que pueden no ser parte de ellos. No obstante las razones de su inclusión parten de varios argumentos:

1º. En primer lugar porque el legislador lo ha querido recoger dentro del Anexo A del citado Reglamento.

2º. En segundo lugar porque la interpretación de la norma parte de la necesidad de entender que se trata de acreedores pertenecientes a diferentes clases y por lo tanto será posible considerarlo desde este punto de vista para que entre dentro del supuesto.

3º. En tercer lugar porque el proceso de la adicional está previsto para acreedores financieros en su conjunto y por lo tanto ya como supuesto colectivo al margen de la voluntad individual de cada uno de participar o no. Los no financieros (tal y como los define la norma) quedarían al margen.

El citado anexo, tal y como hemos indicado, se refiere a los supuestos de la disposición adicional cuarta (y su relación con el 5 bis) conforme a dos distinciones que debemos destacar:

1º. En primer lugar quedan incluidos los supuestos de procedimientos de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio. La referencia a esta inclusión ha de ser matizada puesto que partimos de lo previsto en el artículo 5 bis Lc y por lo tanto de la comunicación realizada con los citados objetivos. Si la norma supone una simple comunicación y permite, por otro lado, el carácter reservado de la comunicación y por tanto su exclusión de publicación en el Registro Público concursal, dicha comunicación podría no estar sujeta al Reglamento en tal supuesto si consideramos que la definición “pública” del procedimiento de

⁷⁶³ En este sentido VALLENS JL << Le droit européen...>> pg. 217-233; *Informe Virgos/Schmit*, marg 49; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal internacional*, pag. 62.

negociación (comunicación) ha sido eliminada y por ello no cumpliría el requisito previsto y definido en el juego de los artículos 1 y 24 del Reglamento cuando tenga carácter reservado.

Por otro lado el control judicial en la comunicación es limitado aunque tras las últimas reformas de 2015 mucho más amplio. El considerando 10 del Reglamento nos dice: *“Dado que esos procedimientos no implican necesariamente el nombramiento de un administrador concursal, deben estar sujetos al presente Reglamento si se desarrollan bajo el control o la supervisión de un órgano jurisdiccional⁷⁶⁴. En este contexto, el término «control» debe incluir aquellas situaciones en las que el órgano jurisdiccional solo intervenga a instancia de un acreedor u otras partes interesadas.”* La interpretación de la norma en sentido amplio nos llevaría a su inclusión fundamentalmente a partir de la modificación de la Ley 9/2015 pero ciertamente en terreno peligroso de no haberse producido dicha reforma.

2º. En segundo lugar el Procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación.

Aunque la norma se refiere al procedimiento de homologación hemos de entenderlo en sentido amplio tanto respecto de este como de la protección de los citados acuerdos y su ejecución, de los incidentes que pudieran derivarse de su incumplimiento e incluso de otros externos a estos que pudieran plantearse cuando nos encontramos en el supuesto.

En este último caso el artículo 6 se refiere a la competencia para las acciones que se deriven directamente de los procedimientos de insolvencia o guarden una estrecha vinculación con ellos; y estas se entienden en cualquier supuesto en que las acciones están vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que es oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente. Esto hace aún más amplia la competencia de los tribunales en donde se ha abierto uno de estos procesos por cuanto serán competentes para cualquier acción que se derive directamente del mismo y guarde una estrecha vinculación con este, como las acciones revocatorias⁷⁶⁵.

5. Ley aplicable: *lex fori concursus* y limitaciones.

La ley aplicable a estos supuestos es, con las ventajas que señala la doctrina⁷⁶⁶, la *lex fori concursus* y contiene⁷⁶⁷ normas de competencia

⁷⁶⁴ El considerando 20 ya señala, pero no obstaculiza la interpretación, que: *“Los procedimientos de insolvencia no implican necesariamente la intervención de una autoridad judicial. Así pues, el término «órgano jurisdiccional» en el presente Reglamento debe entenderse, en determinadas disposiciones,*

en un sentido amplio e incluir a la persona u órgano legitimado por el Derecho nacional para abrir procedimientos de insolvencia. A efectos de la aplicación del presente Reglamento, los procedimientos, que incluyen las diligencias y formalidades legalmente estipuladas, no solo deben cumplir lo dispuesto en este, sino que también deben estar reconocidos oficialmente y tener eficacia jurídica en el Estado miembro en el que se abra el procedimiento de insolvencia.”

⁷⁶⁵ En su momento y al tratar la competencia de los órganos del concurso para la tramitación de otros supuestos derivados de la comunicación del artículo 5 bis o de los supuestos de homologación ya indicamos la necesidad de esta interpretación (vis atractiva) que ahora resultaría igualmente desigual si distinguimos entre un proceso comunitario y otro que no lo es.

⁷⁶⁶ MAYER P *Droit international privé*. Ed. Montchrestien. 1994, Paris. Número 668.

internacional, validez internacional de decisiones, normas de conflicto y un verdadero código de Derecho internacional privado concursal⁷⁶⁸.

Conforme al artículo 7 del Reglamento salvo que se disponga de otro modo en el mismo, la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento («el Estado de apertura del procedimiento»).

La ley del Estado de apertura del procedimiento determinará las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia. Dicha ley determinará en particular: a) los deudores respecto de los cuales pueda abrirse un procedimiento de insolvencia; b) los bienes que forman parte de la masa y el tratamiento de los bienes adquiridos por el deudor, o que se le transfieran, después de la apertura del procedimiento de insolvencia; c) las facultades respectivas del deudor y del administrador concursal; d) las condiciones de oponibilidad de una compensación; e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos vigentes en los que el deudor sea parte; f) los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales, con excepción de los procesos en curso; g) los créditos que deban reconocerse en el pasivo del deudor y el tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia; h) las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos; i) las normas del reparto del producto de la realización de los activos, la prelación de los créditos y los derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente satisfechos después de la apertura del procedimiento de insolvencia en virtud de un derecho real o por el efecto de una compensación; j) las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia, en particular, mediante convenio; k) los derechos de los acreedores después de terminado el procedimiento de insolvencia; l) la imposición de las costas y los gastos en los que se incurra en el procedimiento de insolvencia; m) las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores.

No obstante lo anterior y tal y como se recogía en el Reglamento de 2000 la norma contiene excepciones⁷⁶⁹ basadas en “cuestiones sujetas a conexiones especiales” y no a la *Lex Fori Concursus*. Pero en cualquier caso⁷⁷⁰ no se trata de normas de conflicto. En supuestos de cuestiones que pudieran ser discutidas la regla será la general y por lo tanto *lex fori concursus*⁷⁷¹.

La existencia de estas excepciones, que son las que ahora nos interesan, se justifican en argumentos sustantivos como el efecto sorpresivo del sometimiento de determinados bienes a una resolución extranjera o procesales en tanto al procedimiento que ha de seguirse o el registro al que están sujetos los citados bienes. Algún autor⁷⁷² ha distinguido en tal sentido entre bienes

⁷⁶⁷ CALVO /CARRASCOSA *Derecho Concursal*, pg 108.

⁷⁶⁸ DANIELE L. << Lege aplicabile ...>> *RDIPP*, 2002, I. pgs 33 a 50

⁷⁶⁹ GARCIMARTIN ALFÉREZ << El Reglamento de insolvencia: una aproximación general,>> AAVV, *Cooperación judicial internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Escuela Judicial, CGPJ. Cuadernos. Madrid 2001. pp 229-352.

⁷⁷⁰ CALVO/CARRASCOSA, op. Cit. pg. 119

⁷⁷¹ DANIELLE , op. Cit. pg. 37.

⁷⁷² POILLOT-PERUZZETTO S. << Le créancier et la faillite européenne>>. *Comentaire de la Convention des Communautés Européennes relative aux procédures d'insolvabilité. JDI Clunet*, 1997>> pg 770.

inmunes al procedimiento de insolvencia o bienes extraconcursoales y bienes intraconcursoales pero sujetos a otras leyes distintas a la *lex fori concursus*.

Nuestro análisis ha de centrarse exclusivamente en relación a los supuestos derivados de acuerdos de refinanciación o reestructuración de deuda en tanto son recogidos como novedad y centran el objeto del presente estudio.

De esta forma la afectación de los procedimientos de insolvencia sobre derechos reales (art. 8) , compensación (art. 9), reserva de dominio (art. 10) , contratos sobre bienes inmuebles (art. 11), sistemas de pago y mercados financieros (art. 12) , contratos de trabajo (art. 13) , derechos sometidos a registro incluidas patentes (arts 14 y 15) , terceros adquirentes (art. 17), procesos judiciales o arbitrales en curso (art. 18) o limitación en relación a los actos perjudiciales (art. 16) vendrá delimitada en función de los citados preceptos y deberá aplicarse, también en estos casos, conforme a la jurisprudencia que hasta el momento se ha venido dictando al efecto y que la norma actual reproduce respecto de la anterior en régimen general.

6. Instrumentos paralelos preconcursales y concursales en diferentes países.

De conformidad a todo ello resultaría que bien como principal y universal o como secundario o territorial el nuevo Reglamento prevé reglas de competencia y coordinación de procedimientos tanto en supuestos de insolvencia como en supuestos de herramientas preconcursales que intenten evitar esas situaciones de insolvencia. La casuística a tales efectos puede ser muy amplia pero debemos tratar algunos supuestos problemáticos que deben conciliarse. Para ello partimos del respecto a los supuestos competenciales y por tanto que la solicitud se presenta en cualquiera de los supuestos en los tribunales u órganos competentes en cada caso.

Debemos partir de lo previsto en el artículo 1, último apartado, del Reglamento en cuanto a que recoge, para estos supuestos, que “[E]n los casos en los que los procedimientos a que se refiere el presente apartado puedan iniciarse en situaciones en las que únicamente existe una probabilidad de insolvencia, su propósito será evitar la insolvencia del deudor o el cese de su actividad.” Es decir que el procedimiento preconcursal va dirigido a evitar la declaración de insolvencia y por ello tanto en cuanto a la principal como a la secundaria o a la posible territorial.

Lo anterior permite por tanto la convivencia de procesos de refinanciación en uno o varios países con otros posibles de solicitud de insolvencia en una estructura ciertamente problemática que debe partir de⁷⁷³:

- a) La definición de procedimiento de insolvencia incluye todos los supuestos del Anexo A del Reglamento. Para España supuestos de

⁷⁷³ Tengamos en cuenta que conforme a la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (asunto C-116/11) el artículo 27 del Reglamento nº 1346/2000, según su modificación por el Reglamento nº 788/2008, debe interpretarse en el sentido de que el tribunal que conoce de una solicitud de apertura de un procedimiento secundario de insolvencia no puede examinar la insolvencia del deudor contra el que se ha abierto un procedimiento principal en otro Estado miembro, aun si ese último procedimiento persigue una finalidad protectora

- concurso, acuerdos extrajudiciales de pago, homologación y comunicación pública del 5 bis.
- b) Un procedimiento principal de insolvencia podrá abrirse por ante el Tribunal Competente conforme al centro de intereses principales del deudor en los términos previstos en el artículo 3 y conlleva universalidad salvo que existan otros procedimientos territoriales y/o secundarios en cuanto a los efectos de estos en cada país. Cuando se abra un procedimiento de insolvencia principal, los procedimientos de insolvencia territoriales pasarán a ser procedimientos de insolvencia secundarios.
 - c) Cuando el centro de intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro solo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si este posee un establecimiento en el territorio de este otro Estado miembro. Los efectos de dicho procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.
 - d) Cuando se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del apartado 1, cualquier otro procedimiento de insolvencia que se abra con posterioridad en aplicación del apartado 2 será un procedimiento de insolvencia secundario.
 - e) Un procedimiento de insolvencia territorial basado en el apartado 2 solo podrá abrirse con anterioridad a un procedimiento de insolvencia principal en aplicación del apartado 1 en uno de los siguientes supuestos: a) cuando no pueda abrirse un procedimiento de insolvencia principal debido a las condiciones establecidas por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor; b) cuando la apertura del procedimiento de insolvencia territorial sea solicitada por: i) un acreedor cuyo crédito tenga su origen en la explotación de un establecimiento situado dentro del territorio del Estado miembro en el que se ha solicitado la apertura del procedimiento territorial o cuyo crédito esté relacionado con dicha explotación, o ii) una autoridad pública que, de conformidad con la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el establecimiento, esté facultada para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

Por lo tanto y de conformidad a ello resultaría:

1º. Inicio de un procedimiento preconcursal en España y en otro u otros países de la Unión Europea.

Esta posibilidad parte de la necesidad de existencia de un centro de principales intereses en cualquiera de ellos, establecimientos⁷⁷⁴ en los otros o simplemente supuestos territoriales que la norma prevé.

2º. Inicio de un procedimiento preconcursal en España como centro de principales intereses y solicitud de declaración de insolvencia territorial y/o secundaria en otro país.

⁷⁷⁴ Por establecimiento entiende el Reglamento todo lugar de operaciones en el que un deudor ejerza o haya ejercido, en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura del procedimiento principal de insolvencia, de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y materiales.

Dada la limitación y el efecto derivado de ello a los bienes del deudor situados en el país en donde se tramita el procedimiento secundario tampoco impediría, aunque sí podría limitar el posible acuerdo principal, que esto fuera posible.

3º. Inicio de un procedimiento preconcursal en otro país de la Unión Europea como centro de principales intereses y solicitud de declaración de concurso en España.

Es el supuesto inverso anterior y por tanto también posible sin perjuicio de la afectación que la tramitación de este concurso secundario pudiera tener en cuanto a limitar el posible acuerdo del principal.

No obstante lo anterior el artículo 38 del Reglamento viene a recoger ciertas matizaciones que parten de esa concurrencia para evitar esa problemática. En tal sentido distingue varios apartados que debemos analizar:

- Por un lado si el procedimiento principal abierto conlleva paralización de ejecuciones individuales, el órgano jurisdiccional competente para ello, a instancia del administrador concursal o del deudor no desapoderado, podrá suspender la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario durante un plazo no superior a tres meses, siempre que se hayan tomado medidas adecuadas para proteger los intereses de los acreedores locales.
- El órgano jurisdiccional competente para el procedimiento secundario podrá adoptar medidas cautelares para proteger los intereses de los acreedores locales impidiendo al administrador concursal o al deudor no desapoderado trasladar o disponer de ningún bien ubicado en el Estado miembro en el que se encuentre su establecimiento salvo que se trate de actos u operaciones propios de su giro o tráfico. El órgano jurisdiccional podrá dictar asimismo otras medidas para proteger los intereses de los acreedores locales durante la suspensión, salvo que ello sea incompatible con sus normas procesales civiles nacionales.
 - o El órgano jurisdiccional levantará la suspensión de la apertura del procedimiento de insolvencia secundario, de oficio o a instancia de cualquier acreedor, si durante la suspensión se hubiera alcanzado un acuerdo en las negociaciones.
 - o El órgano jurisdiccional podrá levantar la suspensión, de oficio o a instancia de cualquier acreedor, si su continuación menoscabase los derechos de los acreedores, en particular en caso de que se hayan interrumpido las negociaciones o resulte evidente que existen pocas probabilidades de que prosperen o en caso de que el administrador concursal o el deudor no desapoderado no hayan respetado la prohibición de disponer de los bienes o de trasladarlos fuera del territorio del Estado miembro en el que se encuentre el establecimiento.
- Cuando se abra un procedimiento principal en cualquier país que conlleve nombramiento de administrador concursal y a instancias de este, el órgano jurisdiccional del procedimiento secundario podrá abrir un tipo de procedimiento de insolvencia que figure en el anexo A distinto del solicitado inicialmente, siempre que se cumplan las condiciones de apertura de este otro tipo de procedimiento conforme al Derecho

nacional y que ese procedimiento sea el más adecuado respecto a los intereses de los acreedores locales y por motivos de congruencia entre el procedimiento de insolvencia principal y el secundario. En tal caso cuando el procedimiento de insolvencia principal exija que el deudor sea insolvente, la insolvencia del deudor no se examinará de nuevo en el Estado miembro en el que se pueda abrir un procedimiento de insolvencia secundario⁷⁷⁵.

De igual forma, y en supuestos de declaración de insolvencia o desapoderamiento, cuando el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal haya contraído un compromiso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36, el órgano jurisdiccional competente del procedimiento secundario, a instancia del administrador concursal, no abrirá un procedimiento de insolvencia secundario si considera que el compromiso protege adecuadamente los intereses generales de los acreedores locales. En este caso la posibilidad prevista es por tanto que el administrador concursal de un procedimiento principal pueda contraer compromisos a los efectos de impedir la declaración de concurso secundario. Los acreedores locales podrán solicitar que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia principal exijan al administrador concursal de dicho procedimiento que tome las medidas apropiadas necesarias para garantizar el cumplimiento de las condiciones del compromiso adquirido, de acuerdo con el Derecho del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia principal. E igualmente los acreedores locales podrán también acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que hubiera podido abrirse un procedimiento de insolvencia secundario para solicitar que el órgano jurisdiccional tome medidas provisionales o cautelares para garantizar que el administrador concursal cumple las condiciones del compromiso. Las reglas previstas en dicho precepto son:

1. Con el fin de evitar la apertura de procedimientos de insolvencia secundarios, el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal podrá contraer un compromiso unilateral («el compromiso») con respecto a los bienes situados en el Estado miembro en el que pueda abrirse un procedimiento de insolvencia secundario según el cual, al distribuir dichos bienes o los importes percibidos como resultado de su realización, cumplirá con los órdenes de prelación del Derecho nacional a la que se acogerían los acreedores en caso de que se abriera un procedimiento de insolvencia secundario en dicho Estado miembro. El compromiso especificará las circunstancias de hecho en las que se base, en particular en cuanto al valor de los bienes situados en el Estado miembro afectado y a las opciones existentes para realizar dichos bienes.
2. En caso de que se contraiga un compromiso de conformidad con el presente artículo, la ley aplicable a la distribución de los importes percibidos por la realización de los bienes a que se refiere el apartado 1, al orden de prelación de los créditos y a los derechos de los acreedores en relación con los bienes mencionados en el apartado 1 será la del Estado miembro en el que hubiera podido abrirse un procedimiento de

⁷⁷⁵ Esta regla es general para todos los supuestos conforme al artículo 34 del Reglamento.

insolvencia secundario. El momento pertinente para determinar los bienes mencionados en el apartado 1 será el momento en el que se contraiga el compromiso.

3. El compromiso se expresará en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del Estado miembro en el que hubiera podido abrirse un procedimiento de insolvencia secundario o, en caso de que en dicho Estado miembro existan varias lenguas oficiales, la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que podía abrirse el procedimiento de insolvencia secundario.
4. El compromiso se expresará por escrito. Estará sujeto a cualesquiera otros requisitos relativos a la forma, y a requisitos de aprobación en relación con la distribución, si los hubiera, del Estado miembro en el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia principal.
5. El compromiso será aprobado por los acreedores locales conocidos. Se aplicarán asimismo a la aprobación del compromiso las normas sobre mayoría cualificada y votación que se apliquen a la adopción de planes de reestructuración conforme al Derecho del Estado miembro en el que hubiera podido abrirse un procedimiento de insolvencia secundario. Los acreedores podrán participar en la votación utilizando medios de comunicación a distancia, cuando el Derecho nacional lo permita. El administrador concursal informará del compromiso a los acreedores locales conocidos, así como de las normas y procedimientos para su aprobación y de la aprobación o denegación del mismo.
6. El compromiso contraído y aprobado conforme al presente artículo será vinculante para la masa. Cuando se inicien procedimientos de insolvencia secundarios de acuerdo con los artículos 37 y 38, el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal transferirá al administrador concursal del procedimiento de insolvencia secundario todos los bienes trasladados fuera del territorio de dicho Estado miembro después de que se haya contraído el compromiso, o sus importes en caso de que dichos bienes ya se hayan realizado.

En último lugar y conforme al artículo 52 del Reglamento cuando el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, competente para la declaración de un procedimiento principal, nombre a un administrador concursal provisional con el fin de asegurar la conservación de los bienes del deudor, dicho administrador provisional estará habilitado para solicitar cualquier medida de conservación o protección sobre los bienes del deudor situados en otro Estado miembro, prevista por la ley de dicho Estado miembro para el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la resolución de apertura del procedimiento. Y esto afectará evidentemente a los bienes del deudor en otro Estado. Debemos tener en cuenta que el propio Reglamento recoge un reconocimiento inmediato de las decisiones relativas a la apertura, desarrollo y conclusión de los procedimientos de insolvencia que entran en su ámbito de aplicación y de las resoluciones judiciales dictadas en dichos procedimientos. Por esta razón, el reconocimiento automático debe tener por consecuencia que los efectos que el Derecho del Estado miembro de apertura

del procedimiento atribuye a este se extiendan a todos los demás Estados miembros⁷⁷⁶.

La trascendencia de todo ello se puede ver, por ejemplo, en la STJUE de 11 de junio de 2015 (asunto C-649/13⁷⁷⁷) en donde se concluye que artículos 3, apartado 2, y 27 del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, deben interpretarse en el sentido de que los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia son competentes, con carácter alternativo a los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento principal, para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos de ese procedimiento secundario. Esto no está previsto tampoco en el nuevo reglamento por lo que la distinción, que se mantiene, seguirá el mismo criterio interpretativo. A tal efecto las acciones anexas que puedan plantearse, existiendo un procedimiento de insolvencia debe resolverse al margen del Reglamento nº 44/2001, por relacionarse con «la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos». La referencia a dichos procedimientos análogos incluyen las nuevas instituciones que el Reglamento de 2015 recoge y por tanto entrarán en el ámbito de aplicación del mismo⁷⁷⁸. De modo simétrico, las acciones que no estén incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 entrarán en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001⁷⁷⁹.

Y de otro lado la referida sentencia dictamina que en el asunto principal incumbe al tribunal remitente comprobar, en primer término, si los bienes en cuestión, que al parecer no pueden ser considerados bienes materiales, constituyen bienes o derechos que el propietario o el titular debe hacer inscribir en un registro público, o si deben ser considerados como créditos. En segundo término, incumbirá al mismo tribunal determinar si el Estado miembro bajo cuya autoridad se lleva ese registro es el mismo en el que se ha abierto el procedimiento secundario de insolvencia, o en su caso si el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el centro de los intereses principales del deudor es uno u otro. Sólo en el caso de que una de esas comprobaciones lleve a un resultado positivo, los bienes considerados estarán sujetos al procedimiento secundario de insolvencia abierto.

⁷⁷⁶ Conforme al artículo 33 del Reglamento y de forma muy limitada todo Estado miembro podrá negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro o a ejecutar una resolución dictada en el marco de dicho procedimiento cuando dicho reconocimiento o dicha ejecución pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución.

⁷⁷⁷

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164958&pageIndex=0&doclanq=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=107719>

⁷⁷⁸ Están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 las acciones que emanan directamente de un procedimiento de insolvencia y que están estrechamente relacionadas con él («acciones anexas»). Como consecuencia de ello, tan sólo las mencionadas acciones están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1346/2000 (véase la sentencia Nickel & Goeldner Spedition, C-157/13, EU:C:2014:2145, apartados 22 y 23 y jurisprudencia citada).

⁷⁷⁹ Sentencia Nickel & Goeldner Spedition, C-157/13, EU:C:2014:2145, apartado 21

A todo lo anterior hemos de añadir la cooperación entre los diferentes órganos jurisdiccionales que se establece el capítulo V para los supuestos de grupos de sociedades.

CONCLUSIONES.

- I. La actual normativa concursal adolece de una importante descoordinación entre normas. Ello se debe fundamentalmente a la aprobación asistemática de numerosas leyes que han modificado el texto inicial. La razón esencial de estas reformas habidas desde el año 2003, en que se publica la Ley Concursal sobre la normativa de insolvencias, obedece a la necesidad de adecuar el régimen previsto inicialmente a las nuevas circunstancias de salvamento y solvencia ante supuestos de crisis o *distress*. Desde ahí se construye un sistema preconcursal que pretende evitar la insolvencia y proteger la empresa viable y el empleo. Los diferentes intereses en juego se vienen conjugando mal en una dispersión normativa que distingue normas concursales, normas de derecho preconcursal y normas de derecho paraconcursal. En lo referido a la normativa preventiva o protectora de situaciones de *distress* o insolvencia el legislador ha construido hasta tres instrumentos diferentes (sin contar con sus variantes) que se introducen en la norma de insolvencias de forma parcial, evolutiva y parcheada. Ello hace que se generen incoherencias y que la interpretación jurisdiccional sea también contradictoria. Llegados a este punto y tras todos estos años, la exigencia es una regulación autónoma de dicha institución bien mediante la creación de un cuerpo (código) normativo aplicable a todos estos supuestos (y con las peculiaridades propias del sector o el interés protegido para cada caso) o su identificación capitular propio y completo dentro de la normativa concursal o incluso ajena a ella. La opción de un solo cuerpo normativo se nos antoja la más interesante de cara a la seguridad jurídica y con la posibilidad de considerar la citada norma como norma general aplicable en todas las jurisdicciones y en todos los supuestos.
- II. El proceso de homologación es esencialmente un procedimiento que se dirige a proteger el acuerdo - al que han llegado deudor y acreedores- con intervención judicial. Aunque tendrá incidencia en ello, lo cierto es que no es técnicamente correcto hablar de convenio pre-concursal o anticipación de la fase de convenio mediante las figuras de refinanciación. Al mismo tiempo supone el reconocimiento de determinados efectos sobre los créditos, las garantías y posibles derechos de separación para el supuesto de posterior concurso, con protección de los mismos para evitar posteriores reintegraciones. Supone por ello el reconocimiento de un interés esencial al salvamento de la empresa con su propia instrumentalización, pero sin incidencia en las fases posteriores que podrán volver a intentar (con contenidos similares tras el RDL 11/2014 y la Ley 9/2015) esa posibilidad de acuerdo (convenio). En tanto norma de naturaleza concursal sus efectos se reflejan en un posterior proceso concursal y respecto del mismo se regula y se proyecta. No obstante la cuestión se complica un poco más cuando, además del régimen o protección frente al proceso concursal posterior, se introducen normas que, derivadas del proceso de homologación, dan lugar a efectos propios

derivados de la misma. En definitiva tenemos un doble régimen que diferencia tanto el supuesto de protección posterior al concurso (naturaleza preconcursal) y un régimen alternativo o marginal al propio concurso (paraconcursal).

- III. La “comunicación” del artículo 5 bis tiene un carácter híbrido en cuanto a tal comunicación y a ser, igualmente, una herramienta en la que puede instrumentarse una petición de suspensión de ejecuciones, solicitud de privacidad y carácter secreto. No obstante su desarrollo paralelo a la evolución de las figuras de refinanciación – aunque no coordinado- nos lleva a discordancias y defectos que debemos suplir en cualquier caso con la Ley Concursal y con la Ley de Enjuiciamiento Civil en una interpretación sistemática. La evolución de dicho precepto nos lleva a considerar que no nos encontramos tan solo ante una simple comunicación sino con un acto de naturaleza procesal.
- IV. Defendemos el carácter facultativo de la homologación de acuerdos desde la doble perspectiva del deudor y de los acreedores. La reforma producida con la Ley 9/2015 en la adicional cuarta, conlleva no solo el carácter facultativo del deudor para homologación sino también la legitimación de los acreedores para que el acuerdo se homologue; y por tanto la obligación del deudor de someterse a ello imperativamente. La norma no recoge ni regula qué es lo que sucede en caso de varias solicitudes. El juzgador realizará un primer control formal (y solo eso) de la misma dejando para el posterior de la homologación el control de contenido que pueda ser contrario al orden público; y posteriormente, en caso de impugnación, el de contenido viable. Aunque la norma parece prever la continuidad de los efectos desde una comunicación del artículo 5 bis y hasta completar el proceso de homologación no necesariamente habrá de darse esta situación si no se produce aquella comunicación.
Por otro lado el art. 568 de la LEC, cuando se refiere a la suspensión o imposibilidad de ejecución con supuestos de comunicación o de concurso, no se refiere expresamente al proceso de homologación pero necesariamente habrá de conciliarse con lo desarrollado por la DA 4ª. De ahí que presentada la solicitud de homologación no sea posible tampoco iniciar ejecuciones.
- V. Si la disposición adicional cuarta es también una norma procesal concursal en cuya evolución ha influido nuestro derecho interno y el derecho comunitario es necesario proteger el principio de contradicción en todas sus fases. Se defiende entonces la posibilidad de plantear declinatoria (al margen de la revisión de oficio por el juzgador) en cualquiera de los supuestos en que nos encontremos y la personación en cualquiera de las fases del mismo. Uno de los grandes defectos de la norma es no recoger los supuestos de “competencia funcional” para resolver cualquier problemática que pudiera plantearse respecto de la homologación. Conocer hasta donde llega la competencia del juez que homologa respecto de dicho procedimiento y otros que pudieran afectarle y todo aquello que pudiera derivar del acuerdo homologado es vital para su utilidad. Es trascendental la necesaria reforma que a tal efecto debe devenir de

la adicional para acomodar la ejecución completa del acuerdo con los diferentes supuestos y casuística que pudiera generarse.

- VI. A efectos del contenido de los acuerdos de homologación debemos distinguir entre las operaciones particularmente previstas y todas aquellas, muy amplias, que podrán darse en el seno de los acuerdos, cuya regulación se exige completa a los efectos de evitar problemas posteriores de cumplimiento o incumplimiento del citado acuerdo homologado. Tanto en unas como en otras debemos conciliar la normativa con las posibilidades previstas en otras normas, fundamentalmente en materia de sociedades de capital, en donde los acuerdos deben seguir los criterios previstos tras la reforma de la Ley 31/2014 de 3 de diciembre de la Ley de Sociedades de Capital. El mayor defecto de la regulación del contenido de los Acuerdos de Refinanciación y su posterior homologación es que no se ha preocupado el legislador de dar una respuesta al régimen, rango registral u otros que puedan afectar a las garantías en relación a los supuestos de arrastre (pues en los supuestos de suscripción o adhesión es evidente que podrá y deberá haberse pactado). Esos efectos y cualesquiera otros que pudieran así haberse pactado o resulten de los citados pactos deberán ser determinados y aclarados en la resolución que homologue el acuerdo de conformidad a lo previsto en el apartado sexto de la adicional cuarta. Y además contemplar las posibilidades y límites que pudiera determinar la Dirección General de Registros y Notariado para poder inscribir determinados acuerdos que pudieran afectar a las garantías reales que consten en los registros.
- VII. Si partíamos de una solicitud inicial en la que se habían comprobado judicialmente los requisitos formales, el auto de homologación parte de un nuevo control ahora más amplio. La consideración del acuerdo como un todo , que parece prever la norma con su elevación a escritura pública , no impide que el control del juzgador se produzca, en relación a ese objetivo perseguido por remisión al artículo 71 bis 1 a) , sobre el conjunto de pactos que allí se contienen. El problema surge en cuanto a la posibilidad de todo o nada en la homologación; es decir si es posible homologar parte de dicho acuerdo marginando en la resolución aquellos pactos que infrinjan lo señalado bien por afectar a esa legalidad, a terceros o al orden público. Por su relación con un plan de viabilidad, al que queda inexorablemente unido, entendemos que el juzgador no tendrá más remedio que optar entre una homologación completa o no homologación en estos supuestos salvo que se trate de cuestiones de orden público. La norma resulta aquí igualmente insuficiente ante la casuística procesal que se puede generar en cuanto a personación, contradicción, recursos y plazos debiendo acomodarse a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil; pues en realidad regula parcialmente la personación y los recursos frente a la resolución final pero la primera se delimita tras la publicación y no con anterioridad y el régimen de recursos no se prevé en supuestos interlocutorios.
- VIII. El cumplimiento o incumplimiento del acuerdo se prevé en la norma desde la canalización de esta última, estableciendo un incidente

propio a efectos de incumplimiento pero no a efectos de cumplimiento. Defendemos la posibilidad de ejecución de dichos acuerdos tanto desde su instrumentación en escritura pública como desde la homologación. La problemática de la ejecución de la homologación acordada y los efectos del auto que homologa se extiende a los supuestos de ejecución provisional, de la ejecución forzosa del acuerdo inicial cuando su cumplimiento no se realiza voluntariamente, de la ejecución forzosa- en su caso- de los efectos que se derivan de la homologación, de la afectación en esa ejecución de los acreedores que se han adherido y de la competencia, legitimación, particularidades y limitaciones que en unos u otros supuestos podamos encontrar. Las posibilidades de ejecución, sin embargo, no son tan amplias como cualquier tipo de ejecución, sino que irán destinadas al cumplimiento de las obligaciones pactadas o al desarrollo de los efectos derivados del acuerdo homologado tanto para los adheridos como para los arrastrados. De otra forma entendemos que la imposibilidad de ejecución conllevaría la necesidad de acudir al régimen de incumplimiento previsto en la citada norma. La sustitución de medidas o su conversión dineraria aparece cuanto menos difícil en el encuadre de la norma. En materia de incumplimiento entendemos encarecidamente que habría que distinguir entre los supuestos de verdadero incumplimiento y un posible incumplimiento no substancial, relativizando la gravedad de los efectos de la norma. Defendemos , al contrario que otros autores, que la regla general de la declaración de incumplimiento es de “*no resolución*” en caso de declaración de incumplimiento , sino de la posibilidad, sin declarar resuelto el acuerdo, de acudir a la vía de concurso necesario por dicho incumplimiento que estaba vetada con anterioridad ; o de ejecutar las garantías reales con sujeción a dichas normas especiales; en este caso incluso aunque se considere o no que es de aplicación, tras la declaración de concurso, la limitación prevista en el artículo 56 LC por otorgar (o no) un derecho de separación que entendemos puede estar intrínseca en esa facultad u opción que el legislador otorga.

- IX. El acuerdo homologado resultará afectado necesariamente con el posterior concurso de acreedores que pudiera devenir. Aunque, como efecto principal, la norma prevé la no reintegración del mismo, es evidente que su análisis podrá realizarse desde el cumplimiento de los requisitos legales previstos para ello. Y su declaración de incumplimiento determinará la aplicación de las normas de ejecución previstas en la propia adicional para supuestos de garantías reales. Si el acuerdo debe resolverse o no con la declaración de concurso, en qué medida podrán ejecutarse , o no, los acuerdos que afecten a garantías reales tras la declaración o la afectación de los adheridos son cuestiones no resueltas que habrán de tomar en consideración la normativa concursal al efecto.
- X. El impacto que producirá en nuestro derecho la entrada en vigor, en junio de 2017, del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (que sustituye al anterior del año 2000) tiene mucho que ver con la

introducción en su ámbito de los supuestos comunitarios de refinanciación y reestructuración y el anexo al mismo que recoge la afectación en otros países de dichos supuestos. Al haber recogido en su ámbito los instrumentos *pre* y *para* concursales existentes en los diferentes países de la Unión Europea la interacción que se producirá respecto de situaciones concursales (principales y/o secundarios) dará lugar a necesarias coordinaciones desde la normativa comunitaria y por tanto en aplicación de las reglas comunes que en la misma se establece. Esto afectará esencialmente a la competencia y a los efectos que de las situaciones universales o territoriales pudieran sucederse.

BIBLIOGRAFÍA.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt*. Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972). Tomo II, UNAM, México, 1974.

ALCOVER GARAU G . <<Aproximación al régimen jurídico contenido en el art. 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso>>. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal (RdCP)*, 20010-13, pg. 324.

ALEMÁN LAÍN P, *Función del valor nominal en las acciones, una aproximación desde el derecho norteamericano*. Aranzadi. 2003.

ALEMANY EGUIDAZU J, <<Subordinación contractual y subordinación concursal>> La Ley AÑO XXV. Número 6004. Lunes, 26 de abril de 2004.-

ARÁ TRIADU C, << El contenido del acuerdo (I)>>.AAVV .*En Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial / José Antonio García-Cruces González (Dir.)*, 2013. pg. 133

AREVALO CABALLERO W, << Efectos sustantivos y procesales del pacto de non petendo>>.Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, José Manuel González Porras (coord.), Fernando P. Méndez González (coord.) Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004 Volumen 1, pg. 344.

ASQUITH, P.; GERTNER, R. y SCHARFSTEIN, D. (1994): <<Anatomy of financial distress: an examination of junk-bond issuers>>, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, Nº 3, pp. 625-658.

ALONSO ESPINOSA FJ, <<Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el RD-Ley 3/2009. >> *AdC* , Nº. 21, 2010, pgs. 143-162 pg. 154.

ALTMAN EI. (2005) *Corporate Financial Distress and Bankruptcy: A Complete Guide to Predicting and Avoiding Distress and Profiting from Bankruptcy*. 3rd Edition. John Wiley & Sons.

ALVAREZ VEGA , MI .*La protección jurídica del deudor sobreendeudado e insolvente*. Civitas Thomson Reuters, 2010 ,pg. 475..

ARAYA, TOMAS M, <<La empresa insolvente y los créditos subordinados>> La ley, 16/09/2009, 1.

AREVALO CABALLERO V, << Efectos sustantivos y procesales del pacto de non petendo.>> Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Volumen 1. Universidad de Murcia. 2004. Pgs. 339 a 362.

ATIENZA LÓPEZ, JOSÉ IGNACIO: <<Reflexiones prácticas sobre las costas en la ejecución provisional de sentencias civiles>>, <http://www.upsj.org/>.

http://www.upsj.org/documentos/articulos_doctrinales/costas_ejecucionprovisio nal.pdf. Pg. 6.

AZNAR GINER E,

- *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Tirant. 2014, pg. 75.
- *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*. Tirant 2012.
- *Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Tirant. 2014. pg. 241-243.

BAUTISTA SAGUÉS E, << Aspectos prácticos de las reestructuraciones>> *RMV*, 4, 2009 p 84.

BANACLOCHE PALAO, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, De la Oliva Santos (Dir), Civitas, 2001, p. 699.

BERMAN G, *Common Law Assignments for the Benefit of Creditors: The Reemergence of the Nonbankruptcy Alternative*, 21 Cal. Bankr. J. 357 (1993).

BELTRÁN E,

- <<Hacia un derecho preconcursal. El proyecto de ley belga sobre empresas en dificultades>> *La Ley*: Nº 4, 1985 , pgs. 1139-1142.
- <<Insolvencia de las familias en la Ley Concursal Española. El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores) >>/ coord. por Jorge Luis Tomillo Urbina, Julio Álvarez Rubio, 2008, pgs. 199-210. Recoge los contenidos presentados a: Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (1. 2007. Santander).
- <<La reforma -inarmónica- de la ley Concursal >> *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 775, 2009 , pgs. 8-14.
- «Hacia la reforma de la Ley Concursal» en SOTILLO (Dir.) .*Curso sobre la aplicación de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pgs. 709-712.
- Ponencia Magistral de Clausura. III Congreso de Derecho Mercantil y Concursal (EXFIMER), Antequera, 26 de abril de 2008. Disponible en exfimer.es.
- BELTRÁN E y GARCÍA CRUCES JA, <<Acuerdos de refinanciación>> en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo I, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p 153,

BERMEJO GUTIÉRREZ, N., en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid (Thomson Civitas), 2004, pg. 2246

BRANCÓS NÚÑEZ, E <<La escritura pública como título ejecutivo extrajudicial>> .*La Notaria* nº 7-8/2002, pp. 11 a 24.

BRENNAN, M. y KRAUS, A. (1987): <<Efficient financing under asymmetric information>>, *Journal of Finance*, Vol. 42, Nº 5, pp. 1225-1243.

BRIGGS J. *Re Cheyne Finance PLC* (No.2) [2008] Bus LR 1562.

BROWN, D.; JAMES, C. y MOORADIAN, M. (1994): <<Asset sales by financially distressed firms>>, *Journal of Corporate Finance*, Vol. 1, Nº 2, pp. 233-257

BROWN, D.; JAMES, C. y MOORADIAN, M. (1993): <<The information content of distressed restructurings involving public and private debt claims>>, *Journal of Financial Economics*, Nº 33, pp. 93-118.

BUSTOS CONTELL, E., *Préstamo participativo: Instrumento de financiación de las Pymes*, Madrid, 2002, p. 20.

CABANAS TREJO R,

- <<Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos>>. *Diario La Ley*, Nº 8285, 2014.
- , <<La garantía real en el precurso de acreedores>>. *Diario La Ley*, Nº 8317, Sección Doctrina, 23 de Mayo de 2014, Año XXXV.

CALLEJON CARRIÓN S, << El título constitutivo de la deuda como título ejecutivo en el proceso de ejecución hipotecaria>>. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014.

CAMPUZANO AB , PASCUAL M, BARRUSO B. *La empresa: información jurídica, económica y financiera. Organización y gestión de personal* 3ª Ed.. Tirant 2013.

CAÑIZARES A (Dir.), Conclusiones alcanzadas en el I Congreso Internacional. Perspectivas del Derecho Inmobiliario y de la Edificación. <http://www.uma.es/derecho-de-la-edificacion/info/33157/perspectivas/>.

CANDELARIO MACÍAS, MI, *La gestión de la empresa en crisis: identidad y sentido práctico de los acuerdos de refinanciación*. Tirant 2014.

CARRASCO BRIONES, J: <<La ejecución provisional de las resoluciones judiciales>> 2011. http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111818/de-Carrasco_javier.pdf?. Pg. 47.

CARRASCO PERERA A

- «Esperas» y «acreedores con garantía real» en los acuerdos de refinanciación de la disp. adic. 4.ª de la Ley Concursal a propósito del acuerdo CELSA>> Análisis GA&P | Julio 2013 2.

- << El “valor de la garantía real” y el “sacrificio desproporcionado” en los acuerdos de refinanciación del RD Ley 4/2014.>> <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-valor-de-la-garantia-real-y-el-sacrificio-desproporcionado-en-los-acuerdos-de-refinanciacion-del-rd-ley-4-2014.pdf>. Última entrada 12/10/2015.
- <<Comentario a los artículos 1809 a 1819>>, en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dr.) Aranzadi, Navarra, 2001, páginas 2045 y 2047.

CARRASCO PERERA A, CORDÓN MORENO F, <<Ejecución de garantías reales tras el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado en la disposición adicional 4.ª de la Ley Concursal tras la modificación producida por el RDL 4/2014>> *Diario La Ley*, Nº 8322, Sección Tribuna, 30 de Mayo de 2014, Año XXXV.

CERDÁ ALBERO R Y SANCHO GARGALLO I, *Curso de Derecho Concursal*. Colex. 2000. Pgs. 268 y ss.

CERVERA MARTINEZ M, <<Efectos del concurso sobre los contratos>> en *Derecho Concursal*, BELTRÁN E/NIETO C (dirs) Valencia 2012. , pg. 191.

CHATZ J & LEVY JE, *Alternatives to Bankruptcy*, 17, NORTON J. BANKR. L. & PRAC. 149, 153 (2008)

CASTIELLO D'ANTONIO A. <<Acuerdos de reestructuración: nueva financiación preconcursal y "fresh money" en derecho italiano>>. *RdCP*, Nº. 15, 2011, pgs. 503-510.

CHULIÁ V. *Derecho Mercantil*, Volumen II. Tirant , pg. 1414:

CIUTAT CURA JI, <<Las operaciones de financiación matriz-filial en el ámbito de los grupos multinacionales utilizando préstamos participativos. Posible concurrencia de precios de transferencia. Una propuesta de actuación de la Administración Tributaria>>. Trabajo presentado al VII-B Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2007

CLIFFORD W. SMITH, JR AND JEROLD B. WARNER (1979) <<On financial Contracting: An Analysis of Bond Covenants.>> *Journal of Financial Economics* 7 (1979) 117-161. <http://www.simon.rochester.edu/fac/warner/jerry%20papers/ife-june%2079.pdf>. Última consulta 12/10/2015.

COHEN Y CHALLACOMBE, *Assignment for Benefit of Creditors -- A Contemporary Alternative for Corporations*, 2 DePaul Bus. L.J. 269 (1990).

COLINO MEDIAVILLA JL, <<La contratación bancaria >> Sequeira, A., Gadea, E., y Sacristán, F. (drs) . Dykinson, 2007, pg. 6.

CORTÉS DOMINGUEZ V.

- << La declaración judicial de concurso>> *Revista del poder judicial*. La Ley Concursal XVIII, número especial. CGPJ pgs. 14 y 15:
- *Introducción al derecho procesal*. Pg. 239. Tirant. 5ª edición 2011.

CRESPO AULLE, F. <<Comentarios a la legislación concursal>>. AAVV .SANCHEZ-CALERO, J y GUILARTE GUTIERREZ (Dres.), V. Tomo II, Valladolid 2004.

CRISTOBAL MONTÉS, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 88-89

CUJACIUS JACOBUS (Opera Ominia, V Mutinae, 1777, en *Pauli ad Edictum*. <<Si cum decem mihi>> ,pg. 77). Citado en la op. cit. 14.

CUENA CASAS, M,

- <<Ley de emprendedores, exoneración de deudas o fresh start>>, *AdC* número 30.
- <<El impacto económico del fresh start o Ley de 'segunda oportunidad'>>.Notario del Siglo XXI. Septiembre-octubre 2014 / N°57

CURTO POLO MM, <<La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal>> ,en GARCÍA CRUCES, *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* García-Cruces González (Dir.), 2013 , pg. 113.

CUTILLAS TORNS JM <<El artículo 5.3 y la posterior solicitud de concurso voluntario>>. *Revista Refor*. N° 33. Pgs. 24 y ss.

C-W CANARIS, *Handelsrecht*, 24ª Edición, Beck, Múnich, 2006 1.IV, página 17. Citado en prologo por el profesor Cerdá Albero de la obra de FERNANDEZ SEIJO, JM, *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Bosh, 2013, pg. 8.

DAMIÁN MORENO 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). *AdC*. N°. 21, 2010, pgs. 163-176.
- <<La ejecución provisional de sentencias en el proceso civil español>>, Riedpa: *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, N°. 1, 2009.
-

DAMMANN << Sauvegarde financière expresse: Vers une consécration législative du "prepack à la française">> , *Omnidroit* 15 de septiembre de 2010

DATTA, S. e ISKANDAR-DATTA, M. (1995a): <<The information content of bankruptcy filing on securityholders of the bankrupt firm: An empirical investigation>>, *Journal of Banking and Finance*, N° 19, pp. 903-919.

DE CÁRDENAS SMITH Y GARCÍA RODRIGUEZ << El concepto de entidad financiera a los efectos de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal>> *Diario La Ley*, número 8192, de 15 de noviembre de 2013.

DE VIVERO DE PORRAS C Y SILES TALENES AL << Los acuerdos de refinanciación en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio >>. *Revista Mercantil Sepin*, diciembre-2013.

DE MUNS YNZENGA, «Préstamos y créditos sindicados», en SAAVEDRA ORTIZ / SERRANO ACÍTORES, *Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros*, Bosch 2011, p. 36

DELGADO CRUCES, JS: <<La ejecución provisional>>, *Cuadernos de derecho judicial*, N°. 14, 2001 (Ejemplar dedicado a: La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, pgs. 15-86. Pg. 33. 25

DEL GUAYO CASTIELLA. I

- *Sector Público empresarial e instituciones paraconcursales*. Marcial Pons.2004. Pgs. 39 y siguientes
- *Derecho Procesal Civil* Tomo II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pg. 161 y .pg. 119

DÍAZ MARTINEZ M, *El proceso concursal*. 5ª Edición. Ramón Areces. Pg. 62.

DÍAZ MORENO A,

- <<El convenio en los dos años y medio de vigencia de la Ley concursal>> *RdCP* N°. 8, 2008, pgs. 139-151.
- <<Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos >>*AdC*. 33. Septiembre - Diciembre 2014.

DIAZ RUIZ, E Y RUIZ BACHS, S. <<Efectos indeseables de la nueva ley concursal sobre el sistema Financiero>>. *Diario La Ley* , 16 de julio de 2003.

DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Tomo II, Madrid, 1996, p. 555.

DRAKE JR, H/STRUCKLAND C, Chapter 11. *Reorganizations*. Thomson. 2011. Pgs. 8 a 12

DOMINGUEZ CABRERA MP <<La protección concursal y extraconcursal del consumidor insolvente por deuda hipotecaria >>. *AdC* núm. 33/2014.

DUCE SANCHEZ DE MOYA.<< Las causas de oposición a la aprobación del convenio en la suspensión de pagos.>> *Cuadernos de Derecho Judicial*. Derecho Concursal I, Madrid 1992, pg. 240.

EGUSQUIZA BALMASEDA MA, << Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo.>>Revista Jurídica de Navarra. Enero-Junio 2011. Nº 51. Páginas 37-87

ETXARANDIO HERRERRA E J . *Manual de derecho concursal*. 2009. pg. 196

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO. <<Las normas de conducta>>. SANCHEZ CALERO,F Y SANCHEZ-CALERO J. *Comentario a la Ley 44/2003, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*. 2003. Pg.143

FERNANDEZ C, VARGAS P, BELDA JM Y VARGAS JA. <<El plan de viabilidad y la Ley Concursal>> Partida doble, Nº 172, 2005, pgs. 90-109.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L

- <<El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación>>, *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2010, pp. 115 y ss.
- <<Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los "acuerdos de refinanciación": el expediente registral preconcursal.>> *AdC*, Nº. 21, 2010, pgs. 9-80, pg. 208 .

FERNANDEZ LÓPEZ, en *Derecho Procesal Civil*, con De La Oliva, ed., CERA, Madrid, 1992, vol. II, página 564;

FERNANDEZ TORRES I, <<Prevención de la insolvencia y "fresh money": modelos amparados y propuestas de reforma>>.Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación,, Nº. 15, 2011, pgs. 209-222;

FERNÁNDEZ-VELASCO A <<La utopía del fresh money>>. *Andalucía Económica*, Nº. 245, 2012, pgs. 66-67.

FERNANDEZ 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 núm. 9 y Mercantil de Córdoba de 10 de septiembre de 2009)>>. *RdCP 15 (2011)*, pgs. 209-222.

FLORENZA TOMÁS CE

- *La condonación de la deuda en el Código Civil (Estructura y objeto del negocio remisivo)*. Tesis doctoral 1987.
- <<El pactum de non petendo en la doctrina del ius comunes>> En *Estudios Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*. Eugenio Llamas Pombo (coord.). La Ley-Actualidad, Volumen1 , pg. 692.

FONTESTAD PORTALÉS, LETICIA: <<La ejecución provisional>>, en *Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil*, Tecnos, 2013, 4ª Edición, pgs. 563 a 572. Pg. 564.

FULLER C, Y BERMAN GL , *Bankruptcy v. Receivership v. Assignment for the creditors. Advantages and Disadvantages of Each*. 2009.

GALÁN CORONA E, <<Acciones rescisorias concursales>> en García-Cruces y Sarcina (Dirs.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, Bari, 2008, p. 117.

GARCÍA-ALAMAN DE LA CALLE B << El presupuesto objetivo de la insolvencia y los problemas de su concreción práctica>> *Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales / coord. por Antonio Fernández Rodríguez, Manuel María Sánchez Álvarez, 2010, ISB, pgs. 171-204*”pg. 193.

GARCÍA ALEJANDRO (2005), <<Informe de la Comisión de Derecho Internacional>> Disponible: en <http://embacuba.cubaminrex.cu>.

GARCÍA CRUCES, JA.

- <<Deber de instar el concurso>> *Enciclopedia de derecho Concursal* 2012. Pgs. 988 y ss.
- *Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación. El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por José Antonio Gómez Segade, Angel García Vidal; Manuel Olivencia Ruiz (Dr.), 2010, , pgs. 731-742, pg. 174.*
- GARCÍA-CRUCES JA, <<Dación en pago y reintegración concursal>> *Diario La Ley*, Nº 7492, 2010.
- *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* García-Cruces (Dir.), 2013

GARCÍA MANDALONIZ, M., *La financiación de las PYMES*, Navarra, 2003, pp. 172-174.

GARCÍA MARTÍN V, *Viabilidad financiera de la empresa de negocios*. Tirant 2009. Pg.22.

GARCÍA MARRERO J <<Los acuerdos de refinanciación>>, en *Tratado judicial de la insolvencia*. AAVV, (Prendes Carril P, Muñoz Paredes, A, Dirs) Thomson 2012, pg. 328.

GARCÍA POSADA M, MORA-SANGUINETTI, JS. 27 <<El uso de los concursos de acreedores en España >> *Boletín Económico BdE* diciembre, 2012. <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/12/Dic/Fich/be1212-art3.pdf>.

GARCÍA VILLARRUBIA M, <<Los acuerdos de refinanciación homologados y el riesgo de su rescisión>> en *Revista de derecho Mercantil*, 15. 2014,

GARCÍA VILLAVERDE, R.,

- «Convenio de quiebra», *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 1693 y ss
- «Créditos participativos» *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, II, La Ley, Madrid. Pg. 1081 a 1123.
- «Créditos participativos», *RdS*, cit., pp. 16 y 17.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ

- «Los procedimientos concursales en el Reglamento Europeo de Insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen», en *RdCP* 22/2015.
-
- << El Reglamento de insolvencia: una aproximación general,>> AAVV, *Cooperación judicial internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Escuela Judicial, CGPJ. Cuadernos. Madrid 2001. pp 229-352.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo III, Madrid, 1983;

GILSON, S.; JOHN, K. y LANG, H.P. (1990): <<Troubled debt restructurings: An empirical study of private reorganization of firms in default>>, *Journal of Financial Economics*, Nº 27, pp. 315-353.

GILSON, S. (1997): <<Transactions cost and capital structure choice: evidence from financially distressed firms>>, *Journal of Finance*, Vol. 52, Nº 1, pp. 161-196.

GIMENEZ ARNAU, E, *Derecho Notarial*. Pamplona. EUNSA. 1976.

GIMENO SENDRA, V, *Derecho procesal civil*. Lección 30 pg. 1 y ss.

GOLDENBERG JL , << Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal>>. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* no.42 Valparaíso jul. 2014.

GONDRA ROMERO JM. <<Convenio y reorganización en la nueva ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada>>. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. 2005.*

GÓMEZ BLANCO J, <<Valoración de acciones: valor nominal versus valor contable y cotización>>. *Técnica contable*, Vol. 60, Nº 709, 2008 , pgs. 32-43.

GÓMEZ BERNARDO, N. «Primera aproximación al nuevo Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia», *RdCP* 23/2015

GÓMEZ SÁNCHEZ, J: *La ejecución civil (Aspectos teóricos y prácticos del Libro Tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*. Dykinson, 2002. Pg. 60.

GÓMEZ-JORDANA, «Financiaciones subordinadas en Derecho español», *RDBB*, núm. 42, 1991, cit., pgs. 386-387.

GÓMEZ ORBANEJA (con HERCE QUEMADA): *Derecho Procesal*, vol. 1. Derecho Procesal Civil. Madrid 1951. Pg. 215.

GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, pg. 201.

GONZÁLEZ ROMERO, MARÍA DEL MAR: <<Despacho de ejecución dineraria: el embargo de bienes y su efectividad>>, *Estudios jurídicos*, Nº. 2010.

GRAHAM B y DODD DL, *Security Anlalysis*. Deusto.2009.

GURREA MARTINEZ A ,<<La problemática paralización de las ejecuciones tras la reforma del artículo 5 bis de la Ley Concursal por el RDL 4/2014, de 7 de marzo>>. En *Revista e-Dictum* Nº 32, agosto de 2014.

GURREA MARTINEZ, A <<Las quitas y esperas concursales otorgadas por acreedores públicos desde la óptica del derecho de la competencia.>> en <http://dictumabogados.com/files/2011/10/Las-quitasyesperasconcursoales-otorgadasporacreedores-p%C3%BAblicos-desde-la-%C3%B3ptica-del-derecho-de-la-competencia.pdf>.

GRUSON M. <<Global Shares of German corporation ad their dual listing on the Frankfurt and New York Stock Exchange>>. *University of Pennsylvania Journal of Internacional Economica Law* (U.Pa. J. Int'L.Econo.I) vol. 22, 2011, pp 185-283.

HERNÁNDEZ GIL, A.,

- <<La noción de sistema en Savigny>>, Revista de Ciencias Sociales, vol. 14, pp. 273-408.
- *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, pp. 331 y ss

HERNANDEZ RODRIGUEZ MM Y ORELLANA CANO N ,<<Deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5) >>, en *Tratado Práctico Concursal*. Dr. Prendes Carril AAVV Tomo I , Cizur Menor 2009. pg. 212.

HORST AH *El convenio en la quiebra y en la Ley concursal*. Tirant lo Blanch, 2005.

INZITIARI, B G. <<accordi di ristrutturazione ex artículo 182 bis Legge Fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi>>, en *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 86 (2012) 1, pp. 13-53.

JENSEN, M. (1989): <<Active investors, LBOs, and the privatization of bankruptcy>>, *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 2, Nº 1, pp. 35-44.

JENSEN, M. (1991): <<Corporate control and the politics of finance>>, *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 4, Nº 2, pp. 13-33.

JIMENEZ SANCHEZ GJ y DÍAZ MORENO A, <<Algunas cuestiones en Torno a la Reforma del Régimen del Convenio Concursal Operada Por el Real Decreto-Ley 3/2009.>> *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI (Homenaje al Prof. Fernández-Novoa)*. Madrid. Marcial Pons. Pag. 743-754 pg 745

JOHN, K. (1993): <<Managing financial distress and valuing distressed securities: a survey and research agenda>>, *Financial Management*, Vol. 22, Nº 3, pp. 60-78.

KARSTEN SMITH H. <<La reforma concursal alemana de 2011>> .pag 508 a 511.

LARENA BELDARRAIN, J: <<La ejecución forzosa: Consideraciones generales>>, EN *El proceso civil: recursos, ejecución y procesos especiales*, Dykinson, 2002. Pg. 105.

LASFER, M.A.; SUDARSAMAN, P. y TAFFLER, R. (1996): <<Financial distress, asset sales, and lender monitoring>>, *Financial Management*, Vol. 25, Nº 3, pp. 57-66.

Le GOFF, J. *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*. Alianza Editorial.2ª Edición. 2014. Pgs. 40 y 41.

LEÓN SANZ, FJ.

- <<La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales>>. *Working Paper IE Law School*. AJ18-216. 2014.
- <<La rescisión de las operaciones societarias>>. <http://catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/La%20rescisi%C3%B3n%20de%20las%20operaciones%20societarias.pdf>)

LEACH, J.; MELICHER, Ronald. *Entrepreneurial finance*. Cengage Learning, 2011.

LÓPEZ SANCHEZ J, <<El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación.>> En *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* García-Cruces (Dir.), 2013 , pgs. 293-317.

LOPEZ LUBIAN FJ,

- << Operaciones de reestructuración en la empresa. Algunos aspectos prácticos.>> *Revista de Contabilidad y Dirección* Vol. 15, año 2012, pp. 97-114.
- *Cómo gestionar los riesgos corporativos* . Wolters Kluwer, Madrid, 2010

LÓPEZ SÁNCHEZ J *El proceso Monitorio*, La Ley Madrid 2000 p. 201.

LORING. J. *La Gestión Financiera*. Deusto. 1997. Pg. 63.

LOSANO, M.,

- *Sistema e struttura nel diritto. Dalle origini alla scuola storica*, vol I, Torino, Giapichelli, 1968, 313 pp.,
- *Sistema e struttura nel diritto. Il Novecento*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2002, 311 pp.,
- *Sistema e struttura nel diritto. Dal Novecento alla postmodernità*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2002, 371 pp.
- *La nozione di sistema giuridico in Hans Kelsen*, Milano, Cuesp, 1998, 106 pp.

LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 153 pp

MAMBRILLO RIVERA , V *Derecho de Sociedades Anónimas*, Edit. Civitas 1994, pags.

MARIN DE LA BARCENA. <<Obstaculización de acuerdos de refinanciación y calificación culpable del concurso >><http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/obstaculizacion-de-acuerdos-de-refinanciacion-y-calificacion-culpable-del-concurso.pdf>

MARTÍN JIMÉNEZ,CM; MARTÍN JIMÉNEZ, JJ: *Teoría y práctica del ejercicio de las acciones civiles. Comentarios y formularios.*, Lex Nova, 2012. Pg. 294.

MARTINEZ ALVAREZ Y CALVO GONZALEZ, <<La naturaleza de los mercados OTC (Over-the-counter)>> en *Banca y Mercados financieros (2ª ed)*. Tirant. 2012. Pg. 347.

MARTINEZ MARTINEZ M, <<Impugnar la transacción judicial.(Aportación al estudio de los presupuestos para la impugnación por nulidad y anulabilidad del acuerdo homologado judicialmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000). Estudios. 2007. <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=504>

MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Drs), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pgs. 73 y ss.

MARTINEZ SOSPEDRA M, *Fuentes del derecho en el derecho español. Una introducción*. Pg. 49. Tirant.2010.

MARTORELL ZULUETA P ,(Coord.). Código Civil con jurisprudencia. Tirant 2011. Comentario al artículo 3.

MELÉNDEZ HUELIN, << La reforma contable del Banco de España en materia de provisiones y activos adjudicados>> *AdC* 2011-2 pgs. 191-233

MENENDEZ ESTEBÁNEZ FJ, *Oposición a la aprobación del convenio concursal*, 2009, pago. 108.

MINGUEZ PRIETO R en <<Las Estructuras de Financiación de las operaciones de Capital Riesgo: Análisis Legal en un Contexto de Crisis Económica y Crediticia >> en *El Capital Riesgo: su operativa*. Aranzadi, 2012.

PERECHON F, <<La prevención de las crisis en Derecho Francés>> . *RdCP* – 15-2011. pgs.511-521.

MONTERO AROCA, J

- *Derecho Jurisdiccional I*. pg. Tirant 19ª edición. 2011.pg. 303.
- *Derecho Jurisdiccional II*. Tirant 2011. Pg.232.
- <<La ejecución provisional>>, *Derecho Jurisdiccional II. Parte Civil.*, Tirant , 2012, 20ª Edición, pgs. 537 a 553. Pg. 538.

MORALEJO I, << Efectos de los acuerdos en relación con terceros: irrevocabilidad del acuerdo y otros efectos >> en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, AAVV (GARCÍA-CRUCES JA , Dir.) Bosch 2013 pgs. 260 y 261.

OERTELL RAMOS, <<La ejecución forzosa y la ejecución provisional (I)>>, en *Proceso Civil práctico* (AA. VV), Tomo VII, La Ley, 2002.

OLIVENCIA RUIZ, M

- «Introducción al estudio de las garantías mobiliarias en el Derecho mercantil», en NIETO CAROL y MUÑOZ CERVERA (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II.1, Madrid, 1996, pgs. 53-54.
- <<La reforma de la Ley Concursal>>. *RDM* 285, 2012,p. 16.
- <<Los motivos de la reforma de la ley concursal>> *RdCP*, nº 17, 2012; pp.23-30.
- <<El RD-L 3/2009, las nuevas normas y su aplicación” nº 13, *RdCP* 2010, pg. 21,.

ORTIZ NAVACERRADA ,*Las medidas cautelares, La ley, Madrid* 2000.

PALÁ LAGUNA, E., «Algunas cuestiones en torno a la figura del <<préstamo participativo>> y su nuevo régimen jurídico», *RDBB*, nº 70, 1998, p. 466.

PARRA LUCÁN M.A <<El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso>> en AAVV. *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, 2009 pg. 231 y ss.

PÉREZ LEÓN P, *El aumento de capital en la Sociedad anónima*, Tirant 2008. Pg. 14.

PÉREZ DE LA CRUZ, A., «Cuestiones en torno al convenio de quiebra», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pgs. 529-534

PROVINCIALLI, R., *Trattato di diritto fallimentare*, tomo III, Milano, 1974, pg. 1776.

PULGAR EZQUERRA J,

- <<Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de «escudos protectores» y el fraude del art. 10 de la Ley del mercado hipotecario.>>*Diario La Ley*. Nº 6963-6965, 2008.
- << Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL/2009>>. En *Implicaciones financieras de la ley concursal: adaptado al real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo / coord. por Alberto Alonso Ureba, Juana Pulgar Ezquerria*, 2009, pgs. 49-134.
- <<Acuerdos de refinanciación y "fresh money">>.*RdCP*, Nº. 15, 2011, pgs. 47-57;

- <<Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011>>. *RdCP* Nº. 16, 2012, pgs. 67-83
- «Acuerdos de refinanciación y escudos protectores» en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003>> .*Diario La Ley*, Nº 7731, 2011.
- <<Acuerdos de refinanciación y "fresh money">>. *RdCP*. Nº. 15, 2011, pgs. 47-57.
- <<Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación.>> *RdCP*. Nº. 14, 2011, pgs. 25-40.
- <<Acuerdos de refinanciación y escudos protectores» en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003. http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mjusticia.gob.es%2Fcs%2FSatellite%2F1292347817007%3Fblobheader%3Dapplication%252Fpdf%26blobheadername1%3DContent-Disposition%26blobheadervalue1%3Dattachment%253B%2Bfilename%253DPonencia_de_Juana_del_Pulgar_Ezquerria.PDF&ei=WMILVPH4AcivaYaCgfgK&usg=AFQjCNFRo-YtSWxw5TjONTb25PVBqdpacg&sig2=aLH01XlgPaqlm9EsMqJLog
- << Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas>> *Diario La Ley*, Nº 8391, Sección Doctrina, 3 de Octubre de 2014, Año XXXV
- *La reforma del Derecho Concursal Español y comparado*, Civitas. Madrid 1994.
- <<Acuerdos de refinanciación y escudos protectores» en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003 (1)>> *Diario La Ley*, Nº 7731, 2011
- <<Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009.>> *RdCP*. pgs. 45-58 pg. 54.
- <<Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL/2009.>> En. *Implicaciones financieras de la ley concursal: adaptado al real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo / coord. por Alberto Alonso Ureba, Juana Pulgar Ezquerria, 2009, , pgs. 49-134pg 70.*
- Conferencia Fundación de Derecho Concursal y Mercantil de Granada, septiembre de 2014

- <<Preconcurabilidad y acuerdos de refinanciación>>, *El concurso de acreedores. Adaptado a la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, (Pulgar, Dir.), Madrid, 2012, pgs. 42 y ss.
- «El contenido remisorio y dilatorio del convenio concursal y las ayudas de Estado», *RdCP*, núm. 1, 2004, pgs. 131 y ss;
- , <<Sareb y paraconcurabilidad normativa>>. *Diario La Ley*, Nº 8200, 27 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.
- << Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito.>> *RDCP* 23/2015.

QUINTANS EIRAS R . <<Luces y sombras en la reforma de la propuesta anticipada de convenio concursal>>. *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* / coord. por José Antonio Gómez Segade, Angel García Vidal; Manuel Olivencia Ruiz (Dr.), 2010, , pgs. 755-768PG 762.

RAMÍREZ, J.A., *La quiebra. Derecho concursal español*, tomo III, 1998, pgs. 1935-1945.

RICHARDS & ROSS << Practical issues in assignments for the benefit of creditors>>. <http://lawreview.abi.org/sites/default/files/Articles/2009/12richards-revised.pdf>. Última entrada 12/10/2015.

ROJO FERNANDEZ-RÍO A.

- <<El diablo y la reforma concursal>>. Artículo Expansión Directo. 21 de septiembre de 2002.
- ROJO FERNÁNDEZ-DEL RIO A, *El convenio anticipado* Madrid: Civitas, 2004.
- ROJO A. <<Comentario art. 106 LC>> en ROJO/BELTRÁN Drs. *Comentario de la Ley Concursal*. Thomson 2004, pg. 1961.
- «El contenido del convenio», *Revista del Poder Judicial*, número especial XVIII, 2004, pgs. 357 y ss;

RODRIGUEZ ACHUTEGUI E, <<El otro presupuesto subjetivo del concurso: la pluralidad de acreedores. *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, Nº 6, 2004

ROMERO FLOR LM, <<La dación en pago, un mal menor. Tratamiento fiscal de la dación en pago>> *Revista CESCO de Derecho de Consumo* Nº 4/2012.

ROMERO MATUTE, B. <<Duplicidad de sistemas de reintegración de la masa activa en las operaciones de cesión de créditos” en la obra colectiva >>. *Estudios sobre la Ley Concursal Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, AAVV Tomo 4, Madrid 2004.

ROSILLO FAIRÉN A,<< El carácter «predispuesto» del convenio concursal >> Actualidad civil, Nº 2, 2009, 143 pgs.

ROUSSEL GALLE P, *Reforme du droit des entreprises en difficulté para la sauvegarde des entreprises du 26 de juillet 2005* (Litec). Paris 2005.

SAGRERA TIZÓN A, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Tomo III, Barcelona 1989 pg. 415 y ss.

SANCHEZ-CALERO GUILARTE J, << La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)>>. *RdCP.*, Nº. 11, 2009, pgs. 85-98.

SANCHEZ-CALERO GUILARTE J, <<Refinanciación y reintegración concursal>>. *AdC.*, Nº. 20, 2010 , pgs. 9-38.

SANCHO REBULLIDA <<Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones>> en *Estudios de Derecho Civil. Revista de Derecho Privado -1955. Pg.211.*

SÁEZ-SANTURTÚN J. Conferencia. El Notario del siglo XXI. Septiembre-octubre de 2014 / Nº57.

SALA REIXACHS A,

- << Algunas críticas a la futura Normativa Concursal. Especial referencia al convenio>> *Revista técnica*, ISSN 0538-0634, Nº 20, 2002 (Ejemplar dedicado a: Ley Concursal), pgs. 54-67.
- *La terminación de la quiebra y el convenio concursal: impugnación, tramitación, efectos, rescisión*. Editorial Bosch, 2000.

SANCHO GARGALLO, I,

- <<La rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación>> en *II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 2010, pp. 33 y ss.
- <<Las acciones de reintegración>>, en *Tratado Judicial de Insolvencia*, Aranzadi, 2011, pp. 1113-1217.
- «La refinanciación desde la perspectiva de las acciones de reintegración» *Jornadas sobre la legislación concursal. Respuestas jurídicas para una crisis*. Madrid 23 y 24 de noviembre de 2011.

SAN GIL << Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales>>, en AA.VV. *Crisis empresarial y concurso*, Dir. Fernández Rodríguez/ Sanchez Álvarez, Aranzadi, 1ª edición 2010, pgs. 96 y ss.

SANJUÁN Y MUÑOZ E,

- <<Refinanciación de deuda tras la reforma concursal >> *Diario La Ley*, Nº 7189, 2009.
- <<Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP) >> *Diario La Ley*, Nº 8196, 2013.
- <<¿Debo ir al concurso de acreedores o son posibles otras soluciones>> en Guía práctica del proceso concursal 2015. SEPIN 2014. pgs. 39 a 65.
- <<Ingeniería financiera y derecho concursal>>. *RdCP*. Nº. 6, 2007, pgs. 195-277.
- <<Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP) >> *Diario La Ley*, Nº 8196, 2013.
- <<El sacrificio «patrimonial» desproporcionado en la Ley Concursal>>. *Extoikos*: Nº 7 – 2012.
- << Refinanciación de deuda tras la reforma concursal. Apuntes a la reforma del Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE de 31 de marzo de 2009) >>. *Diario La Ley*, Nº 7189, Sección Doctrina, 4 Jun. 2009, Año XXX, Ref. D-204.

SARCINA Y GARCÍA CRUCES (Dres) .AAVV.*Il trattamento giurisdico della crisi d'impresa*, Cacucci , 2008, pp 124-125.

SASTRE PAPIOL S, *La dación en pago: su incidencia en los convenios concursales*. Bosch, 1990.

STANGHELLINI L, *Finanzamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione, III Fallimento* 12/2010, pg. 1346.

SAVIGNY, F., *Sistema del Derecho romano actual*, T. I, Madrid, Góngora, 1930, pg. 67.

SENES MONTILLA C.

- <<La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”. *AdC*. 33 Septiembre - Diciembre 2014.

- <<Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.(Ley 14/2013, de 27 de septiembre).Revista General de Derecho Procesal 32 (2014).
- <<El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?>>. Revista de derecho civil. 1/2014.

SILVOSA TALLÓN JM <<La respuesta jurisprudencial ante los problemas surgidos en el proceso monitorio>>. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 21, año 2008, pgs. 31-70.

TAPIA HERMIDA.J A *Comentarios a la legislación Concursal*. Editorial Lex Nova.2004. Pg. 3498.

TIRADO MARTI, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», *AdC*, t. LXII, 2009, pgs. 1056 y ss.

TRIOLA MF. *Estadística*.(décima edición). Pearson Educacion.2008.

URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Barcelona, 2001, pg. 1067.

VIÑUELAS SANZ M. <<Privilegio del "fresh money" en la Ley 38/2011>> En *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* / José Antonio García-Cruces (Dir.), 2013, pgs. 375-390.

TORIBIOS FUENTES,F y VELLOSO MATA, MJ: *Manual práctico del nuevo proceso civil*, Lex Nova, 2000. Pg. 422.

TORRES DE CRUELLS, J., «Naturaleza jurídica del convenio en suspensión de pagos», *RJC*, 1958, pgs. 609 y ss;

TRUCHARTE ARTIGAS, C << Nuevos requerimientos de información sobre el mercado hipotecario: Un análisis del Loan to Value>>. *Revista Estabilidad Financiera*. Número 10. Noviembre de 2010. BdE. <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/10/Nov/Fic/ref0319.pdf>

VELÁZQUEZ MARTÍN, MARÍA ÁNGELES: <<La ejecución provisional en el proceso civil:>> en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dykinson, 2003. Pg. 44

VILLENA CORTÉS FB Y NIETO DELGADO C, <<Capitalización de deuda y calificación concursal tras el Real Decreto-Ley 4/2014>>. *Diario La Ley*, Nº 8357, Sección Doctrina, 18 de Julio de 2014, Año XXXV.

WERT ORTEGA M, <<Tratamiento contable y fiscal de los convenios de acreedores>>. Trabajo presentado al VI Curso de Alta Especialización en

Fiscalidad Financiera celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2012.

WINDOR. << Una visión panorámica de los schemes of arrangement ingleses>>. *RdCP*. nº15 de 2011.

WRUCK, K. (1990): <<Financial distress, reorganization, and organizational efficiency>>, *Journal of Financial Economics*, Nº 27, pp. 419-444.

YANES YANES, P., *La reapertura de la quiebra*, Valladolid, 1992, pgs. 135.136.

ZARAGOZA CAMPOS, JM: <<La ejecución en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil>>, Boletín del Ministerio de Justicia, Año 55, Nº 1895, 2001, pgs. 2019-2050. Pg. 2034.

ZUNZUNEGUI F, <<Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005) >> *RDMF*. Diciembre de 2006.