







**U**NIVERSITAT  
**J**AUME • I



## **LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES**

**Rafael Bellido Salvador  
Dra. Carmen Boldó Roda**



*A mi maestro José Antonio Fortuño*





*Agradecimientos,*

*A mi directora Carmen Boldó Roda por su inestimable ayuda y sabios consejos, fundamentales para la realización de este trabajo.*

*A Merche por su infinita paciencia.*

*A mis hijos Teodora y Carlos, por las alegrías que me han proporcionado en esta vida.*

*A Teresa por su valiosísima colaboración.*

*A todos los miembros de mi despacho que han sufrido la elaboración de esta tesis, por el tiempo de dedicación al trabajo que les he sustraído.*



## ÍNDICE

<b>ÍNDICE DE SIGLAS.....</b>	<b>17</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>19</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>37</b>
<b>LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES EN GENERAL .....</b>	<b>37</b>
<b>I. TRATAMIENTO NORMATIVO. ....</b>	<b>39</b>
<b>II. FINALIDAD DE LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES .....</b>	<b>50</b>
<b>III. LA COMUNICACIÓN DEL ART. 5 bis .....</b>	<b>54</b>
1. Procedimiento. ....	56
A) Legitimación. ....	56
a) El presupuesto de la insolvencia. ....	58
B) Plazo de presentación. ....	59
C) Forma y contenido de la comunicación. ....	60
2. Tramitación de la comunicación.....	64
3. Efectos de la comunicación .....	66
A) Protección frente a la solicitud voluntaria de concurso. ....	67
B) Protección frente a las eventuales solicitudes de concurso necesario.....	71
C) Protección frente a las ejecuciones singulares. ....	72
a) El régimen especial de los acuerdos extrajudiciales de pagos.....	76
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>85</b>
<b>LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.....</b>	<b>85</b>
<b>I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA PAC .....</b>	<b>87</b>
1. Consideraciones previas. ....	87
2. Concepto y naturaleza jurídica del convenio concursal.....	88
3. Concepto y naturaleza jurídica de la PAC .....	89
4. Características de la PAC .....	91
<b>II. ESTRUCTURA DE LA ELABORACIÓN PRECONCURSAL DE LA PAC .....</b>	<b>92</b>
<b>III. CONTENIDO.....</b>	<b>94</b>
1. Cláusulas imperativas: las quitas y las esperas .....	97
2. Cláusulas facultativas .....	100
A) Operaciones de capitalización y recalificación de créditos.....	101
B) Transmisión total o parcial de los bienes y derechos del concursado. ....	105

a) El tercero adquirente .....	109
C) Operaciones de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo.....	110
D) La cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores. ....	112
E) Limitación de las facultades de administración y disposición del deudor.....	114
F) Asunción de obligaciones a cargo de terceros. ....	115
3. Cláusulas prohibidas.....	116
A) Cláusulas que impliquen la liquidación global del patrimonio del deudor o la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos. ....	116
B) Cláusulas que impliquen la alteración de la clasificación o cuantía de los créditos.....	117
C) Cláusulas que comporten condiciones a su eficacia .....	118
<b>IV. PROCEDIMIENTO .....</b>	<b>119</b>
1. Plazo de presentación y legitimación.....	119
A) La prohibición por condena en sentencia firme por determinados delitos. ....	122
B) La prohibición por haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales. ....	125
2. Requisitos de forma y documentos complementarios .....	126
A) Requisitos formales .....	126
B) Las adhesiones previas.....	128
C) Documentos adjuntos.....	134
3. La aceptación de la PAC .....	136
A) Sistema de adhesiones .....	136
B) Revocación de la adhesión.....	139
4. La aceptación de la PAC en junta de acreedores .....	140
5. Régimen de mayorías para la aceptación de la PAC .....	142
A) Mayoría ordinaria .....	143
B) Mayoría simple .....	143
<b>V. EFICACIA DEL CONVENIO APROBADO POR PAC.....</b>	<b>143</b>
1. Eficacia del convenio concursal .....	144
<b>VI. INEFICACIA DEL CONVENIO .....</b>	<b>145</b>
<b>VII. TRAMITACION PROCESAL DE LA PAC .....</b>	<b>146</b>
1. Desjudicialización del concurso y negociación preconcursal de la PAC .....	147
2. El control de legalidad .....	148
A) Requisitos.....	148
3. La admisión a trámite de la PAC.....	150
A) Prueba de las prohibiciones .....	151
B) Prohibiciones detectadas con posterioridad a la admisión a trámite y audiencia al deudor.....	152

C) La resolución judicial sobre la admisión a trámite de la PAC.....	153
4. El control de oportunidad sobre la PAC admitida a trámite .....	154
A) Soporte de la valoración de la PAC.....	155
B) Objeto y contenido de la evaluación de la PAC .....	156
5. El control de legalidad y de oportunidad sobre la PAC aceptada. La aprobación judicial.....	157
A) Fase Común.....	157
6. Aprobación judicial anticipada .....	158
A) Verificación de las adhesiones.....	159
B) Oposición a la aprobación del convenio .....	159
a) Plazo y legitimación .....	160
b) Causas de oposición .....	160
c) Tramitación de la oposición .....	161
d) Rechazo de oficio del convenio aceptado.....	161
<b>VIII. CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO .....</b>	<b>163</b>
1. Las medidas de aseguramiento del cumplimiento del convenio .....	163
2. Propuestas no aprobadas anticipadamente.....	164
3. La declaración judicial de cumplimiento del convenio. ....	168
4. Conclusión del concurso por cumplimiento del convenio.....	170
<b>IX. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO .....</b>	<b>171</b>
1. La declaración judicial de incumplimiento del convenio. ....	172
2. Efectos de la declaración judicial de incumplimiento .....	173
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>189</b>
<b>LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.....</b>	<b>189</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>191</b>
1. Generalidades sobre la Insolvencia. ....	191
2. Preconcurzalidad y regulación de los acuerdos de financiación.....	195
3. Regulación de los acuerdos de refinanciación. ....	197
<b>II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN, TÍPICOS Y ATÍPICOS.....</b>	<b>201</b>
1. Tipos de acuerdos de refinanciación.....	208
<b>III. LA COMUNICACIÓN DEL INICIO DE LAS NEGOCIACIONES.....</b>	<b>210</b>
1. Plazos.....	210
2 Financiación post concursal.....	214
3.“Distressed debt” .....	216

<b>IV. PROCEDIMIENTO</b> .....	<b>221</b>
1. Forma de la comunicación.....	221
2. Contenido.....	223
3. Publicidad .....	225
4. Legitimación.....	227
5. Juez Competente.....	231
6. Tramitación.....	235
<b>V. EFECTOS</b> .....	<b>237</b>
1. Suspensión de la obligación de presentar concurso voluntario.....	241
2. Prohibición del inicio de ejecuciones.....	245
3. Duración de los efectos de la comunicación.....	248
<b>VI. NEGOCIACIONES PREVIAS Y CONCLUSIÓN DEL ACUERDO</b> .....	<b>251</b>
<b>VII. IRRESCINDIBILIDAD DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN</b> .....	<b>253</b>
1. Protección Rescisoria.....	256
2. Nombramiento de experto independiente.....	257
<b>VIII. HOMOLOGACIÓN</b> .....	<b>258</b>
1. Acuerdos homologables. Disposición adicional Cuarta.....	261
2. Acreedores que no han suscrito el acuerdo de refinanciación.....	266
3. Ámbito de la homologación judicial .....	267
4. Competencia para conocer de la homologación.....	268
5. Procedimientos de homologación.....	269
A) Solicitud de Homologación.....	269
B) Competencia.....	270
C) Legitimación.....	271
D) Admisión a trámite.....	272
E) Publicidad.....	274
F) Resolución.....	275
G) Impugnación.....	276
H) Incumplimiento.....	280
I) Prohibición solicitud de nuevas homologaciones.....	284
6. Contenido del artículo 71 bis LC.....	284
<b>CAPÍTULO IV</b> .....	<b>305</b>
<b>EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS</b> .....	<b>305</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>307</b>
<b>II. PRESUPUESTOS</b> .....	<b>314</b>

1. Personas físicas .....	314
2. Personas jurídicas .....	315
3. Prohibiciones de acceso al mecanismo negociador .....	316
4. Los acreedores .....	317
<b>III. INICIO DEL PROCEDIMIENTO.....</b>	<b>318</b>
1. Competencia .....	319
2. Admisión a trámite.....	320
<b>IV. EL MEDIADOR CONCURSAL.....</b>	<b>322</b>
1. Requisitos para ser mediador concursal.....	323
2. Nombramiento .....	324
3. Cometidos del mediador concursal .....	325
4. Efectos .....	326
<b>V. DESARROLLO DEL PROCESO .....</b>	<b>329</b>
1. La propuesta inicial del acuerdo extrajudicial de pagos .....	331
2. Exigencias legales de la propuesta .....	334
3. La reunión.....	336
4. ¿Notario y Administrador Concursal? Especialidades de tramitación en caso de deudor persona natural no empresario. ....	337
<b>VI. APROBACION DEL ACUERDO.....</b>	<b>340</b>
1.Efectos .....	342
2. Consecuencias de la no aceptación del acuerdo .....	342
3. Formalización del acuerdo .....	343
<b>VII. IMPUGNACION DEL ACUERDO .....</b>	<b>343</b>
<b>VIII. EL CONCURSO CONSECUTIVO.....</b>	<b>345</b>
1. Legitimación activa.....	348
2. Requisitos .....	350
3. La demanda de concurso consecutivo.....	351
4. Relación y créditos laborales.....	354
5. Declaración de concurso consecutivo .....	356
A) Especialidades.....	358
5. Administrador concursal y concurso consecutivo.....	361
6. Concurso consecutivo y deudor empresario. ....	362
A) Plan de liquidación.....	364
7. Concurso consecutivo de persona natural no empresario. ....	365
8. Conclusión del concurso consecutivo .....	368

<b>IX. LA EXONERACION DEL PASIVO INSATISFECHO .....</b>	<b>370</b>
1. Deudor de Buena fe .....	371
2. Concurso culpable.....	372
3. Impedimentos de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho .....	375
4. Buena fe y acuerdo extrajudicial de pagos.....	376
5. Satisfacción de determinados créditos.....	377
6. Aspectos procesales para la exoneración de pasivo insatisfecho.....	378
<b>X. EXONERACION PROVISIONAL DEL PASIVO INSATISFECHO .....</b>	<b>381</b>
1. Revocación de la exoneración provisional. Legitimación pasiva .....	383
2. Cauces procesales.....	385
3. Efectos de la revocación .....	385
A) La reapertura del concurso.....	385
B) La renuncia voluntaria al beneficio de exoneración.....	386
<b>XI. LA EXONERACIÓN DEFINITIVA.....</b>	<b>386</b>
1. Legitimación pasiva.....	387
2. Cauces procesales.....	387
3. Efectos de la revocación .....	387
4. Exoneración definitiva cuando el deudor incumpla el plan de pagos: especialidades.....	388
5. Revocación de la exoneración definitiva.....	389
<b>PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO “SOBRE LOS MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA, LA SEGUNDA OPORTUNIDAD Y LAS MEDIDAS EFICIENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REESTRUCTURACIÓN, INSOLVENCIA Y APROBACIÓN DE LA GESTIÓN Y POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2012/30/UE.” .....</b>	<b>401</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>405</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>417</b>
<b>JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>432</b>







## **ÍNDICE DE SIGLAS**

AAP: Auto Audiencia Provincial.

AA. VV.: Autores Varios

ADCo: Anuario Derecho Concursal.

AJM: Auto Juzgado de lo Mercantil

AP: Audiencia Provincial.

Art.: Artículo

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ccom: Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

CE: Comunidad Europea.

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

DA: Disposición Adicional.

DF: Disposición Final.

DL: Decreto Ley.

FGS: Fondo de Garantía Salarial.

LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LH: Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

LMACM: Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

LMESM: Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

LSOp: Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

LSP: Ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos.

PAC: Propuesta anticipada de Convenio.

RDL: Real Decreto-ley

RDRR: Real Decreto Ley 4/2014 de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de Refinanciación y reestructuración de la Deuda.

RPC: Registro Público Concursal.

RRM: Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SJM: Sentencia Juzgado Mercantil.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

## INTRODUCCIÓN

Aunque sólo sea a título introductorio parece importante destacar que las primeras referencias legislativas a la quiebra aparecen en el *Código de las Siete Partidas*, que es promulgado por Alfonso X en la segunda mitad del siglo XIII, y que durante muchos años no sólo reguló esta figura sino que influyó en las legislaciones posteriores que trataron sobre esta institución. Las deudas, los deudores y las insolvencias se contemplan en la Partida Quinta, especialmente en el Título 15, que es el último de dicha partida. Destaca la semejanza de soluciones que se daban en las Siete Partidas a las deudas y liquidación del patrimonio del deudor y su reparto entre créditos ordinarios y reales, como se designan hoy<sup>1</sup>.

En el año 1613 se publica la *Curia Filípica* de Juan de Hevia Bolaños que puede considerarse la primera obra española que contiene doctrina sobre la quiebra, fallidos y diferencia de prelación entre los créditos<sup>2</sup>.

En el mismo siglo XVII aparece otra obra fundamental en la doctrina española sobre quiebras, el *Labyrinthus creditorum concurrentium*, de Francisco Salgado de Somoza, que influyó no sólo en la doctrina española sobre el tema sino también en la centroeuropea hasta prácticamente mediados del siglo XIX. Entre sus aportaciones se cuentan la introducción de los conceptos *concurso*, *concurso de acreedores* y *deudor común*, así como la

---

<sup>1</sup> Título XV, Ley .II. " como se deuen partir los bienes del debdor quando los desanpara entre aquellos a quien deue algo. De vna manera o natura seyendo todas las debdas que ha de pagar aquel que desanpara todos sus bienes. estonçe deue el iudgador partir entre ellos los marauedis porque fueren vendidos los bienes del dando a cada vno dellos segund la quantia que deuian auer mas o menos Mas sy las debdas no fueren todas en vna guisa porque algunos de los que los deuen auer ouiesse mejoría que los otros como si les fuessen obligados primeramente o ouiese otro derecho alguno por sy contra tales bienes en la manera que diximos en el titulo de las penas estonçe deuen ser pagados primeramente estos debdos tales maguer que para los otros no fincase ninguna cosa de que los entregasen. pero sy el debdor que ouiesse assy desanparado lo suyo dixiesse ante sy ante que fuessen vendidos todos sus bienes que los queria cobrar para fazer paga a sus debdores o por defenderse luego con derecho contra ellos."

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, J. *Curso de Derechos Mercantil*. Editorial Porrúa, México D.F., 2001

conformación del juicio concursal, las características de la quiebra o las clases de juicio de concurso de acreedores<sup>3</sup>.

En 1737 aparecen las llamadas Ordenanzas de Bilbao<sup>4</sup> que venían a resolver algunos de los problemas que se habían planteado en la aplicación práctica del *Labyrinthus...* en las que se establece, respecto a la quiebra, las diferencias entre comerciantes y no comerciantes, que no aparecía en la obra de Salgado de Somoza, quedando estos últimos fuera de la aplicación de la Quiebra. Entendiendo como tal aquella situación en que una o varias personas no puede, o no quieren, cumplir con las obligaciones de pago asumidas a cambio de adquisiciones realizadas por ellas.

Estas Ordenanzas proponen tres clases de quebrados: los que no cumplen con sus obligaciones en el momento en que son exigibles pero que disponen de los suficientes bienes para hacer frentes a las dichas obligaciones. O sea, en la moderna concepción, se referiría más bien a los que se hallan en la llamada suspensión de pagos y necesitan un tiempo para realizar activos y liquidar las deudas.

En segundo lugar los que quiebran por causas imprevisibles y tienen que liquidar sus negocios. Es decir a los insolventes no culposos de su situación, pero también a los que son culpables. A este grupo se aconseja darles un periodo de tiempo determinado para organizar su economía y hacer frente a sus obligaciones. Sería los que están más cerca de lo que hoy se conoce como acuerdos preconcursales.

El tercer grupo se refiere a aquellos que han efectuado operaciones dolosas y fraudulentas arriesgando los capitales y mercancías de otros, vendiendo por debajo del coste y realizando alzamientos de bienes para evitar tenerse que hacer cargo de sus compromisos. O sea los que entran en lo penal.

---

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao.

Estas Ordenanzas se aplicaron en España y parte de América hasta entrada de la segunda mitad del siglo XIX aun cuando con varias modificaciones. Las Ordenanzas fueron reformadas en 1829 por el llamado Código de Pedro Sainz de Andino y aprobado por Fernando VII, que trató de poner al día algunas de los planteamientos de las Ordenanzas que habían quedado, ya, superadas por los tiempos. El nuevo Código de Comercio establece y consolida figuras contempladas en las anteriores legislaciones aunque con fuertes influencias del Código de Comercio francés.

En 1885 se promulga un nuevo Código de Comercio que contempla la quiebra por medio de varios órganos, de vigilancia, dirección, jurisdicción, administración y representación, además de la Junta de acreedores. Este Código fue modificado muy poco después en 1897 en una de las crisis más graves de la historia de España que acabó con la pérdida de prácticamente todas nuestras colonias. Códigos de los que, el de 1829 que informó buena parte del de 1885, y este último con modificaciones y derogaciones, a través de un largo recorrido por el siglo XX, llegan algunas de sus normativas hasta el siglo XXI<sup>5</sup>.

El Código de 1885 distinguía entre dos conceptos respecto al tema: la quiebra y la suspensión de pagos. La primera correspondía a la situación de un deudor con suficiente activo para hacer frente a sus obligaciones, pero que en el momento de su vencimiento no tenía liquidez suficiente. Mientras que la quiebra respondía a la situación en que el deudor no podía hacer frente a dichas obligaciones porque el activo no cubría el pasivo exigible.

Hasta 1922 no aparece una primera Ley de Suspensión de Pagos en España y que es consecuencia de una crisis financiera alarmante. La Ley se promulgó para solucionar un problema muy concreto, la quiebra del Banco de

---

<sup>5</sup> CERDA ALBERO, F. Y SANCHO GARGALLO, I. *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*. La Caixa. Barcelona. 2001, p. 16. “El modelo originario del siglo XIX obedecía a un tratamiento paralelo de las situaciones de crisis económica del deudor común. Por una parte, la quiebra y el concurso de acreedores respondían a una situación de insuficiencia patrimonial, que se solventaba a través de la solución liquidatoria. De otro lado, el procedimiento de quita y espera y el expediente de suspensión de pagos se ofrecían como remedio a situaciones de mera iliquidez, que se ventilaban mediante un convenio.”

Barcelona<sup>6</sup>. Y en su DA 2ª se estableció una vigencia de cuatro años, pues desde el primer momento el legislador entendió que no era la ley necesaria y sólo cubría el expediente de solucionar un grave problema financiero. Lo que el legislador no previó fue que o bien la Ley se adaptaba a las circunstancias económicas reinantes en el país los siguientes casi cien años, o no se daría mucha disposición de los legisladores subsiguientes en enfrentarse con la materia concursal. Y ocurrió que la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, promulgado con una vigencia de cuatro años, se mantuvo en vigor hasta la promulgación de la Ley Concursal de 22/2003.

Una de sus características fue que permitía acogerse al beneficio de la suspensión de pagos a los deudores por insolvencia provisional y a los de insolvencia definitiva o quiebra, con la sola diferencia de una cuestión de tramitación.

La LC de 1922 se convirtió a lo largo de todos estos años, en el pilar del derecho concursal español y cierto es que, a pesar de sus defectos y, especialmente, de sus carencias, logró un nuevo tratamiento del patrimonio de los deudores y armonizó las diversas figuras concursales en un sistema con fallos pero que funcionaba. Sólo dos factores contribuyeron a una situación final que no podía prolongarse mucho más: por una parte los cambios operados en la economía española y las nuevas situaciones financieras y empresariales que pedían nuevos planteamientos y, en segundo lugar, una gravísima crisis económica que, como en todas las crisis, destacan las carencias de las legislaciones concursales.

En respuesta a la situación de crisis y falta de soluciones a la multitud de problemas concursales por las que atravesaban las empresas, la Ley 22/2003 Concursal, empieza su exposición de motivos con una frase que se refiere a la demanda de estas soluciones: *Esta ley persigue satisfacer una aspiración*

---

<sup>6</sup> PULGAR ESQUERRA, J. *La Declaración del Concurso de Acreedores*. La Ley, Madrid. 2005, p. 95. “...la conexión entre la Ley de suspensión de pagos de 1922 y la crisis del banco de Barcelona parece confirmarse, entre otros argumentos, sobre la base de la Disposición Adicional 1ª, que con excepción al art. 3 del Ccom. que establece con carácter general la irretroactividad de las leyes, prevé la aplicación retroactiva de esta ley, modificando de facto los preceptos del código relativos am la suspensión de pagos (art. 870 y ss.) que se revelaron insuficientes para salvar aquella situación.”



*profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal.*

También expone en dicho texto la situación que se daba en dicha legislación concursal que achacaba al “arcaísmo” de las normas y su dispersión que remite a la codificación del siglo XIX, obviando que había transcurrido todo el Siglo XX sin modificaciones que pusieran al día la legislación con las necesidades de los empresarios.

En cualquier caso, el diagnóstico de la situación y las causas era correcto: *El legislador español no ha puesto hasta ahora remedio a estos males. Pese a la pronta reforma que en el Código de Comercio de 1885 introdujo la Ley de 10 de junio de 1897 y de la muy importante que supuso la citada Ley de Suspensión de Pagos de 1922, las modificaciones legislativas han sido muy parciales y limitadas a materias concretas, lo que, lejos de mejorar el sistema concursal, ha contribuido a complicarlo con mayor dispersión de normas especiales y excepcionales, y, frecuentemente, con la introducción de privilegios y de alteraciones del orden de prelación de los acreedores, no siempre fundada en criterios de justicia.* Y la solución propuesta era la propia LC.

Dicha ley supuso sin duda un avance en la reestructuración del derecho concursal español y solucionó buena parte de las problemáticas planteadas y acumuladas en los años precedentes, pero ni acabó con todos los problemas ni dejaron de plantearse otros, consecuencia en general de las gravísima crisis que estalló en los años 2007-2008. El legislador trató de paliar la situación existente con un RDL 3/2009, de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Dicho Decreto Ley significó una fuerte modificación de la LC que se completó el mismo año con la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que significó la modificación de 49 normativas de la LC.

La Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003 de julio, Concursal, supone otro hito en la reestructuración de todo el derecho concursal. En su preámbulo la Ley 38/2011, después de asegurar que la Ley

*22/2003 Concursal instauró en nuestro país un sistema concursal moderno y unitario, de aplicación tanto a personas jurídicas como naturales, con independencia de que sean empresarios y profesionales. Un sistema que se rige por los principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento. Achaca a la crisis económica el deterioro de la funcionalidad de la LC especialmente demostrable porque la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores. Realidad que tensiona el sistema legal, al que se acude menos y, en su caso, más tarde que en otros países, habida cuenta del estigma que pesa todavía sobre el concurso, como consecuencia de una concepción histórica y cultural, y sin que se haya conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios.*

Este planteamiento llega a la conclusión que si bien no es necesaria una reforma radical sí lo es un replanteamiento del derecho concursal a la vista de la evolución de la Ley 22/2003 Concursal, que es lo que se propone la nueva Ley 38/2011.

No terminan en esta ley las modificaciones a la LC, sino que el RDL de 4/2014 de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación u reestructuración de deuda empresarial, y cuya mayor aportación parece la flexibilización del régimen de convenios preconcursales y la prioridad de la viabilidad de la empresa para cubrir objetivos económicos, laborales y de creación de riqueza con la que se pudiera satisfacer a los acreedores sus créditos.

Muy pocos meses después, aparece el RDL 11/2014 de 5 de septiembre de medidas urgentes en materia concursal, que viene a cubrir algunos de los aspectos que no se habían desarrollado o no se habían desarrollado lo suficientemente en el anterior RDL, como flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o una parte del mismo y potenciar las instituciones concursales que pudieran proteger la viabilidad de las empresas concursadas.

Por último se promulga el RDL 1/2015 de 27 de Febrero de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que trata de ofrecer al deudor que ha perdido todo su patrimonio y

queda una deuda remanente por no cubrir aquel todo el pasivo, un procedimiento que le permita ser exonerado de esta deuda residual.

La figura, como indica el RDL 1/2015 se inspira en la historia concursal española, especialmente la primera y en su exposición de motivos, cita la Ley de las Siete Partidas<sup>7</sup> Todas estas reformas nos llevan al RDL 1/2015 validado por el Congreso de los Diputados lo que hacen a la LC una norma altamente inestable pues en un año el legislador ha aprobado tres RD modificando sustancialmente la LC, técnica legislativa muy arriesgada ya que se plantean muchas discordancias y contradicciones.

Esta serie de modificaciones denotan la mala técnica legislativa en la materia en parte, porque los tres últimos reales decretos son normas impulsadas e inspiradas por el Ministerio de Economía y no el de Justicia como sería lógico. Que quiere ello decir que el gobierno legisla sobre la base de presiones, por un lado las sociales y oír por otras las económicas y como es sabido con intereses contrapuestos que resulta difícil satisfacer plenamente todas las partes.

En definitiva pues, puede establecerse un cierto paralelismo entre las crisis económicas, o como defiende la Escuela de Viena, las fases recesivas de los Ciclos Económicos, y los avances en la legislación concursal. Legislación que, desde la primera mitad del siglo XX, se ha desarrollado de manera cuando menos caótica en la codificación y múltiple en los procedimientos. Respecto a la codificación por cuanto durante finales del siglo XIX y principios del XX se dispersó entre el Código Civil y el de Comercio y múltiple por cuando se implementaba en múltiples procedimientos concursales.

El Código de Comercio, que veía la materia que tratamos, promulgado en 1885 y la pronta modificación de 1897<sup>8</sup>, en plena crisis por la guerra contra

---

<sup>7</sup> Quinta Partida: «El desamparamiento que faze el debdor de sus bienes (...) ha tal fuerza que después non puede ser el debdor emplazado, nin es tenido de responder en juyzio a aquellos a quien deuiesse algo: fueras ende si oviesses fecho tan gran ganancia, que podría pagar los debdos todos, o parte dellos, e que fincasse a el de que podiesse vivir».

<sup>8</sup> «Sección primera. De la suspensión de pagos y sus efectos.

Art. 870. El que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo a la fecha de sus respectivos vencimientos, y el que carezca de recursos para satisfacerlas en

Estados Unidos que arruinó la economía española, son referencias al derecho sobre la materia que puede remontarse al Código de Comercial de 1829, en el reinado de Fernando VII, algunos de cuyos preceptos llegan hasta los primeros años del siglo XXI.

Ni siquiera la primera Ley de Suspensión de Pagos de 26 de junio de 1922<sup>9</sup>, que se promulgó para un caso concreto y en la resaca de la grave crisis económica de los años 1921 y 1922<sup>10</sup>, con una vigencia prevista muy corta, aun cuando después se perpetuó a todo lo largo del siglo, se libró de la falta de coherencia general de las leyes y modificaciones de leyes sobre la materia que caracterizó este periodo de la legislación en materia preconcursal o concursal.

La misma exposición de motivos de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, se hace eco de esta situación cuando dice:

*“La Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, promulgada con carácter provisional, porque se dictó para resolver un caso concreto, llegó a convertirse en pieza básica de nuestro derecho concursal gracias a la flexibilidad de su regulación, que, si bien palió el tratamiento de las situaciones de crisis patrimonial de los comerciantes, complicó aún más la falta de coherencia de un conjunto normativo carente de los principios generales y del*

---

*su integridad, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, que declara el juez o tribunal, en vista de su manifestación.*

*Art. 871. También podrá el comerciante presentarse en estado de suspensión de pagos dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho. Pasadas las cuarenta y ocho horas señaladas en el párrafo anterior, sin haber hecho uso de la facultad concedida en el mismo, deberá presentarse al día siguiente en estado de quiebra ante el juez o tribunal de su domicilio.*

*Art. 872. Hecha la declaración de suspensión de pagos, el comerciante deberá presentar a sus acreedores, dentro del plazo de diez días, una proposición de convenio, sujetándose su deliberación, votación y demás que le concierna, a lo establecido en la sección 4ª, de este título, salvo lo que en ella se expresa tocante a la calificación de la quiebra, que no será necesaria.*

*Art. 873. Si la proposición de convenio fuese desechada, o no se reuniese número bastante de votantes para su aprobación, quedará terminado el expediente, y todos los interesados en libertad para hacer uso de sus respectivos derechos.*

*Corresponde a los artículos sobre la suspensión de pagos promulgados según la Ley 10 de junio de 1897, que implicó reformas en el Código de Comercio. Sobre este primer texto se realizaron modificaciones en los años posteriores.”*

<sup>9</sup> Lo cual no quiere decir que no hubiera figuras jurídicas anteriores muy próximas como las que figuran en el Código de 1885 y en la reforma de 1897.

<sup>10</sup> El caso concreto fue la quiebra del Banco de Barcelona, una institución bancaria de ámbito nacional, que se intentó evitar con esta ley, que excepcionalmente y para el caso, se declaró retroactiva. Independientemente del debate doctrinal que se organizó por esta ley y sus intenciones, la Ley se planteó para una vigencia de cuatro años, como figura implícitamente en su DA segunda, aun cuando estuvo en vigor hasta el Reforma Concursal de julio de 2003.

*desarrollo sistemático que caracterizan a un sistema armónico, y permitió corruptelas muy notorias.”*

En realidad hasta la Ley 22/2003 no se han realizado reformas más o menos parciales y algunas adaptaciones a situaciones surgidas a lo largo de los años, que incidían en los procesos concursales y en los planteamientos de las suspensiones de pagos, que en ocasiones se veían afectadas por corrupciones que difícilmente se podían atajar.

Las mismas modificaciones que a lo largo de estos años se implementaron fueron parciales y muy concretas, buscando soluciones a problemas que se planteaban en función, en buena parte, de cambios sociales o económicos.

Cierto que en varias ocasiones se intentaron cambios en profundidad y extensión y la elaboración de una ley que unificara todo el procedimiento concursal en lo material y en lo formal y que incluyera a todos los deudores, comerciantes o no comerciantes, dentro de un modelo que fuera flexible y permitiera adaptarse a todas las circunstancias posible. Para ello se constituyeron comisiones y secciones que elaboraron anteproyectos, especialmente a lo largo de las tres décadas finales del siglo XX, de manera más concreta a partir de la instauración de la democracia, que de una manera u otra, pusieron las bases de la ley 22/2003, Concursal que culminó todo el proceso.

Como se dice en su Exposición de Motivos la nueva ley, que marcó un antes y un después, a pesar de las reformas sucesivas, no es una rotura con las anteriores normativas concursales, sino más bien una reestructuración del anterior derecho, una nueva concepción de la realidad concursal y, también, su necesaria adaptación a una realidad supranacional representada por nuestra adscripción a la UE, así mismo a la globalización de la economía y, consecuentemente, a la problemática que esta plantea en pleno siglo XXI.

Es pues, a nuestro juicio, la mayor de las virtudes de esta ley el planteamiento de la unidad del procedimiento y su identificación con la insolvencia que es definida independiente de la suspensión de pagos y

*concebida por el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones.* La insolvencia, en sus varias manifestaciones, debe ser solicitada por los legitimados, los acreedores y deben fundamentar su solicitud en uno de dichas manifestaciones. También, en la ley, puede solicitarla el deudor que deberá justificarla, aunque puede adelantarse al concurso lo que le da una ventaja para poder solucionar de alguna manera, especialmente a través de un acuerdo con los proveedores, la situación concursal.

La ley tiene, entendemos, un objetivo muy claro que destaca sobre los demás, se trata de buscar soluciones al concurso que no impliquen necesariamente la desaparición de la empresa, la pérdida de los puestos de trabajo y del patrimonio del deudor. Se trata pues de fomentar la salvaguarda de los intereses encontrados de todos los sujetos implicados en el posible concurso, sobre la base de interacciones mutuas y acuerdos que permitan continuar con la empresa, salvar los puestos de trabajo, o por lo menos los máximos posibles y, por supuesto, los legítimos intereses de los acreedores.

*“Históricamente ha prevalecido la idea originaria de proteger a los acreedores y garantizar el cobro de sus créditos, aun a costa del patrimonio del deudor insolvente. De este modo se ha extendido el modelo de la ejecución individual a la ejecución universal. Esto es: la quiebra supondría una ejecución ordenada del patrimonio del deudor común que permitiera la satisfacción de los créditos de acuerdo con el orden legal, que en un principio estaría marcado por la igualdad de trato (par conditio creditorum), pero que con el paso del tiempo ha dado lugar a una proliferación de privilegios que determinan preferencias en el cobro de unos créditos sobre otros. Bajo esta perspectiva, prima el interés de los acreedores sobre la subsistencia de la empresa<sup>11</sup>.”*

No olvidemos que también esta ley aparece como consecuencia de unos cambios en la situación económica y es la respuesta a fuertes tensiones que se producían a consecuencia de la vetusta, ya, Ley de Suspensión de pagos vigente. Así que algunas de sus novedades aparecen relacionadas con estas

---

<sup>11</sup> CERDA ALBERO, F. Y SANCHO GARGALLO, I. *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*. La Caixa. Barcelona. 2001, p. 16.

nuevas situaciones que caracterizan las actividades empresariales en este periodo de tiempo.

Por ejemplo, el tratamiento de las garantías reales que destaca como una de las principales novedades, cuando en realidad lo que efectivamente es una novedad es la regulación *aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso*, no tanto la naturaleza del derecho real que no se toca. Lo cual es lógico y también el nuevo tratamiento regulatorio, dado de que lo importante es *que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva*. Aunque claro está, dado que es garantía real el detentador de la misma sólo se verá afectado si dicho acreedor firma la propuesta de acuerdo o se adhiere a ella.

Esta y otras novedades trataron, y en parte lograron, agilizar todo lo relativo al concurso flexibilizando todo el proceso. Por ejemplo, respecto a los contratos que siempre había sido objeto de duras críticas por la doctrina. Los contratos no pierden vigencia y subsiste la obligación de cumplimiento, sin embargo se incluye la posibilidad de una resolución judicial de contrato y aunque no son válidas cláusulas contractuales de resolución en caso de concurso, sí se aceptan las normativas que impliquen la extinción o permitan a las partes que la pacten o puedan denunciar el contrato.

No son las únicas novedades, como veremos a lo largo de estas Conclusiones. Y tampoco logró la ley 22/2003 solucionar todos los problemas subsistentes en el anterior ordenamiento y que quedaron en el nuevo. La simplificación que se pretendió para reducir las situaciones de insolvencia y, muy especialmente, para evitar los largos periodos de espera en los que los valores patrimoniales y de la propia empresa se deterioraban, no dieron el resultado esperado, especialmente en los casos de insolvencias de reducida cuantía, que por otra parte son las más.

Parte de la doctrina, con la que estamos de acuerdo, entiende que la insuficiencia entra en el capo procedimental pero también en el de situaciones especiales, por ejemplo en el del sobreendeudamiento de los consumidores<sup>12</sup>

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de reforma de la Ley Concursal, abre su Exposición de Motivos, después de referirse a la Ley 22/2003 que reforma, con un alegato a la quebrantada situación económica a la que identifica como causa de un deterioro en los mecanismos de la anterior y citada Ley 22/2003 y la disfuncionalidad de dichos mecanismos, así como de lo que califica de *“incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado.”*

Pero además, incluye un párrafo que define el fracaso de la Ley 22/2003 en la cual uno de los objetivos principales, por no decir el más importante de ellos, era evitar la liquidación de la empresa, que cesara la aportación de riqueza a la economía del país y evitar la liquidación de puestos de trabajo. En la exposición de motivos de la nueva ley se dice: *“Hoy por hoy, la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores.”*

Pero además es necesario tener en cuenta que anteriormente a la ley 38/2011 que tratamos y nos parece un hito importante en el desarrollo de la legislación concursal, ha habido dos actuaciones legislativas que ya han modificado la Ley 22/2003.

Por una parte el RDL 3/2009 de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, en cuyo cuerpo normativo, Capítulo III, Medidas en materia concursal, se establecen modificaciones a la ley 22/2003 entre las que destacan, a nuestro juicio los plazos que se habilita para las distintas partes

---

<sup>12</sup> Dice LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso Concursal*, ed. Aranzadi. Pamplona 2012, pág. 24. “La insuficiencia no sólo se produce desde el punto de vista procedimental. Se ha reclamado una distinta respuesta del concurso cuando se enfrenta a situaciones que incluso se han rebautizado con una distinta denominación-sobreendeudamiento de consumidores, de familias-. Al variar la denominación se niega la identificación del sobreendeudamiento con la insolvencia y se repudian por tanto las soluciones que se ofrecen a esta situación. La unidad de régimen deja de ser un logro para convertirse en un rígido corsé”.



del procedimiento, la publicidad de los mismos, el acceso a la documentación a través de Internet, sobre la administración concursal y sus retribuciones, objeto de abusos anteriormente o las disposiciones respecto a los contratos de trabajo.

Esta serie de modificaciones que el RDL 3/2009 implementa en la Ley 22/2003, son en su mayor parte de carácter procedimental y de eliminación de buena parte de las trabas que se detectaron con la aplicación de la citada Ley 22/2003. Se trataba pues, una vez más, de la agilización del procedimiento que se había, una vez más también, revelado lento y complicado para el objeto de mantener en funcionamiento la empresa concursada.

En cualquier caso, este RDL aparece como consecuencia de la crisis económica global, como indica en su texto de presentación, frente a la cual se *“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.”*

Aunque el RDL se refiere también a materias tributarias y financieras, uno de sus objetivos es solucionar las carencias de la Ley 22/2003, que en determinados aspectos ya explicitados se había demostrado como ineficiente, y solventar a corto plazo la problemática que se encontraban los concursos en los tribunales en plena crisis. El objetivo, en este aspecto, principal del RDL se centraba en un nuevo y más eficiente tratamiento de la financiación facilitándola en lo posible.

A nuestro juicio, la refinanciación de las empresas sujetas o próximas a una situación concursal y a consecuencia de la crisis que se inició en 2007 y estalló en toda su amplitud en 2008, se había hecho más que complicada. El RDL intentó, creemos que con menguado éxito, esta refinanciación de empresas en situaciones difíciles lo cual no sólo contribuía a mantener a flote las empresas con todo lo que ello conllevaba en un momento de aumento de paro y reducción del PIB de la nación, sino que además aliviaba a los tribunales mercantiles sobresaturados de expedientes concursales.

El mismo texto introductorio del RDL dice que se trata “*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.*” Lo cual además de una declaración de intenciones es un implícito reconocimiento al fracaso de buena parte de la ley 22/2003, por lo menos en lo referente a estos supuestos.

Cierto que las leyes concursales, en general, presentan una fuerte dificultad respecto a la coordinación de las diferentes partes que intervienen en el proceso concursal, las cuales tienen distintos intereses, muchas de las veces enfrentados. Lo cual implica una mayor protección o tutela que les permita un espacio suficiente para llegar a acuerdos que no beneficien mucho más a unos que otros, y perjudiquen a los unos más que a los otros, dentro de los límites en que sea posible.

Poco después aparece la ley 13/2009 de 27 de marzo de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la cual se modificaron casi cincuenta preceptos de la LC que no dejaron de ser por una parte la adaptación a la reforma de la justicia que significaba dicha ley 13/2009 y, por otra, el anuncio de una reforma en mayor profundidad para tratar, de una vez por todas, solucionar los problemas de los procedimientos concursales para los que no terminaban de encontrarse soluciones satisfactorias para todas las partes. Reforma que vino a implementarse en la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley Concursal.

A nuestro entender, y como primer comentario a dicha ley, comentarios que se extenderán a lo largo de estos resúmenes y conclusiones, nos parece que la Ley 38/2011 no ha sido una reforma en profundidad de la Ley 22/2003, sino un intento de reparación de defectos y un escaso desarrollo de lo que se apuntaban en el RDL 3/2009 y la Ley 13/2009 especialmente en lo relativo a los acuerdos de refinanciación que se esperaba serían las bases programáticas de la nueva Ley.

Sin embargo, el propio legislador, deja claro en el Preámbulo que:

*“La reforma de la Ley Concursal que ahora se lleva a cabo no es una reforma radical de la misma ni supone un giro copernicano del texto legal vigente, sino que parte del reconocimiento de sus principios esenciales, en concreto, la triple unidad legal, de disciplina y de procedimiento, ya señalada. Ello no impide que la reforma pueda considerarse global pues introduce una serie de importantes modificaciones que pretenden tanto corregir errores de enfoque detectados en la práctica como colmar las lagunas de la ley.”*

Pues cierto que no es una reforma radical ni mucho menos, y también lo es que se fundamenta en la triple unidad legal, de disciplina y procedimiento, otra cosa es que se pueda considerar global por cuanto como veremos más adelante, deja muchos de los que llama enfoques detectados sin una adecuada, y compartida por la doctrina, solución. En cualquier caso es, a nuestro juicio, un adelanto sobre la ley 22/2003.

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, la Ley 38/2011 introduce una serie de nuevos elementos cuyo objetivo principal es la flexibilidad de todo el proceso. Por ejemplo, son novedades la introducción de lo que la propia ley llama “*dinero nuevo*” o *fresh money*, o las reformas de la fase de liquidación, evitar que la solución de la insolvencia no se eternice perjudicando a todas las partes todo ello buscando la brevedad del concurso pero sin llegar a un concurso abreviado. Lo cual no deja de ser una contradicción que no es la solución rápida, económica y eficaz que se ha estado buscando desde hace ya décadas. Sin embargo parece que se avanza hacia ello.

También ha encarado la ley 38/2011 la problemática que suponen los concursos para los trabajadores de la concursada y los posibles, de hecho reales, conflictos de jurisdicción por ejemplo con lo social, solucionando, mal que bien a nuestro juicio, las dudas sobre la calificación de la masa de los créditos salariales y las indemnizaciones que corresponden por extinción de la relación laboral, sea esta la que corresponda.

No terminan con esta ley las reformas y modificaciones a las que se somete la LC, ya muy reformada. El RDL 4/2014 de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Este RDL comienza el preámbulo exponiendo que muchas

empresas que son viables desde la perspectiva operativa, es decir que son capaces de generar beneficios, no puede seguir adelante con sus operaciones por falta de liquidez. El RDL opta por intentar sanear la empresa a través de un acuerdo de refinanciación que haga posible no sólo la continuidad de la empresa sino también que esta pueda liquidar, a medio o largo plazo, a los acreedores sus créditos.

Aun cuando el acreedor deberá aceptar sacrificios y quitas para que se perjudique lo menos posible a todos los agentes implicados y que todos acepten proporcionalmente dichos sacrificios:

*“Se trata en definitiva de favorecer también para ellos que una expectativa incierta de cobro de una cantidad elevada (en términos de capacidad de pago del deudor) se torne en una certeza razonable de cobro de una cantidad más reducida o sujeta a una mayor espera. Se trata de favorecer también los mecanismos para que la deuda pueda transformarse en capital.”*

El planteamiento creemos que es correcto, otra cosa es su implementación en los acuerdos preconcursales que analizaremos más adelante, por cuanto el problema de llegar a acuerdos entre las partes de una negociación preconcursal no deriva tanto de la buena voluntad de dichas partes sino de las rigideces del sistema preconcursal y concursal. En cualquier caso, el consenso entre las partes, cuando se logra, es la mejor solución en los casos que nos ocupan, aun cuando no suelen prodigarse mucho estos acuerdos en la realidad. Uno de los problemas es que todos los planteamientos tienen más en salvar el patrimonio del deudor que el crédito de los deudores, lo cual no es para estos últimos la mejor baza para iniciar dichas negociaciones.

Un ejemplo de esta tendencia es el art. 5 bis 4 de la LC modificado por dicha Ley 17/2014, que establece un seguro sobre los bienes del deudor mientras se están manteniendo las negociaciones y se admitan 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.”* En este caso no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes, quedando suspendidas las que estén en tramitación.

Ampliándose en esta modificación los bienes que quedan protegidos aun cuando sea momentáneamente.

La nueva Ley sigue los pasos de las anteriores en el sentido de que intenta unificar los criterios de los órganos jurisdiccionales, al tiempo que evitar que el concurso acabe con la viabilidad de las empresas. Todo ello en una situación, ya en 2014, de postcrisis.



## **CAPÍTULO I**

### **LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES EN GENERAL**

SUMARIO: I. TRATAMIENTO NORMATIVO. II. FINALIDAD DE LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES. III. LA COMUNICACIÓN DEL ARTÍCULO 5 BIS. 1. Procedimiento. A) Legitimación. a) El presupuesto de la insolvencia. B) Plazo de presentación. C) Forma y contenido de la comunicación. 2. Tramitación de la comunicación. 3. Efectos de la comunicación. A) Protección frente a la solicitud voluntaria de concurso. B) Protección frente a las eventuales solicitudes de concurso necesario. C) Protección frente a las ejecuciones singulares. a) El régimen especial respecto de acuerdos extrajudiciales de pagos.





## I. TRATAMIENTO NORMATIVO.

La grave crisis que venimos soportando desde alrededor de 2007 ha llevado al legislador a implementar nuestra legislación concursal mediante políticas incentivadoras y protectoras de los llamados institutos preconcursales como métodos favorecedores de la continuidad y viabilidad del deudor<sup>13</sup>.

Es posible que cualquier deudor que se encuentre ante una difícil situación económica es posible que ejerciendo su libertad contractual y tratando de reconducir su situación pueda iniciar negociaciones extrajudiciales con alguno o algunos de sus acreedores que le brinden la oportunidad de surgir de la crisis por la que atraviesa.

---

<sup>13</sup> Trataremos en este apartado de abordar las modificaciones de mayor trascendencia que sobre la LC y concretamente respecto los institutos preconcursales han acontecido en los últimos años, no obstante no está de más advertir que no son estas las únicas modificaciones que han afectado esta Ley, pues tras ella encontramos toda una sucesión de reformas – precisamente 29 - que han ido recayendo desde sus inicios, así las reformas de la LC desde julio de 2003 han sido las siguientes: Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, 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, Ley 6/2005, de 22 de abril , sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, 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 Estado, Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, 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 social, Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo , por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre , de medidas urgentes en materia concursal, Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, Ley 5/2015, de 27 de abril , de fomento de la financiación empresarial, Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, Ley 9/2015, de 25 de mayo , de medidas urgentes en materia concursal, Ley 11/2015, de 18 de junio , de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y Ley 25/2015, de 28 de julio , de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tales pactos van a ser lícitos y exigibles, siempre que respeten los límites de la autonomía de la voluntad, la Ley, la moral y el orden público (arts. 1902 y 1255 CC), ahora bien, en la mayoría de las ocasiones los acreedores van a pretenden satisfacer intereses propios<sup>14</sup> y a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos preconcursales este contrato solamente va a desplegar su eficacia sobre las partes que lo celebran, esto es el deudor y el acreedor o acreedores que hayan participado, así pues para asegurarse su éxito estas negociaciones tendrían que establecerse con todos los acreedores, o por lo menos, con aquellos que representen la parte más importante de las obligaciones contraídas por el deudor - frecuentemente la entidades de crédito -, pues entablar negociaciones en este marco extrajudicial va a comportar ciertos riesgos tanto para el deudor como para los acreedores<sup>15</sup>.

Así, de un lado, el inicio de estas negociaciones no va a suponer la paralización de las acciones ejecutivas individuales, sino que más bien incluso podríamos decir que puede fomentarlas, pues iniciar estas negociaciones implica lógicamente poner en alerta de la situación económica por la que el deudor atraviesa.

Pero aún hay más, y es que conviene no olvidar las posibles consecuencias que iniciar negociaciones extrajudiciales pudiera conllevar si, sobre el deudor, concurre alguno de los presupuestos establecidos en la Ley (art. 2.4 LC) que faculte a los acreedores para presentar solicitud de concurso necesario, situación que además la Ley va a incentivar puesto que los acreedores que soliciten el concurso disfrutarán de ver como hasta el cincuenta por ciento del importe de sus créditos que no tuvieran el carácter de subordinados, pasan a considerarse créditos con privilegio general (art. 91.7

---

<sup>14</sup> En palabras de SÁNCHEZ – CALERO GUILLARTE, J., en “*Los cambios que afectan a la propuesta anticipada de convenio*”, Intervención en la Jornada “La reforma de la Ley Concursal: Real Decreto-Ley 3/2009”, celebrada el 13 de mayo de 2009, organizada por el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense, recuperado de <http://eprints.ucm.es>, p. 5, “*Es frecuente que cuando el deudor anuncia a uno de sus acreedores que está estudiando la solicitud concursal, la primera preocupación de su acreedor sea la puesta al día de la deuda, la obtención de ventajas frente a otros acreedores, el reforzamiento de garantías o, simplemente, no volver a trabajar con ese deudor que ha desvelado de buena fe su posible insolvencia con vistas a obtener el apoyo de ese y otros acreedores*”.

<sup>15</sup> Vid. a este respecto PULGAR EZQUERRA, J., “Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 5, Sección Estudios, ed. La Ley, Julio 2006, p. 25, recuperado de <http://revistas.laley.es>, pp. 27 - 28.

LC). Más, el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores verían calificado el concurso de culpable por extemporáneo (art. 165.1 LC) y sometidos a los efectos de esta calificación - inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona, pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa, la condena a devolver los bienes y derechos que indebidamente hubieren obtenido del deudor o recibido de la masa activa, más la de indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172 LC) -.

Así mismo, en caso de operarse posterior concurso, la Ley prevé un riguroso sistema de reintegración<sup>16</sup> (arts. 71 a 73 LC), que se caracterizará por salvaguardar el principio de la *par conditio creditorum* fortaleciendo la formación de la masa activa<sup>17</sup>. Estas acciones están dirigidas a rescindir todos aquellos actos<sup>18</sup> realizados por el deudor con anterioridad a los dos años de

---

<sup>16</sup> Para un mayor examen de estas acciones de reintegración vid. GUILLAMÓN MARTÍ-CALERO, C., “La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración del concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 8, Sección Comunicaciones, ed. La Ley, Primer semestre de 2008, p. 383.

<sup>17</sup> La Doctrina mayoritaria considera que la igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y sus instituciones, ahora bien, esta igualdad habrá de matizarse, a este respecto vid. MARTÍNEZ MULERO, V., en “Función y racionalidad de los sistemas de reintegración concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11, Sección Varia, ed. La Ley, Segundo semestre de 2009, recuperado de <http://revistas.laley.es>, p.10; GARCÍA ESCOBAR, G. A., “El tratamiento de los créditos concursales y el principio de la par conditio creditorum”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* ([www.ual.es](http://www.ual.es)), Vol. 5, ed. Grupo de Investigación Derecho Civil y Bienestar Social, 2014, pp. 25 - 29; SÁNCHEZ - CALERO GUILARTE, J., “Refinanciación y reintegración concursal”, *Anuario de derecho concursal*, nº 20, ed. Civitas, 2010, recuperado de <http://eprints.ucm.es>, p. 14 -15; VILLORIA RIVERA, I., “El Mito de la par conditio creditorum”, *Revista de Derecho concursal y Paraconcursa*, nº 9, Sección Cuestiones prácticas ed. La Ley, 2008, p. 319.

<sup>18</sup> Siguiendo la opinión de AZNAR GINER, E., “La acción rescisoria concursal”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2007, nº 23, pp. 37 a 106, recuperado de [www.icab.cat](http://www.icab.cat), p. 3, se pueden encuadrar dentro del concepto de acto:

*“a) Actos unilaterales: la renuncia a un derecho real de garantía, a una servidumbre (art. 546 CC) o a la prescripción ganada (1955 CC); la repudiación de la herencia; la condonación de una deuda (1187 y ss CC); la imputación de pagos (art. 1172 CC); la representación conferida a un tercero; la ratificación de un contrato otorgado en nombre del concursado por un tercero sin poder o extralimitándose del conferido en su día (art. 1259 CC); la revocación de dicho contrato; la confirmación de un contrato nulo (art. 1311 CC); y el pago al concursado por su deudor apartándose de la obligación contraída. También se incluyen los actos procesales de parte tales como el desistimiento, la renuncia o el allanamiento.*

*b) Actos plurilaterales: pueden ser muy variados, no importando el tipo contractual, sino el perjuicio que cause a la masa activa (enajenación, donación, constitución de garantías reales o personales...). Pueden referirse a los distintos tipos de actos realizados por el deudor en el marco de las relaciones jurídicas bilaterales como frente al negocio jurídico mismo en el que se fundan, incluidos pagos y actos extintivos de obligaciones.*

*También se incluyen las operaciones societarias: cuando se trata de las sociedades deudoras, los actos de sus órganos sociales, son actos de las mismas. Por lo tanto, pueden ser objeto de rescisión acuerdos de aumento o reducción de capital social, disolución, transformación etc., de la concursada, en cuanto sean perjudiciales para la masa activa. O la suscripción o asunción de acciones y participaciones sociales”.*

declaración de concurso perjudiciales para la masa activa, hubiere o no hubiere existido intención de fraude.

Este riguroso sistema provoca que sean numerosos los actos extrajudiciales declarados ineficaces – que no nulos o anulables - por la sentencia estimatoria de la acción rescisoria concursal, que así mismo y junto con este pronunciamiento declarativo, condenará a la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC)<sup>19</sup>. Nos encontramos ante una obligación recíproca de simultáneo cumplimiento<sup>20</sup>.

Sin embargo y aún no obstante de abogar la LC por el convenio como solución normal del concurso<sup>21</sup> no se alentaba dicho mecanismo, mecanismo que además resultaba insuficiente pues de no poderse encuadrar las negociaciones extrajudiciales entre el deudor y sus acreedores dentro del campo de la referida figura el riesgo de verse sometidas a una eventual

---

<sup>19</sup> En esta línea SAP de Palma de Mallorca, de 9 de junio de 2005, ponente: Illmo. Sr. D. Guillermo Roselló Llaneras, establece *“El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicios que en algunos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irrevindicabilidad o del registro”, disponiendo expresamente el artículo 73.1 de la vigente LC que “la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses”, lo que supone acoger los efectos que el Código Civil regula para cualquier supuesto de ineficacia del contrato en sus artículos 1.295, 1.303 y 1.307, esto es, la devolución de la cosa con sus frutos y del precio con sus intereses”*; en igual sentido SJM nº 2 de Barcelona, de 25 de febrero de 2005, ponente: Illmo. Sr. D. José María Ribelles Arellano, SJM nº 9 de Córdoba, de 31 de octubre de 2006, ponente: Illmo. Sr. D. Fernando Caballero García; SAP de Lugo (Sección 1ª), de 11 de enero de 2007, ponente: Illma. Sra. Mª Josefa Ruiz Tovar; SAP de Madrid (Sección 28ª), de 19 de diciembre de 2008, ponente: Illmo. Sr. D. Enrique García García, entre otras.

<sup>20</sup> MARTÍN REYES, Mª A., "La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada", en AA.VV, *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid 2005, pp. 4188 y 4189; VIGUER SOLER, P. L., "La masa activa: determinación y acciones de reintegración" en GARNICA MARTÍN J. F. (dir.), *La nueva Ley Concursal*, Cuadernos de derecho judicial, nº 18, 2003 p. 393; ALCOVER GARAU, G., "Comentarios al artículo 73 Ley Concursal", en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A. y ALCOVER GARAU, G. (Dirs.), AAVV, *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, ed. Dykinson, Madrid 2004, p. 782; ESCRIBANO GAMIR, R. C., "La reintegración de la masa activa del concurso" en AA.VV, *Estudios sobre la Ley concursal : libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid 2005, p. 4043.

<sup>21</sup> Vid. Exposición de Motivos (apartado VI) LC.

rescisión resultaba poco alentador, y así el convenio anticipado resulto un absoluto fracaso<sup>22</sup> primándose así por la liquidación de las empresas<sup>23</sup>.

La originaria redacción de la LC hacía que la PAC fuera observada por el deudor como un obstáculo en cuanto a la iniciación y tramitación de un concurso, lo que la distaba, y mucho, de ser la solución normal que la Ley pretendía<sup>24</sup>.

Ante esta situación fueron numerosas las voces críticas que se alzaron a favor de la reforma de la LC, la cual llegó con la promulgación del RDL 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal<sup>25</sup>.

La reforma llevada a cabo por el RDL 3/2009 introdujo en la LC, entre otros, por un lado el art. 5.3, según el cual “*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*”, al que deberíamos añadirle lo expuesto en el art. 15.3 LC, el cual señala que si el deudor ha realizado la comunicación del art. 5.3 LC, las solicitudes de concurso que se presenten con posterioridad (necesario, se entiende), se proveerán cuando haya vencido el plazo establecido en el citado artículo, es decir, un mes, siempre y cuando el deudor no hubiera presentado

---

<sup>22</sup> Así lo ponen de relieve autores como SÁNCHEZ – CALERO GUILLARTE, J., “Los cambios que afectan...”, art. cit., pp. 4 – 5; CONDE FUENTES, J., *Los sujetos en el proceso concursal*, Tesis Doctoral, Universidad de Almería, 2013, p. 138; MARCOS GONZÁLEZ, M., “La reforma concursal española ante la crisis económica”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III*, 2010, pp. 213-240, pp. 218 – 223.

Clara evidencia de ello la encontramos en los datos de la estadística concursal. De estos se desprende que en el primer quinquenio de vigencia de la Ley (2004 – 2008) de un total de 6.616 concursos sólo 37 de ellos se dieron por existencia de propuesta anticipada de convenio.

A día de hoy sigue siendo un instituto infrautilizado, así los datos de la estadística concursal reflejan que en el año 2012 de un total de 9.071 concursos declarados solamente 134 se dieron por existencia de propuesta anticipada de convenio, en el año 2013 de un total de 9.937 lo fueron 134 y en el año 2014 de un total de 7.280 solamente lo fueron 16, lo que demuestra que la utilización del convenio anticipado viene siendo residual ([www.ine.es](http://www.ine.es)).

<sup>23</sup> Vid. MARCOS GONZÁLEZ, M., “La reforma concursal española...”, art. cit., pp. 219 – 220.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ – CALERO GUILLARTE, J., “La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n.º. 11, ed. La Ley, 2009, pp. 85-98, p. 86.

<sup>25</sup> BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

la solicitud de concurso voluntario<sup>26</sup>, y por otro la DA 4ª en virtud de la cual 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.

Claramente el art. 5.3 LC recoge la primera de las medidas de carácter preconcursal por cuanto permite al deudor realizar ciertas actuaciones en la fase previa a la solicitud de declaración del concurso<sup>27</sup>.

Este nuevo precepto venía a favorecer la conclusión de convenios anticipados mediante la comunicación en él establecida y cuyo tenor literal resulta de una claridad meridiana, al establecer que no será exigible la obligación de solicitar la declaración de concurso al deudor que, *“en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio”*. Así pues, esta comunicación cumple una

---

<sup>26</sup> En este sentido el AAP de Castellón (Sección 3ª), ponente: Illmo. Sr. D. Rafael Juan Juan Sanjosé, establece: *“En primer lugar y respecto a la alegación planteada en cuanto a que se ha comunicado al juzgado negociaciones previas amparadas en el artículo 5.3 LC (RCL 2003, 1748), decir que según las propias manifestaciones de la parte recurrente, dicha comunicación fue efectuada el 22 de julio de 2010, mientras que la demanda germen del presente procedimiento lo es en fecha anterior, y concretamente tal y como consta en el sello de entrada en los juzgados de Castellón el 29 de octubre de 2009 (folio 2), prácticamente un año antes.*

*Dice el artículo 15.3 de la LC en el texto vigente al momento en que se presentó la comunicación de negociaciones referida por el apelante que “Para el caso de que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presente con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la 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”.*

*Como es de ver dicho artículo sólo protege al deudor que haya comunicado las conversaciones acogiéndose a lo previsto en el art. 5.3 LC, en el periodo comprendido entre la presentación del escrito de comunicación y los cuatro meses posteriores, de las posibles demandas de concurso necesario presentadas por los acreedores.*

*Una interpretación contraria, tal y como defiende el apelante, sería tanto como dar un salvoconducto a los deudores que tuvieran presentada una demanda de concurso necesario, para paralizar todos los procedimientos y poder presentar el concurso voluntario, tal y como así lo pretendió el recurrente, con lo que siendo claras las fechas de presentación de la demanda de concurso necesario, y la comunicación en fecha muy posterior de la amparada en el artículo 5.3 LC, se desestima el presente motivo, estimando correcta la fundamentación establecida en el auto recurrido”.*

<sup>27</sup> SÁCHEZ CALERO GUILLARE, J., “Los cambios que afectan...”, art. cit., p. 7, en igual línea se manifiesta FERNÁNDEZ TORRES, I., “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso. (A propósito del auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 y Mercantil de Córdoba de 10 de septiembre de 2009)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 12, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, ed. La Ley, Primer semestre de 2010, recuperado de <http://revistas.laley.es>, pp. 2 – 3.

finalidad evidente: favorecer e impulsar la concertación de propuestas anticipadas de convenio<sup>28</sup>, no así los acuerdos de refinanciación<sup>29</sup>.

Por consiguiente, la protección que la Ley otorgaba al deudor no era absoluta, pues la norma solamente se refería a la PAC limitándose a dos supuestos concretos, evitar la calificación del concurso como culpable por extemporáneo e impedir la solicitud de concurso necesario por cualquier acreedor legitimado.

Dicho pues, la protección no es absoluta, y sigue sin afectar a casos como la paralización de acciones individuales y a la vigencia de los embargos anotados contra el patrimonio del deudor.

Si a lo anterior añadimos la escasa utilización de las operaciones de refinanciación introducidas en la DA 4ª lógicamente se planteaba de nuevo la necesidad de introducir nuevas modificaciones sobre el régimen de los institutos concursales.

---

<sup>28</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., y ORELLANA CANO, A. M., “Deber de solicitar la declaración del concurso (art. 5)”, en PRENDES CARRIL, P. (Dir.), *Tratado Práctico Concursal*, ed. Cizur Menor, 2009, pp. 212 y 213; QUINTANAS EIRAS, M. R., “Luces y sombras en la reforma de la propuesta anticipada de convenio concursal”, en GÓMEZ SEGADÉ, J. A., GARCÍA VIDAL, A., OLIVENIA RUIZ, Manuel (Coords.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid 2010, p. 757; SÁNCHEZ – CALERO, J., Los cambios que afectan...”, op. cit., p. 7. En igual sentido lo viene recogiendo pacífica jurisprudencia, como, entre otros, el AJM nº 5 de Madrid de 17 abril de 2009, ponente: Illmo. Sr. D. Javier García Marrero; AJM nº 8 de Madrid, de 21 de diciembre de 2009, ponente: Illmo. Sr. D. Javier Yáñez Evangelista.

<sup>29</sup> No obstante aun cuando es cierto que los acuerdos de refinanciación no eran objeto de protección por parte de la normativa, no pudiendo comunicarse al Juez la negociación de los mismo, como así se manifestaba la jurisprudencia, así AAP de Madrid (Sección 28ª), de 5 de febrero de 2010, ponente: Illmo. Sr. D. Enrique García García, “...la solicitante tampoco cumplía, estricto sensu, el segundo de los requisitos legales, pues lo que se justificaba con su escrito no era que se estuvieran siguiendo negociaciones por parte de la comunicante para obtener una propuesta anticipada de convenio con sus propios acreedores, sino que el ámbito de la negociación era el de la consecución de un convenio entre la entidad ESOMAG SL y los acreedores de ésta. Que la apelante, PROINFOT SA, que esgrime su condición de avalista de la citada sociedad, tenga la expectativa de salir beneficiada, de algún modo, merced al convenio concursal que negocia el deudor principal, no entraña, sin perjuicio de los efectos a que se refiere el artículo 135 de la Ley Concursal para los obligados solidarios, fiadores o avalistas, que pueda confundirse, sin más, entre uno y otro sujeto”, no lo es menos que los convenios anticipados durante la vigencia del art. 5.3 LC fueron muy pocos, utilizándose además el mismo con un fin distinto para el que fue diseñado, esencialmente para buscar una refinanciación de deuda o su eliminación o reducción mediante compra ventas o daciones en pago, interpretación ésta defendida por autorizada doctrina, así 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”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 11, ed. La Ley, 2009.

A tal fin la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>30</sup> de nuevo introduce modificaciones sobre el régimen de los institutos concursales. Principal objetivo de esta reforma será el reforzamiento de los mismo<sup>31</sup>, tratando con ello favorecerse la conservación de la actividad del empresario o profesional, pues sin perjuicio de que con la modificación introducida en virtud del RDL 3/2009 tanto la comunicación previa al concurso como los acuerdos de refinanciación de la DA 4ª tuvieron una favorable acogida, la mayor parte de los concursos que se tramitaban seguían finalizando con la liquidación<sup>32</sup>.

De esta reforma significativos resultan la introducción del nuevo art. 5 bis LC, descendiente del apartado 3 del art. 5 LC, en virtud del cual se extiende el impeditivo de la declaración de concurso necesario a estos acuerdos de refinanciación - protección que ilógicamente, con la anterior regulación solamente se confería a la PAC – y la introducción de todo un marco normativo alrededor de los acuerdos de refinanciación, desarrollándose nuevos aspectos tales como la incorporación de la figura del dinero nuevo o - *fresh money* - (arts. 84.2.11 y 91.6 LC), extensión de los efectos sobre los acreedores disidentes o no participante o la paralización de ejecuciones singulares (DA 4ª LC). Respecto a la protección rescisoria destacable resulta su nuevo emplazamiento, pasando a encontrar su regulación en el art. 71.6 LC, pues recordemos que la anterior DA4ª parecía contener un supuesto especial de exención de la acción rescisoria contenida en el art. 71 LC, por lo que parece más lógica esta nueva ubicación.

---

<sup>30</sup> BOE nº. 245, de 11 de octubre de 2011.

<sup>31</sup> Vid. Preámbulo (apartado III) Ley 38/2011.

<sup>32</sup> Así se desprende del Preámbulo (apartado I) L. 38/2011: *“Hoy por hoy, la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores. Realidad que tensiona el sistema legal, al que se acude menos y, en su caso, más tarde que en otros países”*.

De hecho si de nuevo nos remitimos a las estadísticas observamos como durante el periodo 2009 – 2011 aún no obstante de haberse aumentado el número de concursos por existencia de propuesta anticipada de convenio su utilización venía siendo más bien escasa. Así los datos de la estadística concursal reflejan que en el año 2009 de un total de 6.197 concursos declarados solamente 55 se dieron por existencia de propuesta anticipada de convenio, en el año 2010 de un total de 5.962 fueron 150 aquellos que se dieron por existencia de PAC y en el año 2011 de un total de 6.863 solamente 96 se dieron por existencia de PAC (www.ine.es).



No obstante de nuevo la práctica seguía denotando ciertas disfuncionalidades y pocos eran los convenios y los acuerdos de refinanciación que se alcanzaban<sup>33</sup>.

Pues bien, con el fin de favorecer el crecimiento y la reactivación económica de nuevo, con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización<sup>34</sup> se incide sobre el ámbito concursal, afectando nuevamente al régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación e introduciendo, como principal novedad, un nuevo procedimiento que, fundamentado en la mediación favorece que se alcance entre el deudor y sus acreedores de un acuerdo extrajudicial de pagos.

No obstante estos intentos de favorecer el ámbito de los institutos preconcursales de nuevo se observaba el fracaso del concurso como medio a través del cual lograr la subsistencia de la actividad empresarial, así y sin apenas haber transcurrido seis meses desde la anterior reforma, se promulga el RDL 4/2014, de 7 de marzo 2014 sobre reestructuración y refinanciación de deuda empresarial<sup>35</sup>, que parece establecer definitivamente el sistema protectorio del instituto preconcursal de la refinanciación, eliminando rigideces e incertidumbre legales que sobre el mismo se habían detectado<sup>36</sup>.

Así, y como ya hemos referenciado la comunicación previa de negociaciones según el art. 5 bis LC solamente tenía como efecto evitar una eventual calificación del concurso como culpable por extemporáneo e impedir que durante la fase de protección se inste por tercero legitimado al efecto el concurso del deudor. Pues esta situación cambia con la reforma operada por el RDL 4/2014 y así, en virtud del art. 5 bis LC se imposibilita iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor mientras que las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se

---

<sup>33</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley concursal española 22/2003”, *Diario La Ley*, nº 7731, ed. La Ley, 2011, recuperado de <http://www.sanperhouse.es>, p.2, donde la autora pone de manifiesto la “huida” hacia legislaciones más flexibles de algunos importantes acuerdos de refinanciación.

<sup>34</sup> BOE nº 233, de 28 de septiembre de 2013.

<sup>35</sup> BOE nº 58, de 8 de marzo de 2014.

<sup>36</sup> Vid. Exposición de Motivos (apartado III) RDL 4/2014.

suspenderán, tampoco pudiendo iniciarse o, en su caso quedando suspendidas, las ejecuciones singulares. Pero esto no es todo pues se modifica sustancialmente el régimen de protección de los acuerdos de refinanciación, se amplía el lapso temporal de la protección del *fresh money*, se modifica el régimen de la calificación concursal y calificación de créditos, flexibiliza el régimen de los convenios, entre otros.

Sin embargo no se quedan aquí las reformas de la Ley 22/2003 pues el día 1 de octubre de 2014 se publicó la Ley 17/2014, de 30 de septiembre sobre medidas urgentes en materia de refinanciación y restructuración de deuda<sup>37</sup>, consolidando las medidas adoptadas por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, reforma que nuevamente se centra en mejorar el marco legal preconcursal, y al día siguiente, 2 de octubre, se publicaba la convalidación del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal<sup>38</sup> que derivará - por su tramitación como Proyecto de Ley - en la Ley 9/2015, de 25 de mayo<sup>39</sup>, recayendo de nuevo las principales novedades introducidas sobre los institutos preconcursales, sin embargo en este la ley aborda la extensión de los principios establecidos por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, para el convenio preconcursal. Introduce esta norma además una serie de medidas que tratan de flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad<sup>40</sup>.

En virtud de esta Ley de nuevo recaen modificaciones en relación al convenio concursal, a la fase de liquidación, a la calificación del concurso, al acuerdo extrajudicial de pagos y a los acuerdos de refinanciación, entre otros aspectos.

No obstante las sucesivas reformas que se han ido sucediendo en los últimos años el legislador seguía centrando su atención en la situación de insolvencia de las sociedades, probablemente por el impacto que el cierre de

---

<sup>37</sup> BOE nº 238, de 1 de octubre de 2014.

<sup>38</sup> BOE nº 217, de 6 de septiembre de 2014.

<sup>39</sup> BOE nº 125, de 26 de mayo de 2015.

<sup>40</sup> Vid. Exposición de Motivos (apartado I y II) Ley 9/2015.

éstas pueda producir<sup>41</sup>, cayendo prácticamente en el olvido la situación de insolvencia de la persona física - empresaria o no -, condenada en numerosas ocasiones a su exclusión social como consecuencia de la actuación indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC)<sup>42</sup>, hecho que se evidencia con el bajo número de concursos de persona física<sup>43</sup>.

Así, tratando de salvar estas carencias se promulga el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social<sup>44</sup> convalidado por la Ley 25/2015, de 28 de julio<sup>45</sup>, cuyo objetivo se va a centrar en que *“una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer”*<sup>46</sup>, es decir, en virtud de esta Ley se posibilita al deudor que ha disipado la totalidad de su patrimonio por haberlo liquidado a favor de sus acreedores de verse liberado de parte de sus deudas pendientes tras la liquidación, para lo cual modifica la Ley 22/2003, de 9 de julio.

Concretamente en lo que respecta a los acuerdos extrajudiciales de pago las modificaciones tienen por finalidad flexibilizar su contenido y efectos, asimilando su regulación a la de los acuerdos de refinanciación, destacando la ampliación de su ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarios, regulándose además un procedimiento simplificado para éstas, la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes y la potenciación de la figura del mediador concursal. Más como

---

<sup>41</sup> CUENA CASAS, M., “Reformas de la ley concursal e insolvencia de la persona física. La persona física insolvente, de nuevo olvidada”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 11, Sección Estudios y Consultas, 2014, pp. 168-185, p. 172.

<sup>42</sup> CUENA CASAS, M., “Reformas de la ley concursal...”, art. cit., p. 172, “Una “segunda oportunidad” para la persona física insolvente: cambios de última hora...”, <http://www.legaltoday.com>, 2015.

<sup>43</sup> Si a la estadística concursal nos remitimos observamos como durante los 10 primeros años de vigencia de la LC (2004 – 2014), de un total de 51.926 concursos solamente 7831 lo fueron de personas físicas, de los cuales solo 1745 lo fueron de persona física que realiza actividad empresarial, es decir, tan sólo el 15% ([www.ine.es](http://www.ine.es)).

<sup>44</sup> BOE Nº 51, de 28 de febrero de 2015.

<sup>45</sup> BOE nº 180, de 29 de julio de 2015.

<sup>46</sup> Vid. Exposición de Motivos (apartado I) Ley 25/2015.

novedad fundamental, para el deudor persona física se instaura un régimen de exoneración del pasivo insatisfecho<sup>47</sup>.

A lo largo del presente trabajo realizaremos un análisis pormenorizado de cada uno de los institutos concursales sobre los que hemos ido haciendo referencia detallando en los capítulos siguientes las ventajas y los inconvenientes de cada uno de ellos.

## II. FINALIDAD DE LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES

Las sucesivas reformas que sobre la LC han ido recayendo nos permiten analizar las finalidades a las que han venido sirviendo la propuesta anticipada de convenio, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos, no obstante ello, antes de entrar en el análisis de sus finalidades propias es menester previamente realizar ciertas consideraciones sobre los fines del concurso.

No hay en nuestro derecho concursal una declaración manifiesta de los fines del concurso, si bien de la lectura de la Exposición de Motivos de la LC se desprende que la finalidad esencial del procedimiento concursal no es el saneamiento de la actividad profesional o empresarial del concursado, sino la satisfacción de los acreedores, finalidad que la propia Ley fomenta se realice por medios conservativos - el convenio - frente a los liquidativos<sup>48</sup>.

Así debemos dejar claro desde un principio que en nuestro ordenamiento jurídico el procedimiento concursal tiene asignada una finalidad esencialmente solutoria, es decir, la finalidad del procedimiento concursal es la

---

<sup>47</sup> Vid. Exposición de Motivos (apartado II) Ley 25/2015.

<sup>48</sup> Como indica la propia Exposición de Motivos (apartado VI) de la Ley 22/2003, *“El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud. Entre las medidas para facilitar esta solución del concurso destaca la admisión de la propuesta anticipada de convenio”*.

satisfacción de los acreedores<sup>49</sup>. Sin embargo el legislador no se mantiene indiferente a las ventajas que, tanto para los acreedores, como para el resto de intereses afectados por la situación de crisis pueden resultar del mantenimiento de la actividad empresarial.

No hay duda que, junto el principio esencial del concurso que es la satisfacción de los intereses de los acreedores la Ley desprende un principio conservacionista de la actividad empresarial o profesional del deudor, a fin de salvaguardar también los intereses del propio deudor, de los trabajadores o la economía en general<sup>50</sup>.

No obstante lo señalado, deberemos tener en cuenta que siempre éstos van a ser intereses secundarios que se verán subordinados al principio esencial de la satisfacción de los acreedores, por consiguiente, aún a pesar del carácter favorecedor de la Ley por la solución conservativa no necesariamente en todos los casos debe llegarse a esta solución, sino que únicamente se atenderá a ella cuando con la misma los acreedores puedan aumentar las posibilidades de ver sus créditos satisfechos, es decir, cuando con su utilización se maximice el valor del patrimonio del deudor<sup>51</sup>.

Los institutos preconcursales no son más que instrumentos solutorios dirigidos a satisfacer los intereses de los acreedores. Ahora bien cuando, tanto deudor como acreedores vean en el mantenimiento de la actividad la mejor solución en pro de conservar el patrimonio del deudor la propuesta anticipada de convenio, el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos podrían erigirse los medios más eficientes para lograr ese resultado, pues

---

<sup>49</sup> En palabras de SÁNCHEZ – CALERO GUILARTE, J., en “Refinanciaciones de deuda y responsabilidad de la banca”, Intervención en la Mesa Redonda, celebrada el 20 de mayo de 2010 dentro de la *Jornada Refinanciaciones de Deuda y Concurso de Acreedores: Balance y Perspectivas de Regulación*, recuperado de <http://eprints.ucm.es>, p. 6, “*el concurso no persigue evitar que el deudor insolvente se vea abocado al procedimiento concursal, sino que su finalidad esencial es la de ordenar y permitir, en su caso, la satisfacción a los acreedores*”.

<sup>50</sup> Tal y como indica OLIVENCIA, M., “Los motivos de la reforma de la ley concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 17, ed. La Ley, 2012, pp. 23-30, recuperado de <http://www.cuatrecasas.com>, p. 5, “*El laberinto no es sólo de acreedores, sino de un complejo entramado de intereses a los que el Derecho concursal debe dar respuesta justa*”.

<sup>51</sup> Así OLIVENCIA, M., “Los motivos de la reforma”, art. cit, p. 9; GARNACHO CABANILLAS, L., “La pretendida finalidad conservativa del convenio en el Derecho Concursal italiano reformado y en el derecho español vigente”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 10, ed. La Ley, 2009, pp. 409-424, recuperado de <http://revistas.laley.es>, p. 5.

favorecen la autonomía privada de las partes a la par que impiden el menoscabo del patrimonio del deudor.

Junto a estas finalidades generales comunes a todo procedimiento concursal - satisfacer los intereses de los acreedores fomentando conservar la actividad empresarial del deudor – el legislador confiere a los institutos preconcursales ciertas finalidades propias, concretamente agilizar tanto la tramitación del procedimiento como reducir los costes inherentes al mismo garantizando el buen fin de un inminente procedimiento concursal.

Efectivamente los institutos preconcursales regulados en la LC se han convertido en una alternativa al concurso, que evitará, en la medida de lo posible, que el procedimiento se demore en el tiempo hecho que beneficiará no solamente al deudor sino también a sus acreedores, pues la tramitación del procedimiento con frecuencia conlleva un largo periodo temporal, lo que consecuentemente reduce el valor de los bienes de cuya realización suele depender el cobro de las deudas y el aumento de los costes del procedimiento. A sensu contrario con una tramitación ágil y reducida en costes económicos se reducirá la masa activa del concurso lo que consecuentemente conlleva a que sea mayor el valor del patrimonio del deudor y por ende los intereses de los acreedores se vean mayormente salvaguardados.

Cuando antes se proceda a dar solución a las situaciones de crisis mayores serán las posibilidades de conservar la actividad empresarial del deudor en el tráfico mercantil.

En esta línea la Exposición de Motivos (Apartado II) de la Ley es clara y establece la necesidad de adelantar en el tiempo la declaración de concurso a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores. No cabe duda de que, cuando antes se combata una situación de crisis económica menor será su acrecentamiento.

Por su parte, si tenemos en cuenta que la finalidad esencial del procedimiento concursal se circunscribe a la satisfacción de los intereses de los acreedores no sería ilógico pensar que a éstos corresponde instar la

declaración de concurso, sin embargo la falta de información que padecen sobre la situación económica del deudor, hace que la realidad sea bien distinta de manera que en la mayoría de las ocasiones la apertura del procedimiento va a depender de la voluntad del deudor<sup>52</sup>, pues sólo éste conoce la situación económica real en la que se encuentra.

El problema que lo anterior suscita es que obviamente el deudor actuará en su propio interés, y no en el interés común de los acreedores, lo que generalmente conlleva a que cuando se solicite la declaración de concurso la situación del patrimonio del deudor sea tal que ya no resulte posible resolverla, lo que consiguientemente acarrea que el concurso no vea satisfecha la finalidad para la que fuere creado.

En sentido contrario lo mismo viene a suceder pues los acreedores, en la mayoría de las ocasiones, conocida la frágil situación económica por la que atraviesa su deudor, ante el miedo infundado por la propia situación tratarán de ver satisfechos sus créditos individuales instando las oportunas acciones.

En este contexto el legislador tratando de incentivar que las solicitudes de concurso se presenten en el momento oportuno articula ciertas medidas entre las que se encuentran la propuesta anticipada de convenio, los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago.

En este sentido, encontrándonos ante una situación de insolvencia la Ley va a permitir al deudor negociar extrajudicialmente con sus acreedores, incentivándose dichos negocios con la ampliación del plazo para tratar de alcanzarlo - plazo durante el cual los acreedores verán vedado su derecho de instar solicitud de concurso necesario - y la suspensión de las acciones individuales de los acreedores (arts. 5 y 15 LC).

Supone ello un magnífico incentivo al acreedor a la hora de solicitar la declaración de concurso.

---

<sup>52</sup> Clara evidencia de ello la encontramos en los datos de la estadística concursal. De estos se desprende que durante los 10 primeros años de vigencia de la LC (2004 – 2014), los procedimientos concursales iniciados ascienden a 51.926, de los cuales 3.166 han sido instados por los propios acreedores, por los socios o los miembros de una persona jurídica en virtud del art. 3 LC, es decir, tan sólo el 6% ([www.ine.es](http://www.ine.es)).

### III. LA COMUNICACIÓN DEL ART. 5 bis

La protección de las negociaciones extrajudiciales dispuestas a la reorganización de empresas en crisis, que propicia la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor se erige necesaria.

En efecto recordemos como estas negociaciones están sometida esencialmente a tres riesgos, de un lado, a la eventual solicitud de concurso necesario por acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo, de otro al riesgo de incumplimiento del deber legal de solicitar concurso y finalmente se produce el riesgo de ver como los acreedores, en tanto en cuanto se negocia, accionan ejecuciones singulares contra el patrimonio, ya de por si debilitado, del deudor.

Ante este contexto, y si verdaderamente lo que se quiere es potenciar la utilización de los institutos preconcursales, es patente la necesidad de proteger estas negociaciones frente a los eventuales riesgos que les son inherentes, y puesto que la originaria redacción de la LC nada contemplaba al respecto era imperiosa la necesidad de colmar esta carencia normativa introduciendo un marco legal protector incentivador de dichas negociaciones.

Así pues esta protección no siempre ha estado latente en nuestro Derecho, sino que se ha ido avanzando en ella a través de las sucesivas reformas que sobre la LC han ido aconteciendo, más es de destacar que esta protección de las negociaciones extrajudiciales antes se produjo en el ámbito jurisprudencial que legal<sup>53</sup>.

Concretamente el arranque este marco protector se establece con el RDL 3/2009, el cual introdujo el apartado tercero al art. 5 LC, primera de las medidas de carácter preconcursal por cuanto permite al deudor realizar ciertas

---

<sup>53</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5.bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 23, Sección Estudios, ed. La Ley, Segundo semestre de 2015, recuperado de <http://revistas.laley.es>, p. 2.



actuaciones en la fase previa a la solicitud de declaración del concurso<sup>54</sup>. Lamentablemente en virtud del mismo la protección solamente abarcaba la negociación entre el deudor y sus acreedores tendente a alcanzar una propuesta anticipada de convenio, más la protección en él otorgada no era absoluta pues la norma la limita a dos supuestos concretos, evitar la calificación del concurso como culpable por extemporáneo e impedir la solicitud de concurso necesario por cualquier acreedor legitimado.

No obstante tras las sucesivas reformas acontecidas el anterior precepto 5.3 LC derivó en el actual art. 5 bis<sup>55</sup> extendiéndose su protección a propuestas anticipadas de convenio, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago. Asimismo la comunicación de inicio de negociaciones ya no sólo vendrá referida a evitar la calificación del concurso como culpable por extemporáneo e impedir la solicitud de concurso necesario por cualquier acreedor legitimado, sino que además se extenderá a la paralización de la iniciación o continuación de ejecuciones singulares de carácter judicial o extrajudicial.

La doctrina denomina a la comunicación del art. 5 bis “escudo protector”<sup>56</sup>, se denomina así pues comunicando al Juzgado la apertura de negociaciones entre deudor y acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71 bis.1LC y en la DA 4ª, un acuerdo extrajudicial de pago u obtener adhesiones a una PAC despliega automáticamente determinados efectos - de los que hablaremos con posterioridad - que tienden a proteger al deudor en la fase de negociación.

---

<sup>54</sup> SÁCHEZ CALERO GUILLARE, J., “Los cambios que afectan...”, art. cit., p. 7, en igual línea se manifiesta FERNÁNDEZ TORRES, I., “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda...”, art. cit., pp. 2 – 3.

<sup>55</sup> Los mayores cambios que sobre esta figura se han introducido han sido a través de la Ley 38/2011, RDL 4/2014, Ley 17/2014, RDL 11/2014 y Ley 9/2015.

<sup>56</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: Escudos protectores en el marco del RDL 3/2009”, en ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dirs.), AAVV, *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, ed. La Ley, Madrid 2009, p. 70; DÍAZ REVOIRO, E., “Efectos de la comunicación pre-concursal en las ejecuciones singulares contra el deudor”, en MARTÍN MOLINA, P. B., DEL CARRE DÍAZ – GÁLVEZ, J. Mª, LOPO LÓPEZ, M. A. (Coords.), *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, ed. Dykinson, Madrid 2014, pp. 43 – 44.

El art. 5 bis LC supone un mecanismo favorecedor para la conclusión de negocios preconcursales que salven al deudor del estado de insolvencia por el que atraviesa.

Es necesario resaltar que dado que con la comunicación no se establece acción alguna, y que se trata de una actividad orientada a crear las condiciones para que pueda prosperar la pretensión que se desea plantear, como es la de ampliar el margen de maniobra del deudor para que pueda negociar con sus acreedores, protegiéndolo durante ese periodo temporal de la interposición de un concurso necesario y de ejecuciones, podemos atribuir a la misma una naturaleza esencialmente preparatoria<sup>57</sup>. Esta comunicación cumple una finalidad evidente, fomentar e impulsar que el deudor pueda negociar y concluir un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial o una PAC con los acreedores<sup>58</sup> que le permitan superar la situación de crisis por la que atraviesa y por ende el inminente concurso.

## **1. Procedimiento.**

### **A) Legitimación.**

El único legitimado para iniciar negociaciones a fin de llegar a acuerdos preconcursales, huelga decir que solamente puede ser el deudor<sup>59</sup>. No obstante la comunicación del art. 5 bis LC podrá pretenderla el deudor, caso de negociar un convenio anticipado o un acuerdo de refinanciación, o el notario, el registrador o las Cámaras de Comercio (siempre que en sus estatutos se asuman dichas funciones), en el supuesto de negociarse un acuerdo extrajudicial de pagos.

---

<sup>57</sup> 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)”, *Anuario de derecho concursal*, nº. 21, ed. Civitas, 2010, pp. 163-176, p. 172.

<sup>58</sup> En este sentido se pronuncian, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., y ORELLANA CANO, A. M., “Deber de solicitar la declaración...”, op. cit., pp. 212 y 213; QUINTÁNS EIRAS, M. R., “Luces y sombras en la reforma...”, op. cit., p. 757; SÁNCHEZ – CALERO, J., “Los cambios que afectan...”, art. cit., p. 7.

En igual sentido lo viene recogiendo pacífica jurisprudencia, como, entre otros, el AJM nº 5 de Madrid de 17 abril de 2009, ponente: Illmo. Sr. D. Javier García Marrero; AJM nº 8 de Madrid, de 21 de diciembre de 2009, ponente: Illmo. Sr. D. Javier Yáñez Evangelista.

<sup>59</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I., “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda...”, art. cit., p. 2.

Así pues ni los acreedores ni terceros, ni siquiera cuando estuviesen legitimados para instar el concurso necesario, se encuentran legitimados para ello.

Desde el punto de vista de la legitimación cabe en nuestra opinión el litisconsorcio activo en el supuesto de que todos los deudores estén renegociando de forma conjunta la deuda con sus acreedores, y a esta consideración se llega por aplicación del art. 72 LEC - aplicable como Ley supletoria según se desprende de la DA 5ª LC<sup>60</sup> - no siendo además necesario que los demandantes en cuestión formen parte de ningún grupo siendo suficiente la mera existencia de vinculación entre los mismos<sup>61</sup>.

En estos casos no necesariamente todas las sociedades o individuos que solicitan la aplicación del art. 5 bis LC tienen que ser insolventes, ya que si alguna o algunas consigue eludir el concurso a través de cualquiera de las figuras preconcursales, por ejemplo la refinanciación, esta puede eludir el concurso pero no aquellas que no lo consigan, habida cuenta que la LC prevé que el concurso de acreedores de una o varias sociedades de un grupo no necesariamente implica el concurso automático de todas las sociedades que lo integran, sino solamente de las insolventes, ya que este es el elemento central que rige el procedimiento concursal, a mayor abundamiento, la comunicación del art. 5 bis LC y el concurso de acreedores son actuaciones independientes<sup>62</sup>.

La comunicación conjunta del art. 5 bis LC aunque se realice en un solo escrito lo cierto es que se entiende efectuada de forma individual e independiente y sus efectos son asimismo aplicables de igual forma.

---

<sup>60</sup> AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3 de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2011, pp. 46 – 47, *La comunicación del art. 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, p. 61, *La reforma concursal del Real Decreto – Ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, p. 65; MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo Concursal*, ed. Cizur Menor, 2013, pp. 816 – 817; GÓMEZ LÓPEZ, E., “La utilidad real de aplicación del art. 5 bis LC”, en AA.VV, MARTIN MOLINA, P. B. (Dir.), *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia. Dada por especialistas*, ed. Dykinson, Madrid 2013, p. 29.

<sup>61</sup> GÓMEZ LÓPEZ, E., “La utilidad real de...”, op. cit., p. 30.

<sup>62</sup> MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo Concursal*, op. cit, p. 816.

Asimismo indicar que las sucesivas reformas han ido resolviendo la controversia surgida en torno a la posibilidad de presentación sucesiva de comunicaciones, y en virtud del art. 5 bis 6 LC queda claro que, formulada la comunicación por el deudor, no podrá éste formular otra en el plazo de un año<sup>63</sup>.

Para finalizar solamente nos queda indicar que la comunicación del inicio de negociaciones ya sean vía art. 5 bis LC para la PAC y refinanciación, ya sea vía notarial o registral para los acuerdos extrajudiciales de pago, debe hacerse ante el Juzgado competente para conocer de la declaración de concurso.

Siendo varios los deudores y presentándose una única notificación será Juez competente el del lugar donde se encuentre el centro de los intereses principales del deudor con mayor pasivo, y siendo un grupo de sociedades el de la sociedad dominante, todo ello según establece el art. 25.4 LC.

#### **a) El presupuesto de la insolvencia.**

Cierto es que el derogado art. 5.3 LC exigía al deudor formular la comunicación cuando se hallara en situación de insolvencia actual, sin embargo la promulgación del art. 5 bis LC viene a cambiar la interpretación tanto doctrinal como jurisprudencial que se hizo con el derogado art. 5.3 LC en cuanto a los dos modelos de insolvencia, es decir, la actual o la inminente, cuyo tratamiento, con la aplicación del derogado art. era bien distinta.

Ahora con la nueva normativa se abre a todos los deudores en crisis, estén o no en situación de insolvencia, o si lo están, con independencia de que la misma sea actual o inminente<sup>64</sup>, pues de lo que se trata es de avanzar en la figura de los institutos preconcursales, a fin de dar soluciones ágiles y económicas a las crisis empresariales a través de acuerdos de refinanciación, PAC o acuerdos extrajudiciales de pago<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> AZNAR GINER, E., “*La reforma concursal...*”, op. cit., p. 64.

<sup>64</sup> AZNAR GINER, E., “*La reforma concursal...*”, op. cit., p. 56.

<sup>65</sup> Vid. Exposición de Motivos Ley 38/2011.

La extensión e imprecisión del contenido de este precepto puede permitir al deudor, independientemente de la situación de insolvencia en la que se encuentre - inminente o actual -, e incluso no encontrándose en situación de insolvencia, decidir alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pago o una PAC e incluso negociar varias figuras simultáneamente. No obstante en nuestra opinión el deudor ha de elegir una de estas opciones según la situación de insolvencia sea actual o inminente, así pues, si la situación es de insolvencia actual el camino correcto será negociar una PAC o un acuerdo extrajudicial de pago, mientras que si la situación de insolvencia es inminente o la ausencia de insolvencia conllevaría dirigirnos a la refinanciación<sup>66</sup>.

Resulta necesario matizar que si la comunicación del art. 5 bis LC parte del procedimiento negociador extrajudicial de pago efectivamente concurrirá insolvencia en el deudor, pues es esta una exigencia del art. 231 apartados 1 y 2 LC para que se pueda acceder al instituto extrajudicial mencionado.

## **B) Plazo de presentación.**

En cuanto al momento oportuno para formular la comunicación se encuadra dentro del tiempo antes del vencimiento del plazo establecido en el art. 5 LC, en relación a la solicitud de concurso por insolvencia actual, eximiéndose al deudor de solicitar concurso voluntario si formuló la comunicación antes del referido momento.

Parece desprenderse del art. 5 bis 2 LC<sup>67</sup> que la presentación de la comunicación dentro del plazo de dos meses del art. 5 LC es de iniciativa del deudor, ya que puede presentarla incluso fuera de dicho plazo. Aunque, de esta manera, no evitará una posterior calificación del concurso como culpable.

Así pues aunque la comunicación se presente fuera de plazo será admitida por el Secretario Judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia,

---

<sup>66</sup> En contra AZNAR GINER, E., “La reforma concursal...”, op. cit., pp. 33 - 35.

<sup>67</sup> Art. 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”.

a tenor del art. 5 bis 3 LC<sup>68</sup>, evitando así la presentación del concurso necesario del deudor por sus acreedores. No así evitará el deber de solicitar el propio concurso, y por lo tanto, en caso de posterior proceso concursal, tendrá la consideración de necesario y la calificación del mismo como culpable por extemporáneo.

### **C) Forma y contenido de la comunicación.**

La comunicación no tiene que revestir ni forma ni contenido concreto, no conllevando su presentación la apertura en puridad de un procedimiento simplemente se trata de comunicar al juzgado competente para conocer del concurso que se han iniciado negociaciones con sus acreedores, es decir, la simple presentación de escrito al Juzgado indicando que el deudor se encuentra en estado de insolvencia y que se han iniciado negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo preconcursal con los acreedores, sin que sea necesario probar cada uno de estos extremos, bastará para que la comunicación previa despliegue todos sus efectos<sup>69</sup>.

Esta omisión normativa en cuanto a la forma y contenido de la comunicación ha devenido en una controversia tanto doctrinal como jurisprudencial al respecto, sucintamente la controversia giraba en torno a la exigencia, o no, al deudor de la acreditación en esta comunicación de ciertos presupuestos, tales como su insolvencia o haber iniciado negociaciones con sus acreedores.

La jurisprudencia mercantilista no ha sido pacífica sobre este tema inclinándose en un principio hacia una tesis restrictiva exigiendo al deudor acreditación de su insolvencia actual, de haber iniciado negociaciones con sus

---

<sup>68</sup> Art.5 bis 3 LC. *“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.*

*El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento”.*

<sup>69</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, art. cit., pp. 4 -5.

acreedores y no estar incurso en ninguna de las prohibiciones que establece la LC<sup>70</sup>. En esta línea igualmente se pronunciaba autorizada doctrina<sup>71</sup>.

No obstante en la actualidad tanto doctrina como nuestros Tribunales se han inclinado por una tesis más amplia, considerando que la simple comunicación del deudor, aun cuando no acredite la insolvencia, ni el inicio de las negociaciones con los acreedores, presupone que concurren todos los requisitos, sin perjuicio del resultado de la negociación, siendo pacífica esta última corriente jurisprudencial<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> AJM de Granada nº 14, de 11 mayo 2009, “...La comunicación previa, en definitiva, produce dos efectos importantes: de un lado, modula el deber de solicitar la declaración de concurso en plazo, lo que resulta muy relevante ante una eventual apertura posterior de la sección de calificación y la consideración del concurso como culpable por concurso extemporáneo, según el artículo 165.1º de la LC; de otro, conduce a la declaración del concurso como voluntario desde la misma comunicación previa a pesar de que posteriormente se presenten otras solicitudes de personas legitimadas, siempre que la solicitud del deudor se presente en el plazo de un mes al que alude el artículo 5.3. Se trata, pues, de efectos muy relevantes en el contexto del concurso que habrá venir y de evidente incidencia para los acreedores que lleguen a concurrir

Para que estos efectos se produzcan es necesario, por tanto, que se den tres requisitos: el primero, que se acredite el estado de insolvencia actual del comunicante; el segundo, que se acredite el inicio de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a «una propuesta anticipada de convenio»; el tercero, 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 anticipada, sin perjuicio de que, presentada ésta en su caso junto a la solicitud de concurso voluntario, resultara finalmente inadmitida si se incurriera en alguna de esas prohibiciones. (...)

En el presente caso, no se entiende suficiente la justificación presentada sobre el estado de insolvencia actual del solicitante, (...) en todo caso es precisa la justificación de la concurrencia del estado de insolvencia al que alude el artículo 2 de la LC, pues así lo dispone el nuevo artículo 5.3.

Pero sobre todo, no basta con una mera alusión genérica a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado, como hace el Sr. P., sino aportar un principio de prueba de que tales negociaciones son reales, se han iniciado ya –pues de lo contrario no se justifica la activación del mecanismo protector del artículo 5.3– y versan sobre una propuesta anticipada de convenio que permita superar la insolvencia actual del solicitante. Ninguno de estos requisitos concurre, por lo que la comunicación previa formulada no puede ser admitida”; AAP de Girona (Sección 1ª), de 2 de diciembre de 2009, AJM de Madrid nº 1, de 23 de octubre de 2006, ponente: Ilma. Sra. Mónica García de Yzaguirre

<sup>71</sup> 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*, nº 13, Sección Cuestiones prácticas, ed. La Ley, Segundo semestre de 2010, p. 323.

<sup>72</sup> AJM Bilbao nº 1, de 2 de junio de 2009, ponente: Ilmo. Sr. D. Edmundo Rodríguez Achutegui, “SEGUNDO.- La información de las negociaciones para obtener adhesiones a propuesta anticipada de convenio. “El nuevo art. 5.3 LC ha establecido una excepción al deber de solicitar la declaración de concurso que proclamaba el art. 5.1 LC. Si la regla del art. 5.1 LC es que el deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, al poner en conocimiento del juzgado, conforme al nuevo art. 5.3, que se han iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se aplaza tres meses tal obligación, con la consecuente matización de la aplicación de la presunción de dolo o culpa grave del art. 165.1º LC y la consideración del concurso como voluntario, pese a solicitudes posteriores.

La excepción opera respecto del deudor que se encuentra en insolvencia actual, no en situación de insolvencia inminente prevista en el art. 2.3 LC. Como toda norma nueva, plantea problemas de

En nuestra opinión, como ya hemos apuntado, simplemente se trata de comunicar al juzgado competente para conocer del concurso que se han iniciado acciones tendentes a negociar con sus acreedores un acuerdo de refinanciación, una PAC o un acuerdo extrajudicial de pagos, pues ciertamente lo que se debe comunicar al Juzgado es el inicio de tales negociaciones, que no su existencia<sup>73</sup>. Estamos ante una simple comunicación privada que surtirá efectos automáticamente desde su presentación al Juzgado competente<sup>74</sup>.

---

*interpretación. La cuestión es si ahora es preciso acreditar la situación de insolvencia. Al margen del paso que podría entenderse dado con esta reforma hacia una mayor eficacia confesoria de la declaración del deudor para entender demostrada la insolvencia, cuestión sobre la que ahora no es momento de extenderse, no parece que el RDL 3/2009 haya querido exigir la acreditación de la insolvencia, como presupuesto objetivo del concurso en la forma disciplinada por el art. 2.2 y 2.3 LC.*

*Si fuera así, sería irrelevante la reforma, porque el deudor habría de preparar toda la documentación que exige el art. 6.2 LC, algo que parece incompatible con la pretensión de facilitar la propuesta anticipada de convenio. Además la exigencia de acreditar la insolvencia contraría la técnica de exceptuar el deber legal de solicitud de declaración de concurso que emplea el art. 5.3 LC. Lo que hace la norma es aplazar el cumplimiento de ese deber.*

*Parece, por lo tanto, que el nuevo art. 5.3 LC ha querido simplemente aplazar el deber de solicitud de declaración de concurso cuando el deudor se encuentra negociando con sus acreedores una propuesta anticipada, evitando las consecuencias que solicitudes posteriores, las mencionadas en el nuevo art. 15.3 LC, puedan modificar la consideración de voluntario del futuro concurso. Por la misma razón el RDL 3/2009 también introduce un nuevo párrafo segundo en el apartado 1 del art. 22 LC, y facilita la propuesta anticipada de convenio con la solicitud al reducir, en el reformado art. 106.1 LC, las adhesiones de acreedores "de cualquier clase", al diez por ciento del pasivo que el deudor declara en ese momento.*

*Poco más puede ahora este juzgado acordar, pues el art. 5.3 LC sólo impone una exigencia al deudor, que es la de poner en conocimiento del juzgado esa circunstancia. Lo ha hecho, y hasta que transcurra el término concedido en la citada norma, no hay otros requisitos añadidos que puedan exigirse, en tanto que la finalidad perseguida y manifestada ante el juzgado, la negociación de una propuesta anticipada de convenio, merece amparo legal y judicial, pues supone atender la finalidad principal del concurso, tantas veces proclamada en la Ley Concursal, ahora reforzada con la supresión de las dificultades que se ponían al deudor en los derogados apartados 3o a 6o del art. 105.1 LC".*

En igual sentido AAP de Sevilla (Sección 5ª), de 6 de julio, ponente: Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua, "Basta la mera puesta en conocimiento del órgano judicial de la existencia de negociaciones con acreedores para obtener su aceptación de una propuesta de convenio. Lo que no establece el precepto legal es que el deudor deba acreditar o presentar en el Juzgado la documentación que justifique el contenido de un convenio definido o desarrollado (lo que sería ciertamente difícil pues lo que el deudor está intentado en ese tiempo es negociar con sus acreedores un convenio que sea aceptable por aquellos, por lo que la definición precisa y concreta de los términos del mismo es algo que se alcanzará en el momento final en el que se produzca el acuerdo de voluntades, para lo que la Ley concursal le está concediendo un plazo de tres meses), ni tampoco se le exige que justificación de ningún tipo acreditativa del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio".

<sup>73</sup> En este sentido HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., y ORELLANA CANO, A. M., "Deber de solicitar...", op. cit., pp. 212 - 213, GARCÍA-ALAMAN DE LA CALLE, B., "El presupuesto objetivo del concurso y los problemas de su concreción práctica", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (Coords.), AAVV, *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi, 2010, p. 194; VILATA MENADAS, S., *Introducción al derecho concursal*, ed. Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles y Empresariales de España, 2009, p. 43, GARCÍA - CRUCES, J. A., "Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación", en AAVV, GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A. (Coords.), *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010 p. 734, PULGAR EZQUERRA, J., "Estrategias



Más el art. 5 bis LC parece apoyar esta teoría de la mera comunicación pues atribuye al Secretario<sup>75</sup> la admisión de la comunicación, sin que previamente deba el juez realizar control alguno sobre sus presupuestos<sup>76</sup>.

Carece de lógica exigir el inicio de las negociaciones con carácter previo a la comunicación si el fin de la norma es facilitar la negociación del deudor con sus acreedores, pues comunicar a éstos su intención de negociar es obvio que da publicidad a la situación de crisis en la que se encuentra, hecho que puede dar lugar a que los acreedores se le anticipen e insten, en su caso, concurso necesario<sup>77</sup>.

No obstante, ello no supone la inexistencia de control judicial sobre la misma, el control existe si bien no se manifiesta con la admisión de la comunicación, sino que se dejará para un momento posterior. Así el Juez deberá verificar y comprobar que se han cumplido los requisitos legales respecto a la comunicación del art. 5 bis LC o bien al mismo tiempo de declarar el concurso - en el mismo Auto declarativo - o incluso una vez declarado este<sup>78</sup>.

---

preconcursoales y refinanciación de deuda”, op. cit., p. 72, *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid 2015, p. 460.

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I., “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación...”, art. cit., p. 260, “Concurso y contratos con el sector público en el marco real decreto 3/2009 y de la nueva ley de contratos con el sector público”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11, Sección Varia, ed. La Ley, Segundo semestre de 2009, recuperado de <http://revistas.laley.es>, p. 7, PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal ...”, art. cit., pp. 4 – 5.

<sup>75</sup> Art. 5 bis 1 LC. “El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación 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.

*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 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”.*

<sup>76</sup> DE LAS HERAS GARCÍA, M. D., “La reforma concursal. Los grandes cambios”, en MARTÍN MOLINA, P. P. (Dir.), AAVV, *Una revisión de la Ley Concursal y su Jurisprudencia. Dada por especialistas*, ed. Dykinson, Madrid 2013, p. 17, AZNAR GINER, E., “La reforma concursal...”, op. cit., p. 69.

<sup>77</sup> AZNAR GINER, E., “La reforma concursal...”, op. cit., p. 60.

<sup>78</sup> ÁVILA DE LA TORRE, A., “El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial”, en GARCÍA – CRUCES, J. A. (Dir.), AAVV, *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona 2013, p. 52; QUINTÁNS EIRAS, M. R., “Luces y sombras en la reforma...”, op. cit., p. 760, GARCÍA – CRUCES, J. A., “Inexigibilidad del deber...”, op. cit., p. 739, FERNÁNDEZ TORRES, I., *Algunas consideraciones en torno a la refinanciación...*, op. cit., p. 3. En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia, así se desprende del AJM de Granada nº 1 de 16 de junio de 2014, ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz.

El fin último del deudor al comunicar al juzgado la notificación del art. 5 bis LC es por un lado, beneficiarse de la paralización de ejecuciones y por otro obtener la ampliación del plazo para solicitar concurso voluntario, hecho que no necesariamente debe producirse, puesto que si del resultado de las negociaciones ha devenido solvente, ninguna obligación tiene de presentar concurso. Así mismo tampoco es necesario que, transcurridos los plazos legales comunique al juzgado su decisión de no presentar concurso o de que ha superado su situación de insolvencia, ya que con la comunicación del art. 5 bis, no significa que se encuentre en situación de insolvencia actual, puesto que dicha comunicación se puede realizar también con insolvencia inminente<sup>79</sup>.

Habría que decir también que aun siendo preceptiva la asistencia de abogado y procurador para la presentación de la comunicación ante el Juzgado competente, es posible entender que la presentación del mencionado documento refrendado por estos profesionales va a contribuir a la seriedad de la comunicación<sup>80</sup>

## **2. Tramitación de la comunicación**

La Ley no establece ningún trámite concreto para comunicar al Juzgado la puesta en marcha del mecanismo establecido en el art. 5 bis LC. No se trata de una demanda, ni ejercicio de acción alguna<sup>81</sup>.

El previo art. 5 bis LC apartado 3 únicamente establecía que el Letrado de la Administración de Justicia procedía sin más trámite a registrar la comunicación presentada por el deudor o, caso de tratarse de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o registrador.

---

<sup>79</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “El artículo 5 bis introducido en la ley concursal por la ley 38/2011 de 10 de octubre de 2011. Comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud de concurso”, recuperado de <http://laleydigitalconcursal.laley.es>, p. 2 - 3; “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, art. cit., p. 1.

<sup>80</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, art. cit., p. 5.

<sup>81</sup> 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)”, *Anuario de derecho concursal*, n° 21, ed. Civitas, 2010, pp. 163 – 176, p. 173; GARCÍA – CRUCES, José Antonio, “*Inexigibilidad del deber...*”, op. cit., p. 738.

Reformado dicho precepto por el RDL 4/2014 este formalismo es obviado, sin que nada cambie, pues al final sigue siendo el Letrado de la Administración de Justicia quien da constancia de la comunicación.

Tras ello, se apertura un expediente y se registra la solicitud, tras lo que el Letrado de Administración de Justicia dicta resolución en forma de Decreto teniendo por realizada la comunicación del inicio de negociaciones con constancia de ello, a excepción de que el Juzgado sea territorialmente incompetente, en cuyo caso se inadmite<sup>82</sup>.

En el citado expediente no se efectuará ningún trámite y a nadie tiene que notificar el Juzgado lo referente a la presentación de la comunicación, es más, ni siquiera a aquellos acreedores con lo que está negociando, sin perjuicio de publicar un extracto del decreto en el Registro Público Concursal (en adelante RPC).

No hay pues trámite alguno de audiencia, ni de alegaciones, ni siquiera puede discutirse sobre la admisión de la puesta en marcha del mecanismo articulado en el art. 5 bis<sup>83</sup>. No obstante el Letrado de la Administración de Justicia debe examinar la competencia territorial<sup>84</sup>.

Hay que mencionar además que la comunicación del art. 5 bis es de carácter público, pues se prevé que el Letrado de la Administración de Justicia ordene la publicación, en el Registro Público Concursal, de un extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada, sin embargo, cuando el deudor así lo solicite expresamente, podrá omitirse esta publicidad. Choca esta facultad con lo previsto en cuanto a los acuerdos extrajudiciales de pago se refiere, pues art. 233.3 LC impone al notario o registrador comunicar “de oficio la apertura de negociaciones al Juez competente para la declaración de concurso” quien ordenará su publicación en el RPC, sin aludir al posible carácter reservado de la comunicación. Es decir, el carácter reservado de la comunicación se va a encontrar circunscrito al ámbito de las figuras preconcursales del acuerdo de refinanciación y la

---

<sup>82</sup> AZNAR GINER, E., “*La reforma concursal...*”, op. cit., p. 73.

<sup>83</sup> GÓMEZ LÓPEZ, E., “*La utilidad real de...*”, op. cit., p. 28.

<sup>84</sup> MUÑOZ PAREDES, A., “*Protocolo Concursal*”, op. cit., p. 816 – 817.

propuesta anticipada de convenio, no recayendo esta facultad sobre los acuerdos extrajudiciales de pago.

Es importante apuntar que una vez realizada la comunicación el deudor no puede ni desistir ni renunciar pues al no instar del Juzgado ninguna pretensión, ni ejercer acción alguna, no cabe disponer de la facultad que confieren al actor los arts. 5 y 20 de la LEC<sup>85</sup>, puesto que la comunicación no apertura ni pone en marcha ningún procedimiento no es procedente sobreseer el expediente<sup>86</sup>.

### 3. Efectos de la comunicación

La comunicación del art. 5 bis LC al Juzgado de lo Mercantil competente es un verdadero escudo protector del deudor frente a sus acreedores<sup>87</sup>. Como ya hemos mencionado la simple comunicación al juzgado de la existencia de negociaciones a fin de obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o alcanzar un acuerdo de refinanciación del art. 71 bis 1 LC o DA 4<sup>a</sup> o un acuerdo extrajudicial de pago ex arts. 231 y siguientes LC despliega automáticamente los efectos protectores mientras se lleven a cabo las negociaciones<sup>88</sup>.

Debemos entender que tales negociaciones pueden llevarse a cabo por el deudor con alguno o algunos de sus acreedores sin que se haya presentado la solicitud del art. 5 bis, pero, con el consiguiente riesgo que ello conlleva, riesgo o parte del riesgo del que no está exento si comunica y sale a la luz que

---

<sup>85</sup> GARCÍA – CRUCES, J. A., “Inexigibilidad de deber...”, op. cit., p. 738.

<sup>86</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I., “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación...”, art. cit., p. 7.

<sup>87</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda...”, op. cit., p. 70, “El concurso de acreedores...”, op. cit., p. 459. También la jurisprudencia otorga el reconocimiento protector de la norma en numerosas resoluciones, así el AAP de Pontevedra (Sección 1<sup>a</sup>), de 27 de enero de 2010, ponente: Ilma. Sra. María Begoña Rodríguez González, “La comunicación previa, en definitiva, produce dos efectos importantes: de un lado, atempera el deber de solicitar la declaración de concurso en plazo, lo que resulta muy relevante ante una eventual apertura posterior de la sección de calificación y la consideración del concurso como culpable por concurso extemporáneo, según el artículo 165.1o de la LC ; de otro, conduce a la declaración del concurso como voluntario desde la misma comunicación previa a pesar de que posteriormente se presenten otras solicitudes de personas legitimadas, siempre que la solicitud del deudor se presente en el plazo de un mes al que alude el artículo 5.3”, en igual sentido AJM de Bilbao nº 1, de 2 de junio de 2009, ponente: Ilmo. Sr. D. Edmundo Rodríguez Achutegui, AJM de Barcelona nº 8, de 11 de mayo de 2009, ponente: Ilmo. Sr. D. José Ma Fernández Seijo, entre otras.

<sup>88</sup> AZNAR GINER, E., “La reforma concursal...”, op. Cit. pp. 35 – 36.

ha notificado al Juzgado el inicio de las negociaciones a través del art. 5 bis, pues alerta a los acreedores y pueden éstos tomar posiciones en un futuro concurso.

Pues bien, en virtud de lo dispuesto en el art. 5 LC la comunicación en el establecida va a desplegar los siguientes efectos:

a) Evitar una eventual calificación del concurso como culpable por extemporáneo, ex art. 165.1 LC, de forma que el art. 5 bis LC se configura como una norma protectora ante el posible incumplimiento del deudor de la obligación de instar su propio concurso<sup>89</sup>.

b) Impedir que durante la fase de protección se inste por tercero legitimado al efecto el concurso del deudor<sup>90</sup>. La comunicación del art. 5 bis LC imposibilita la tramitación de solicitud de concurso necesario mientras no transcurra el plazo de tres meses que se le confiere al deudor para negociar, puesto que directamente se inadmitirán por el Juzgado.

c) Paralización y suspensión de ejecuciones singulares de bienes y derechos.

Importante es resaltar que la admisión de la comunicación presentada por el deudor ex Art. 5 bis LC no tiene efectos sobre la capacidad patrimonial y de disposición del deudor.

#### **A) Protección frente a la solicitud voluntaria de concurso.**

Obsérvese como el deudor en situación de insolvencia actual, deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 LC). Este plazo se nos antoja excesivamente corto para tratar de alcanzar un acuerdo con los acreedores debido a la complejidad que en determinados concursos puede darse, por lo que el deudor corre con el riesgo, si el inicio de las negociaciones se han planteado en situación de insolvencia actual, de que

---

<sup>89</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda...”, op. cit, p. 70.

<sup>90</sup> AZNAR GINER, E., “La reforma concursal...”, op. cit., pp. 39.

su concurso sea calificado como culpable por extemporáneo por no verse cumplidos los plazos legalmente determinados<sup>91</sup>. Por esta razón el deudor insolvente puede plantearse sortear estas dificultades económicas mediante el alcance de una propuesta anticipada de convenio, un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pago.

Teniendo en cuenta el contenido del art. 5 bis LC y dándose las circunstancias y requisitos en el establecidos, después de presentar la comunicación el deudor cuenta con tres meses para negociar tanto la PAC como el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pago.

Así pues uno de los efectos más importantes que despliega el art. 5 bis LC es la protección que le blindará durante los tres meses de que dispone para negociar con sus acreedores, plazo que no puede ser objeto de prórroga<sup>92</sup>.

Lo anterior no quiere decir que el deudor quede eximido del deber de instar su propio concurso<sup>93</sup>, sino que sólo queda dispensado temporalmente de ese deber pues transcurrido el plazo legal – cuatro meses – 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.

Así pues una vez admitida la comunicación el deudor contará con un plazo de tres meses para negociar con alguno o algunos de sus acreedores, transcurrido el cual, y no habiendo alcanzado acuerdo alguno, dispondrá el deudor de un plazo adicional de un mes hábil, periodo durante el cual deberá

---

<sup>91</sup> Tal y como indica PULGAR EZQUERRA, J., “La protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 11, ed. La Ley, Segundo semestre de 2009, recuperado de <http://revistas.laley.es>, p. 9 – 10, “Es un hecho constatado en la práctica que la negociación y conclusión de una refinanciación de deuda constituye un proceso complejo que se extiende en el tiempo, existiendo el riesgo, si la refinanciación se planteó en situación de «insolvencia actual», de que el deudor pueda incumplir su deber de solicitar el concurso si hubiere transcurrido el plazo de 2 meses desde que hubiere conocido o debido conocer su estado de insolvencia”, En igual sentido QUINTÁNS EIRAS, M. R., “Luces y sombras en la reforma...”, op. cit., p. 758.

<sup>92</sup> DE LAS HERAS GARCÍA, M. D., “La reforma concursal...”, op. cit., p. 17; GÓMEZ LÓPEZ, E., “La utilidad real de...”, op. cit., p. 32.

<sup>93</sup> JIMÉNEZ SANCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A., "Algunas cuestiones en torno a la reforma del Régimen del Convenio Concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009", en GÓMEZ SEGADÉ, J. A., GARCÍA VIDAL, A., OLIVENIA RUIZ, M. (Coords.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid 2010, p. 745.

solicitar la declaración de concurso, salvo que haya dejado de ser insolvente, puesto que lo relevante a efectos de presentar concurso dentro del plazo reseñado no es que haya alcanzado o no acuerdos con sus acreedores, sino que continúe siendo insolvente<sup>94</sup>, único requisito objetivo que exige la Ley.

En la práctica el aplazamiento puede llegar hasta un plazo máximo de seis meses. En efecto, si el deudor presenta la comunicación el día en que vence el plazo de dos meses del art. 5.1 LC con que cuenta para presentar el concurso y, posteriormente agota los tres meses para negociar la PAC y el mes adicional para instar su propio concurso, presentando la solicitud el último día, contará con el plazo de seis meses desde que conoció su situación de insolvencia<sup>95</sup>.

Presentada la solicitud de concurso por el deudor en el citado plazo de un mes se tramitará como concurso voluntario, acumulándose a éste la solicitadas con anterioridad y las que se presenten con posterioridad que quedarán unidas a los autos a los efectos de tener por comparecidos a los solicitantes y retrotrayéndose los efectos del concurso a la fecha en que se comunicó el inicio de negociaciones.

Con este mecanismo se pretende favorecer y proteger la negociación y posterior conclusión del acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pago o la obtención de adhesiones a la propuesta anticipada de convenio.

Traemos esto a colación ya que según el art. 91.7 LC el acreedor que inste concurso necesario se ve premiado con que el 50 % de su crédito tendrá la consideración de privilegio general, salvo que tuviese la consideración de subordinado, por eso, es preciso mantener la necesidad de inadmitir una

---

<sup>94</sup> ASENSI MERAS, A., “Efectos de la negociación de los acuerdos de refinanciación sobre la declaración del concurso”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (dirs.), *La reintegración de la masa: Congreso de Antequera. IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía, 19 a 21 de abril de 2012*, ed. Civitas, 2012, p. 378.

<sup>95</sup> AZNAR GINER, E., “La comunicación del art. 5.3...”, op. cit., p. 20, plazo de 6 meses al que también se refiere PULGAR EZQUERRA, J., “La protección de las refinanciaciones...”, art. cit., p. 10.

solicitud de concurso necesario formulada dentro de los tres meses a que se refiere el art. 15.3 LC dejándola en “barbecho”<sup>96</sup>.

Solicitada la comunicación del art. 5 bis LC el deudor tiene la obligación de negociar, o una PAC o una refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pago, basado en los principios de la buena fe, así pues deberá continuar con su actividad empresarial o profesional ordinariamente. La misma buena fe con la que deben actuar los acreedores a fin de no pretender una posición más favorable frente a su deudor.

Es preciso además en base a este principio de la buena fe que ambas partes, deudor y acreedores, guarden secreto del proceso negociador haciendo hincapié en la información que se cruce, a fin de continuar las negociaciones y no abandonarlas sin justa causa<sup>97</sup>.

Diferenciamos que si el deudor al iniciar la comunicación y negociación de los acuerdos que pretende se hallare en situación de insolvencia actual su actuación debe ir encaminada a la conservación de la masa activa y el respeto a la *par conditio creditorum*<sup>98</sup>.

Cabe advertir que el plazo que tiene el deudor para alcanzar acuerdos con sus acreedores, es decir, tres meses, no es necesario que se agote<sup>99</sup>. Más al deudor se le está permitido dentro de los plazos legales establecidos cambiar de una propuesta a otra, es decir, de un acuerdo de refinanciación a una PAC o de una PAC a un acuerdo de refinanciación, pero no en caso de estar negociando un acuerdo extrajudicial de pagos, puesto que por imperativo legal en este caso el fracaso aboca la negociación al concurso necesario con apertura automática de la fase de liquidación<sup>100</sup>.

Si llegase el caso de que el deudor deja de ser insolvente, haya o no alcanzado algún pacto con sus acreedores, no tiene ningún sentido que

---

<sup>96</sup> MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo Concursal*, op. cit., p. 814.

<sup>97</sup> Para mayor información sobre los deberes de las partes vid. AZNAR GINER, E., *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.

<sup>98</sup> GARCÍA-ALAMAN DE LA CALLE, B., “*El presupuesto objetivo del concurso...*”, op. cit., p. 203.

<sup>99</sup> QUINTÁNS EIRAS, M. R., “*Luces y sombras en la reforma...*”, op. cit., p. 759.

<sup>100</sup> AZNAR GINER, E., “*La reforma concursal...*”, op. cit., p. 84.



presente concurso voluntario<sup>101</sup>, y así lo establece el apartado 5 del art. 5 bis LC cuando dice que “*el deudor está obligado a presentar concurso durante el mes siguiente hábil, salvo que no se encuentre en situación de insolvencia*”, cuestión que no sólo ha de manifestar sino que también deberá probar.

## **B) Protección frente a las eventuales solicitudes de concurso necesario.**

Resultaría contradictorio que una vez solicitada la comunicación del art. 5 bis LC se dispensara al deudor del deber de solicitar su concurso si, por el contrario, las eventuales solicitudes de concurso necesario que fueran presentadas durante esa “prórroga” que se otorga al deudor fueran atendidas por el Juzgado.

Pues bien, la comunicación del art. 5 bis LC además de evitar una eventual calificación del concurso como culpable por extemporáneo, ex art. 165.1 LC, dado el aplazamiento del deber de solicitar concurso que se concede al deudor, como acabamos de indicar, impide que durante la fase de protección se inste por tercero legitimado al efecto el concurso del deudor<sup>102</sup>.

A este respecto al apartado 3 del art. 15 LC debemos remitirnos, pues en él se precisan los efectos de la comunicación<sup>103</sup>. Establece este precepto una excepción al régimen de provisiones sobre la solicitud de concurso presentada por legitimado distinto al deudor – o mediador concursal, caso de acuerdo extrajudicial de pago -<sup>104</sup>, y en virtud del mismo estas solicitudes, caso de ser presentadas dentro del plazo de protección - tres meses – que la comunicación del art. 5 bis LC otorga al deudor serán de plano inadmitidas, mientras que las presentadas con posterioridad solamente se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el art. 5 bis LC, siempre y cuando el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso.

---

<sup>101</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I., “*Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda...*”, art. cit., p. 264.

<sup>102</sup> AZNAR GINER, E., “*La reforma concursal...*”, op. cit., pp. 39.

<sup>103</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “*La protección de las refinanciaciones...*”, art. cit., p. 10.

<sup>104</sup> AZNAR GINER, E., “*La reforma concursal...*”, op. cit., p. 40.

Así presentada por el deudor solicitud de concurso en el mencionado plazo de un mes se tramitará esta en primer lugar conforme al art. 14 LC, es decir, como concurso voluntario.

Una vez 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.

En efecto, la presentación de la comunicación impide una declaración de concurso necesario durante cuatro meses, pues aunque nada impide a los acreedores presentar solicitud en tal sentido, éstas durante los tres primeros meses van a ser inadmitidas mientras que durante el último de los meses van a verse paralizadas, y sólo se proveerán cuando, transcurrido el plazo concedido al deudor para solicitarlo voluntariamente, éste no lo haga.

Asimismo, y en conexión con lo anterior necesario resulta remitirnos a lo establecido en el art. 22.1 LC, pues de acuerdo con el mismo la solicitud del deudor realizada conforme al art. 5 bis LC se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo. Es decir, a efectos de considerar el posterior concurso como voluntario, y sólo a éstos efecto, se retrotrae la fecha de su solicitud a la de la presentación de la comunicación<sup>105</sup>.

### **C) Protección frente a las ejecuciones singulares.**

Como ya hemos referenciado la negociación extrajudicial puede constituir un largo y arduo proceso no exceptuado de riesgos.

En efecto, comunicar a los acreedores – a todos o algunos – la situación de crisis que afecta al deudor suscita el riesgo de ver como éstos, en protección de sus intereses individuales, pongan en marcha acciones y ejecuciones singulares que desmiembren, el ya de por sí debilitado, patrimonio del deudor. Y en este punto, aunque parezca obvia la protección frente a tales

---

<sup>105</sup> AZNAR GINER, E., “*La reforma concursal...*”, op. cit., pp. 41 – 42.

acciones<sup>106</sup>, no fue introducida la misma en nuestro Derecho hasta la promulgación del RDL 4/2014, tramitado posteriormente como Ley 17/2014, y modificada, a su vez por el RDL 11/2014, tramitado posteriormente como Ley 9/2015.

Se trata de un régimen unificado que va a recaer tanto sobre la negociación de acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pago o una propuestas anticipadas de convenio, y que va a incidir en las ejecuciones pendientes o por iniciar, en lo relativo a sus presupuestos materiales, subjetivos y temporales, aunque, como veremos, debiendo realizarse algunas puntualizaciones respecto al acuerdo extrajudicial de pagos<sup>107</sup>.

Así en virtud del art. 5 bis 4 LC presentada la comunicación no podrán iniciarse, o, en su caso, quedarán suspendidas, las ejecuciones judiciales o extrajudiciales – con exclusión expresa de las administrativas<sup>108</sup>- de bienes o derechos que formen parte del patrimonio del deudor, puntualizándose sobre el carácter necesario que tales bienes o derechos deberán revestir para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> En palabras de PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, art. cit., p. 5, “...no cabe diseñar un eficaz marco protector de la negociación de acuerdos extrajudiciales de composición de crisis económicas si no se regula la paralización de eventuales ejecuciones singulares...”. No obstante, DE LAS HERAS GARCÍA, M. D., “La reforma concursal...”, op. cit., p. 17 – 18, ante la eventual producción de un uso abusivo de la comunicación aboga por defender la no paralización de las ejecuciones.

<sup>107</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, art. cit., p. 6, igual referencia al carácter unitario de la comunicación realiza SENÉS SEMPERE, C., “La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 33, ed. Civitas, 2014, pp. 73 – 83, p. 75.

<sup>108</sup> Así el art. 5 bis 4 LC *in fine* establece 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*”.

<sup>109</sup> No obstante hacerse referencia a la ejecución de garantías reales, el Apartado VI del Preámbulo del RDL 4/2014 establece: “*También se acomete una modificación del artículo 56, para limitar los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real a aquellos que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. Y es que dentro de las facultades que tradicionalmente integran el derecho de propiedad (el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius disponendi*), no siempre es necesario que concurren todas ellas para que un determinado bien quede afecto a la actividad empresarial. En determinados supuestos es posible separar la facultad de disposición de las de uso y disfrute, sin perjuicio alguno para la continuación de la actividad productiva pero con evidente ventaja para el acreedor que podrá movilizar antes su propia facultad de disposición y que por ello verá disminuidos los costes financieros necesarios para tal movilización, redundando ello en definitiva en mayores posibilidades de financiación para el deudor y en una revalorización de sus activos. Así pues las ejecuciones son realmente obstativas de la continuación de la actividad empresarial cuando no pueda realizarse esa separación del derecho de disposición sin detrimento de las facultades de uso y disfrute de la empresa*”.

En este contexto el art. 5 bis LC viene a contener una de las causas de suspensión legales de ejecuciones en los términos previstos en la LEC (art. 565.1)<sup>110</sup>.

Pero es que además la aplicación de este precepto afectará incluso a la ejecución de garantías reales, aunque en este caso deberemos realizar ciertas matizaciones pues sus titulares podrán ejercitar la acción real, *ad cautelam* del posterior concurso que pueda declararse, frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía, siempre y cuando los mismo no sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor y sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento su tramitación quede paralizada en tanto en cuanto transcurre el plazo de protección otorgado al deudor<sup>111</sup>.

Más esta limitación sobre las ejecuciones afectará a cualquier clase de acreedores, incluyendo a los acreedores titulares de pasivos financieros a los que se refiere la DA 4ª, sin embargo, de nuevo en este caso debemos puntualizar que, la paralización de inicio, o en su caso la suspensión de las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, recaerá sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor, si bien deberá acreditarse que las negociaciones dirigidas a alcanzar un acuerdo son respaldadas, al menos, por un 51 por ciento de los acreedores titulares de pasivos financieros<sup>112</sup>, quienes además hayan asumido el compromiso de no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> SENÉS SEMPERE, C., “La limitación del derecho...”, art. cit., p. 76, PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, art. cit., p. 7.

<sup>111</sup> SENÉS SEMPERE, C., “La limitación del derecho...”, art. cit., p. 77.

<sup>112</sup> En palabras de PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, art. cit., p. 9 – 10, se entiende por «acreedores de pasivos financieros» a “los titulares de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que el acreedor esté o no sometido a supervisión financiera, excluidos los acreedores por operaciones comerciales, así como los acreedores de pasivos de derecho público (...). Así, bajo la categoría de «acreedores de pasivos financieros» podrían incluirse a nuestro entender cualquiera de las entidades enumeradas 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 2009/65CE 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,

Por otra, como hemos hecho referencia, la comunicación no es más que una notificación al Juzgado del inicio de las negociaciones para obtener un acuerdo de refinanciación, una PAC u obtener las adhesiones necesarias para alcanzar una propuesta anticipada de convenio, sin exigencias ni de contenido ni de forma, ello no obstante, dentro del supuesto en el que nos encontramos deberá el deudor en su comunicación que 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 letrado de la administración de justicia tenga por efectuada la comunicación del expediente. Si bien en caso de discrepancia sobre el carácter necesario del bien para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor quienes tengan interés legítimo podrán recurrir el mencionado decreto ante el Juzgado de lo Mercantil competente para conocer del concurso.

En efecto, las ejecuciones que recaigan sobre bienes con tal carácter necesario no podrán iniciarse desde la presentación de la comunicación, suspendiéndose las ya iniciadas desde la resolución del Letrado de la Administración de Justicia dando constancia de la misma<sup>114</sup>, sin perjuicio de que la suspensión se materialice desde la presentación al Juez ejecutor del testimonio de la resolución<sup>115</sup>, presentación que deberá acometer el deudor<sup>116</sup>.

Parece pues que con la nueva redacción dada al precepto por la Ley 9/2015 se ha resuelto la contienda que en esta materia la anterior redacción del art. 5 bis LC había suscitado, pues nada disponía el precepto respecto de especificar que órgano resultaba competente para pronunciarse sobre el carácter necesario de los bienes o derechos, si el juez ante el que se presenta la comunicación de inicio de negociaciones o el que estuviera conociendo de la

---

*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 u otras operaciones de naturaleza equivalente. Asimismo, en este ámbito resultarían comprendidos los titulares de préstamos participativos”.*

<sup>113</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, art. cit., p. 9.

<sup>114</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, art. cit., p. 8.

<sup>115</sup> SENÉS SEMPERE, C., “La limitación del derecho...”, art. cit., p. 79.

<sup>116</sup> AZNAR GINER, E., “La reforma concursal...”, op. cit., p. 50.

ejecución, hecho que obviamente dio lugar a la aparición de discordantes resoluciones<sup>117</sup>.

Por su parte, en lo que respecta al *dies ad quem*, las mencionada limitaciones – prohibición de iniciación de ejecuciones o suspensión de las que estuvieran tramitándose – 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, o en caso de formalizarse el acuerdo de refinanciación previsto en el art. 71 bis 1 LC, se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos, se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, o tenga lugar la declaración de concurso y en todo caso una vez transcurridos los plazos legalmente previstos, es decir, una vez hayan corrido los cuatro meses de protección que la comunicación del art. 5 bis LC dispensa al deudor.

No obstante cabe advertir que en el caso de la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación, en virtud de la DA 4ª. 5 II LC no supondrá su admisión a trámites el levantamiento de las suspensiones acordadas sino su mantenimiento, pudiendo llegar incluso esta paralización ha de extenderse frente a todas las ejecuciones singulares<sup>118</sup>.

#### **a) El régimen especial de los acuerdos extrajudiciales de pagos.**

Aún no obstante hacerse referencia en el art. 5 bis LC a los acuerdos extrajudiciales de pago, acuerdos de refinanciación y propuesta anticipada de convenio, en cuanto al primero de los institutos al que hemos hecho referencia goza éste de un régimen particular paralizador de ejecuciones<sup>119</sup>. El art. 235.2

---

<sup>117</sup> Así en algunas ocasiones la interpretación jurisprudencial se inclinaba, sobre la base de los arts. 55 y 56 LC, en otorgar la competencia para discernir entre el carácter necesario, o no, de los bienes o derechos al Juez ante el que se presenta la comunicación, es decir ante el Juez competente para conocer del concurso, en este sentido AJM de Granada nº 1, de 17 de marzo de 2014, ponente: Illmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz, mientras que en otras se optaba por otorgar tal competencia al juez ejecutor, en base al art. 568 LEC, en este sentido AJM de Jaén nº 4, de 25 de abril de 2014, ponente: Illmo. Sr. D. Luis Shaw Morcillo.

<sup>118</sup> SENÉS MOTILLA, C., “*La limitación del derecho...*”, art. cit., p. 80.

<sup>119</sup> AZNAR GINER, E., “*La reforma concursal...*”, op. cit., p. 51.

LC contempla la prohibición de iniciar y/o continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial, si bien en este caso ninguna mención se hace respecto al carácter necesario de los bienes o derechos para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, extendiéndose a todo el patrimonio del deudor<sup>120</sup>.

Asimismo, sí que deberemos tener en cuenta esta nota de la necesidad en el supuesto de la ejecución de garantías reales puesto que a sus titulares no se verán afectados por el régimen paralizador del art. 235.2 LC siempre y cuando la garantía 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. Aun así, recayendo la garantía sobre los citados bienes sus titulares podrán ejercitar la acción real sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado. Nada se dice respecto de los acreedores titulares de pasivo financiero ex DA 4ª LC. Es necesario mencionar, además, que el art. 235.3 LC dispone la suspensión, durante el plazo de negociación del acuerdo extrajudicial y respecto a los créditos que pudieran verse afectados por el mismo, del devengo de intereses, de conformidad con lo dispuesto por el art. 59 LC. Por ello, consideramos que el art. 5 bis LC se erige el régimen general aplicable a los acuerdos de refinanciación, propuestas anticipadas de convenio y acuerdos extrajudiciales de pagos en todo lo no previsto en su normativa especial. Es decir, el art. 235 LC constituye una norma especial que solamente operará caso de negociarse un acuerdo extrajudicial de pago, colmándose sus lagunas con las cautelas establecidas en el art. 5 bis LC<sup>121</sup>.

Recapitulando, el capítulo 1º del trabajo que presentamos, trata de los institutos preconcursales en general, los cuales posibilitan las negociaciones entre las partes que son actores principales en los conflictos concursales: deudor y acreedor o mejor dicho: entre el deudor y todos los acreedores.

---

<sup>120</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, art. cit., p. 11.

<sup>121</sup> En este sentido se pronuncia PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, art. cit., p. 11. No obstante en este caso la doctrina es divergente y así SENÉS MOTILLA, C., “*La limitación del derecho...*”, art. cit., p. 79, considera derogado tácitamente el apartado 2 de art. 235 LC.

La problemática planteada por estas negociaciones preconcursales es que su inicio supone más que un acercamiento entre las partes, una colisión entre ellas que provoca, de entrada, desconfianza, por cuanto el deudor suele pedir o bien una quita o un aplazamiento largo de los plazos de devolución y una reducción de los tipos de interés que abona o deberá abonar.

Por otro lado no necesariamente el inicio de estas negociaciones paraliza las acciones judiciales, sino que pueden significar lo contrario un recrudescimiento de ellas, debido a la desconfianza de los acreedores en las negociaciones y también una toma de posiciones para negociar con mayores bazas a su favor.

La Ley bascula entre dos posiciones: por una parte asegurar que el deudor no ha realizado, por lo menos durante los dos años anteriores, ninguna acción que haya perjudicado su patrimonio con el que debe responder a los créditos contraídos. Y, por otra, que dicho patrimonio se vea perjudicado lo mínimo posible por las vicisitudes del proceso concursal. De manera que dicho patrimonio, o por lo menos el afectado por la masa crediticia, pueda ser la base sobre la que se refinance y puede mantener su empresa en condiciones de sobrevivir.

A partir de la Ley 22/2003, las modificaciones que se han legislado tanto en el RDL 3/2009, la Ley 13/2009, Ley 14, 2013, Ley 4/2014, RDL 11/2014 o Ley 17/2014, todas han añadido algún plus de tutela a la posición del deudor en función de proporcionarle la mejores armas posible para que pueda seguir con la empresa, como herramienta para solucionar en toda o parte la deuda y satisfacer, en todo o parte, a los acreedores, quienes a nuestro juicio son los que deben, legislación en mano, soportar la mayor carga de las consecuencias de los acuerdos preconcursales, aunque también es cierto que son los más perjudicados, sus créditos, en un proceso concursal debido al deterioro de los activos de la empresa que hacen difícil, cuando no imposible, el cobro de dichos créditos.

La misma Ley 38/2011 refuerza claramente los institutos preconcursales en arras, como se ha dicho, a la continuación de las actividades profesionales del empresario. Las últimas reformas que aparecen en los reales decretos ley y



en las leyes que se han relacionado más arriba, se completan con la Ley 25/2015 de 28 de julio, que trata de salvaguardar, en lo posible, la figura del empresario particular y su situación social cuando tiene que presentar concurso y su patrimonio queda liquidado en favor de sus acreedores y aún queda una deuda pendiente a la que no puede hacer frente, lo cual le sitúa en una posición poco menos que de exclusión social. El objetivo de esta Ley según su Exposición de Motivos es que *“una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.”*

Sin embargo entendemos dentro de los planteamientos generales, especialmente de la primera Ley 22/2003 y más de las anteriores, que el procedimiento concursal tenga una finalidad solutoria, es decir que estaba pensado para que los acreedores se resarciesen de sus créditos o por lo menos de la mayor parte posible de los mismos, contra todo el activo del deudor o de la empresa deudora. Y este es, y entendemos que debe ser, el principal interés de la legislación.

En este contexto, la actuación del legislador a favor del deudor es aparente, ya que se trata de potenciar las posibilidades del deudor o de la empresa deudora en función de que pueda, antes o después, cubrir los créditos aun a costa de tener los acreedores que llegar a acuerdos que, en una primera lectura, no queda claro que le sean beneficiosos. Por ello deberemos entender que los institutos preconcursales son las herramientas que permiten, o tratan de permitir, satisfacer los intereses de los acreedores.

Una vez establecida la intencionalidad de la ley y de los institutos preconcursales, se entiende mejor la necesidad de agilizar y reducir los procedimientos y potenciar las negociaciones preconcursales, pues la dilación del proceso sólo perjudica al activo del deudor y genera gastos que, por lo general, van contra aquellos que deben hacerse cargo, unos sobre la masa deudora y otros sobre sus créditos, a los que gravan con más costes, jurídicos por ejemplo.

Por otra parte puede discutirse si sería lo más conveniente que fueran los acreedores quienes instaran el concurso, pero el problema es que no disponen de la información económica completa del concursado, desconocen pues cuándo es el momento en que les interesaría más solicitarlo. Ciertamente que el deudor se ve en posesión de la importante ventaja de iniciar el proceso en el momento en que mejor vaya para sus intereses, dentro de un determinado espacio, y cuando se declara el concurso la situación patrimonial del deudor es de difícil resolución, desde luego, no a la que hubiesen permitido llegar los acreedores. En definitiva, la negociación preconcursal se caracteriza por una colisión de intereses que si llega a un acuerdo es porque es la solución menos mala.

Una vez establecida esta situación en la que se encuentran, en la práctica, todas las negociaciones preconcursales, se plantea la necesaria protección de dichas negociaciones que se inclinan por, en este caso, tutelar al deudor ya que él será quien aportará la voluntad de mantener la actividad de la empresa de manera que esta pueda generar la suficiente riqueza como para resarcir a los acreedores y saldar los créditos más los intereses establecidos, si se establecen.

La mayor tutela es lógico que recaiga sobre la figura del deudor, o de la empresa deudora en su caso, por cuanto es la parte más débil: no puede hacer frente a los vencimientos de los pagos y necesita, para levantar la empresa, refinanciación que sólo pueden proporcionarla los acreedores o, por lo menos, permitirle si la encuentra en el exterior. De todas formas, esta protección aparece muy tarde en la legislación concursal española, prácticamente en la Ley 3/2009 que en su art. 5 establece la protección mientras duran las negociaciones preconcursales y previa comunicación del deudor.

Por todo ello queda claro que el legitimado para iniciar las negociaciones es el deudor, aunque la ley opta por, en determinados supuestos, establecer otros legitimados, que en cualquier caso ni son los acreedores ni terceros que hayan adquirido las deudas.

No queda muy claro, sin embargo, a nuestro entender, la disposición de que pueden solicitar las negociaciones todos los deudores con problemas de

tipo financiero o económico, no sólo aquellos que estén en situación de insolvencia, sea actual o inminente, lo cual si bien es una anticipación a situaciones de crisis de difícil solución, por otra parte deja sin precisar cuál es el límite en que un deudor puede o no pedir refinanciación.

Dicho de otra manera ¿no se abre con esta disposición una vía para que cualquier deudor, este en estado de insolvencia o no, tenga verdaderos problemas de liquidez o no, iniciar, y acabar si lo consigue, negociaciones de refinanciación con un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos, sin estar en crisis?.

A este respecto opinamos que el deudor debe optar por una de las opciones en función de la insolvencia que presente, sea actual o inminente. Si es la primera opción debería negociar una PAC o, en su caso, un acuerdo extrajudicial de pago. En la segunda opción, o sea que se trate de insolvencia inminente debería inclinarse por la refinanciación. Que sería lo mismo si el caso fuera de que no existiera insolvencia.

Si bien el plazo de presentación de la comunicación no tiene ninguna característica que pudiera ser objeto de discusión, según opinamos, más problema presenta la comunicación en sí, ya que no existe una comunicación tipo o formulario concreto. En realidad se trata de un simple comunicado al juzgado competente informando del inicio de las negociaciones. Esta simple presentación es suficiente para poner en marcha las medidas que se han explicitado.

Es cierto que se ha discutido en la doctrina si el deudor debería incluir en la comunicación las circunstancias en que se halla, el tipo de insolvencia, que en parte también ha sido la posición de la jurisprudencia la cual ha exigido la acreditación de insolvencia, del inicio de las negociaciones, de no estar incurso en las prohibiciones que aparecen en la ley Concursal<sup>122</sup>. Pero,

---

<sup>122</sup>AJM de Granada nº 14, de 11 mayo 2009 “*Para que estos efectos se produzcan es necesario, por tanto, que se den tres requisitos: el primero, que se acredite el estado de insolvencia actual del comunicante; el segundo, que se acredite el inicio de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a «una propuesta anticipada de convenio»; el tercero, 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 anticipada, sin perjuicio de que, presentada ésta en su caso junto a la*

últimamente, ha habido una tendencia a eliminar las complicaciones y aceptar que la simple comunicación es suficiente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Sobre este punto opinamos que la simple comunicación, sin ningún contenido que certifique algo, es suficiente dado que lo exigible es la comunicación formal y privada de que se han iniciado las negociaciones lo cual debe significar que surte efectos desde el mismo momento de su presentación en el juzgado. No se trata, creemos, de burocratizar un acto que ni necesita mayor publicidad ni es parte intrínseca del proceso, sino que es una acción previa a la que se concede tiempo y libertad para que pueda surtir efecto y evitar el posible posterior proceso concursal.

Es evidente que el deudor sigue apareciendo como el mayor beneficiario, puesto que las acciones ejecutorias de los acreedores quedan paralizadas y también ve como se le amplía el plazo para solicitar concurso voluntario, lo cual no será necesario si las negociaciones llegan a buen puerto para él. Por lo tanto la comunicación al Juzgado de lo mercantil se convierte en un escudo protector del deudor y sólo puede serlo frente a sus acreedores que ven, de momento y en función de un fin que se presupone mejor para ellos, su posibilidad de recuperar a corto plazo la totalidad de sus créditos cuando menos en una situación precaria.

No es que sea un escudo eterno dado que el deudor tiene un plazo máximo de tres meses a partir de la presentación de la comunicación para llegar a un acuerdo. No consideramos que sea un plazo demasiado generoso, pero tampoco es corto. En tres meses se puede llegar perfectamente a un buen acuerdo para las partes aun que sea necesario buscar una refinanciación exterior a las partes, siempre que se trabaje con agilidad, rapidez y eficacia, que es lo que reiteradamente indican las exposiciones de motivos de los ERL y leyes que han tratado en las dos últimas décadas sobre los procedimientos concursales. Eso sí, es un plazo final, no habrá prórroga. Bueno en realidad el deudor dispone de un mes hábil más que se le concede para solicitar obligatoriamente declaración de concurso, excepto, claro está, que en este

---

*solicitud de concurso voluntario, resultara finalmente inadmitida si se incurriera en alguna de esas prohibiciones. (...)*”.

tiempo haya dejado de ser insolvente <sup>123</sup>. También es cierto que no necesariamente las partes deben agotar los tres meses, pudiendo llegar a un acuerdo en cualquier momento o romper las negociaciones.

Es importante respecto tanto a la negociación como a las posibilidades futuras, en caso de no llegar a un acuerdo, la protección de los bienes del deudor por lo que se plantea si es necesario o no comunicar a los acreedores la situación de crisis del deudor por cuanto probablemente uno o varios acreedores pueden instar ejecuciones que afectarían al patrimonio, lógicamente también al resto de los acreedores. Lo cual creemos que justifica, en este momento, la protección que se le presta al deudor y a su patrimonio. Lo que nos parece difícil de entender es porque hasta el RDL 4/2014, tramitado posteriormente como Ley 17/2014, y modificado, a su vez por el RDL 11/2014, tramitado asimismo como Ley 9/2015 no aparece en la legislación dicha protección. Protección que llega hasta las garantías reales, aunque con algunas matizaciones.

Tampoco hasta la Ley 9/2015 se solucionaron las discrepancias sobre el órgano competente que debería pronunciarse sobre la condición de necesarios de los bienes o derechos para la continuidad de la actividad profesional del deudor.

Resumiendo pueden establecerse cuatro líneas generales respecto al tema desarrollado en este primer capítulo:

.- La LC tiene como objetivo final la recuperación de los créditos de los acreedores.

.- Para ello es necesario tutelar las posibilidades del deudor de seguir con su negocio, si este es viable, buscando soluciones en las que intervengan, a ser posible, los propios acreedores.

.- Esta posibilidad de mantener al deudor en el negocio que se trate, pasa por proteger y tutelar su patrimonio.

---

<sup>123</sup> En realidad si el deudor juega bien con los días entre los tres meses, más el mes hábil puede retrasar la declaración de concurso seis meses a partir del momento en que se supone conoció su insolvencia.

.- Aun cuando el deudor adquiere posiciones ventajosas sobre los acreedores, estas se justifican por el deseo del legislador de mantener la empresa en funcionamiento lo cual posibilita que en un futuro más o menos lejano, puedan cobrar los acreedores sus créditos.

.- El problema es que el cuerpo de leyes que permiten un ágil, rápido y eficiente procedimiento concursal no se han promulgado hasta los últimos ocho años.

## CAPÍTULO II

### LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

SUMARIO: I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA PAC. 1. Consideraciones previas. 2. Concepto y naturaleza jurídica del convenio concursal. 3. Concepto y naturaleza jurídica de la PAC. 4. Características de la PAC. II. ESTRUCTURA DE LA ELABORACIÓN PRECONCURSAL DE LA PAC. III. CONTENIDO. 1. Clausulas imperativas: las quitas y las esperas. 2. Cláusulas facultativas. A) Operaciones de capitalización y recalificación de créditos. B) Transmisión total o parcial de los bienes y derechos del concursado. a) El tercero adquirente. C) Operaciones de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo. D) La cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores. E) Limitación de las facultades de administración y disposición del deudor. F) Asunción de obligaciones a cargo de terceros. 3. Cláusulas prohibidas. A) Cláusulas que impliquen la liquidación global del patrimonio del deudor o la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos. B) Cláusulas que impliquen la alteración de la clasificación o cuantía de los créditos. C) Cláusulas que comporten condiciones a su eficacia IV. PROCEDIMIENTO. 1. Plazo de presentación y legitimación. A) La prohibición por condena en sentencia firme por determinados delitos. B) La prohibición por haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales. 2. Requisitos de forma y documentos complementarios. A) Requisitos formales. B) Las adhesiones previas. C) Documentos adjuntos. 3. La aceptación de la PAC. A) Sistema de adhesiones. B) Revocación de la adhesión. 4. La aceptación de la PAC en junta de acreedores. 5. Régimen de mayorías para la aceptación de la PAC. A)

Mayoría ordinaria. B) Mayoría simple. V. EFICACIA DEL CONVENIO APROBADO POR PAC. 1. Eficacia del convenio concursal. VI. INEFICACIA DEL CONVENIO. VII. TRAMITACIÓN PROCESAL DE LA PAC. 1. Desjudicialización del concurso y negociación preconcursal de la PAC. 2. El control de legalidad. A) Requisitos. 3. La admisión a trámite de la PAC. A) Prueba de las prohibiciones. B) Prohibiciones detectadas con posterioridad a la admisión a trámite y audiencia al deudor. C) La resolución judicial sobre la admisión a trámite de la PAC. 4. El control de oportunidad sobre la PAC admitida a trámite. A) Soporte de la valoración de la PAC. B) Objeto y contenido de la evaluación de la PAC. 5. El control de legalidad de la PAC aceptada. A) Fase común. 6. Aprobación judicial anticipada. A) Verificación de las adhesiones. B) Oposición a la aprobación del convenio. a) Plazo y legitimación. b) Causas de oposición. c) Tramitación de la oposición. d) Rechazo de oficio del convenio aceptado. 7. Propuestas no aprobadas anticipadamente. VIII. CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO. 1. Las medidas de aseguramiento del cumplimiento del convenio. 2. La declaración judicial de cumplimiento del convenio. 3. Conclusión del concurso por cumplimiento del convenio. IX. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO. 1. La declaración judicial de incumplimiento del convenio. 2. Efectos de la declaración judicial de incumplimiento.



## I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA PAC

### 1. Consideraciones previas.

La propuesta anticipada es una de las vías que la Ley va a regular mediante la cual va a tratar de alcanzarse un convenio, y con la que el legislador, claramente ha tratado de fomentar la solución convenida del concurso de acreedores<sup>124</sup>, nos encontramos ante un medio más ágil en su tramitación y por ende de costes económicos más reducidos.

La propuesta anticipada de convenio, encuentra su régimen normativo dentro del Título V de la LC en su Sección 3ª, Capítulo I (arts. 104 a 110 LC), sin embargo conveniente resulta advertir como en muchas ocasiones esta regulación contenida en la Sección 3ª va a resultar insuficiente, lo que necesariamente provoca que nos debamos remitir a las normas que regulan el convenio ordinario - debemos tener en cuenta que no nos encontramos ante diferentes tipos de convenio, sino más bien ante distintas tramitaciones, con igual fin e identidad de contenido<sup>125</sup>-. Así pues el régimen jurídico de la PAC no solamente vamos a encontrarlo en esta Sección 3ª (arts. 104 a 110 LC), sino que también deberemos remitirnos al régimen general (arts. 99 a 103 LC) como a las demás secciones contenidas en éste Capítulo I.

---

<sup>124</sup> En este sentido, ENCISO ALONSO – MUÑUER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, ed. La Ley, Monografía nº 6/2007, p. 184; ROJO, A., “De la propuesta anticipada de convenio”, ROJO, A., BELTRÁN, E. (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, ed. Thomson Civitas, Madrid 2004, p. 1928.

<sup>125</sup> Así ENCISO ALONSO – MUÑUER, M., “La judicialización de los convenios extrajudiciales”, op. cit., p. 198. En palabras de FERNÁNDEZ RUÍZ, J. L., “La propuesta anticipada de convenio en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 251, 2004, p. 200, “Respecto a la naturaleza de la propuesta de convenio anticipado no hay discrepancias en considerar al tradicional negocio jurídico como base de la misma – aunque con algunas peculiaridades -, por ejemplo, como la de que la propuesta anticipada debe contar con las adhesiones de los acreedores”.

## 2. Concepto y naturaleza jurídica del convenio concursal

La PAC es un tipo de propuesta de convenio que al igual que la propuesta ordinaria es un elemento en el proceso de formación del convenio concursal, justamente por ello no podemos entrar en el análisis de su naturaleza jurídica si con anterioridad no hemos entrado a conceptualizar la naturaleza jurídica del convenio mismo. Muchos han sido los trabajos doctrinales que abordan la naturaleza jurídica del convenio<sup>126</sup> siendo los posicionamientos de la doctrina muy diversos. Tradicionalmente la controversia doctrinal en torno a la naturaleza del convenio se ha centrado en determinar si nos encontramos ante un contrato entre el deudor y sus acreedores o ante una resolución judicial<sup>127</sup>, así por un lado hay quienes asignan al convenio una naturaleza meramente procesal, frente a los que hacen hincapié a los elementos negociales o contractuales del convenio, siendo predominante esta corriente doctrinal en la actualidad<sup>128</sup>, inclinamos nuestra opinión hacia esta segunda corriente ya que consideramos que esta figura aunque con muchos matices procesales se desenvuelve prácticamente en su totalidad fuera del procedimiento, y por este motivo la estudiamos en este trabajo, que como su nombre indica “Institutos concursales”, tienen una trayectoria más negociada extrajudicialmente que un procedimiento en puridad, si bien somos conscientes de su importancia procesal pues se trata de un contrato que vincula y despliega su eficacia no sólo a los que lo han aceptado (art. 1257 CC), sino también a los ausentes y disidentes (art. 134 LC), y esta es la principal diferencia que tiene con el art. 1255 CC, que ampara la autonomía de la voluntad de las partes y a las que sólo a éstas vincula. También debemos matizar en esta sede que el convenio requiere la aprobación judicial para poder vincular a los ausentes y disidentes.

---

<sup>126</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid 2005, pp. 154 – 157.

<sup>127</sup> Para un examen más riguroso vid., MARTINEZ MELÓN, M. D., *Las Soluciones al concurso por vía de convenio*, ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pp. 22 – 40; PULGAR EZQUERRA, J., “El contenido remitivo y dilatorio del convenio concursal y las ayudas de Estado”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 1, 2004, pp. 131 y ss.

<sup>128</sup> MACHADO PLAZAS, J., *Convenio concursal y fianza*, ed. Tirant lo Blanch, 2001, pp. 24 - 35.

Hay una tercera corriente doctrinal dentro de la contractualista que da al convenio una naturaleza transaccional<sup>129</sup>. En nuestra opinión no se trata de un tercer grupo, ya que la transacción - contrato previsto en el art. 1816 CC - no deja de incardinarse dentro de la autonomía de la voluntad de las partes - ex. Art. 1255 CC -, por lo tanto, nosotros lo encuadraríamos en la segunda de las corrientes doctrinales que hemos mencionado, puesto que la figura de la transacción, como ya hemos mencionado, se recoge en el art. 1816 CC, encuadrado en el título XIII del libro IV, del mismo cuerpo legal, dedicado a las obligaciones y contratos.

No obstante las corrientes doctrinales, la Exposición de Motivos de la LC da al convenio naturaleza contractual, cuando indica que: *el convenio es (...) un acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud*<sup>130</sup>. Por lo tanto la misma LC ubica el convenio dentro de la categoría del negocio jurídico<sup>131</sup>.

Hay excepciones, puesto que en determinadas ocasiones el convenio no es un acuerdo entre deudor y sus acreedores, ya que no se requiere en ningún momento el consentimiento de éste para ser aprobado judicialmente<sup>132</sup>, aunque esta situación no se dará en la aprobación de un convenio aprobado mediante PAC, ya que esta sólo puede ser presentada por el deudor que reúna los requisitos legales y nunca por sus acreedores, de tal manera que un convenio aprobado a través de la PAC es siempre un negocio jurídico entre el deudor y sus acreedores<sup>133</sup>.

### **3. Concepto y naturaleza jurídica de la PAC**

Como hemos visto no podemos entrar a conceptualizar la naturaleza jurídica de la PAC sin antes hablar del convenio concursal, puesto que, como

---

<sup>129</sup> Corriente doctrinal acogida por SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, ed. Bosch, Barcelona 1990; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, ed. Bosch, Barcelona 1990.

<sup>130</sup> Exposición de Motivos (apartado VI), párrafo segundo LC.

<sup>131</sup> GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil II*, Madrid 1940, p. 526.

<sup>132</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, monografía nº 16, ed. La Ley, 2012, p. 14.

<sup>133</sup> *Íbidem*, p. 15.

ya hemos referenciado la propuesta anticipada es una de las vías que la Ley va a regular mediante la cual va a tratar de alcanzarse un convenio, se trata de un negocio jurídico *sui generis*, que comprende tanto elementos contractuales como procesales. Esta naturaleza mixta de la PAC viene determinada por un lado por un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, y por otro por la necesidad para que nazca a la vida jurídica de su aprobación judicial, mediante la oportuna resolución aprobatoria de lo pactado, y en este sentido se puede decir que la propuesta de convenio de la LC encaja en el concepto de oferta contractual<sup>134</sup>.

Por lo tanto, entendemos que la PAC es una oferta emitida por el deudor destinada a los acreedores para celebrar un negocio jurídico reuniendo todos los elementos necesarios para que en un futuro pueda existir un convenio concursal, limitándose los acreedores a aceptarla o rechazarla, debiendo ser las adhesiones puras y simples, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno (arts. 103 y 108 LC), vinculando al Juez en cuanto al contenido del mismo<sup>135</sup>.

Podemos definir la PAC como el lanzamiento de una oferta por parte del deudor dirigida a los acreedores en pro de alcanzar un convenio concursal, oferta que los acreedores podrán rechazar o aceptar, en esencia no es más que un contrato en el que marcadamente concurre la existencia del elemento contractual clásico, el acuerdo de voluntades, que se sujetará a ciertos requisitos de forma y contenido, motivados, fundamentalmente, por el hecho de ser adoptado en el seno de un procedimiento judicial y como garantía de los múltiples intereses afectados, pues a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil de las obligaciones y contratos, como ya hemos referido este acuerdo no sólo desplegará sus efectos sobre las partes intervinientes que lo hayan aceptado (art. 1257 CC), sino que también lo hará sobre los acreedores disidentes o no participantes (art. 134 LC), por lo que no se perfeccionará con la simple concurrencia de voluntades individualmente consideradas (art. 1262

---

<sup>134</sup> LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, ed. Bosch, 2000, p. 167; ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., “El problema de la modificabilidad de la propuesta de convenio en junta de acreedores”, *Anuario de derecho concursal*, nº 3, ed. Civitas, 2004, pp. 217-247.

<sup>135</sup> SARAZÁ JIMENA, R., “El convenio del concurso, una visión judicial”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, nº 2, 2005, pp. 67 – 96.

CC), sino que va a requerir de la voluntad colegiada expresada en ciertas mayorías y de posterior aprobación judicial.

No puede negarse al convenio un carácter híbrido en el que van a confluir tanto rasgos contractuales como procesales<sup>136</sup>, sin perjuicio de la preeminencia de los primeros sobre los segundos<sup>137</sup>.

#### **4. Características de la PAC**

La PAC viene recogida en la LC en los arts. 104 a 110 y se trata de una propuesta de convenio para los deudores que reúnan determinadas condiciones que podrá presentarse a la vez que solicitan concurso voluntario o desde la declaración del concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos. Debe ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor, a excepción de cuando la propuesta se presente con la propia solicitud de concurso voluntario, pues en este caso bastará con que se presenten las adhesiones que representes una décima parte del pasivo.

Destacamos pues los rasgos diferenciadores de la PAC con la propuesta ordinaria de convenio como son que ésta solamente puede ser presentada por el deudor, y sólo por determinados deudores (art. 105 LC), que la misma puede ser presentada, como hemos dicho con la propia solicitud de concurso voluntario o tras la declaración de concurso necesario y hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art. 104 LC), y para ser admitida debe ir acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje legalmente establecido (art. 106 LC).

Este régimen no está exento de corruptelas, ya que la lista de acreedores la presenta el propio deudor y al no requerir para su admisión documentación complementaria que justifique y acredite que son esos verdaderamente los deudores y sus créditos ningún control puede efectuar el

---

<sup>136</sup> STS de 4 de julio de 1996.

<sup>137</sup> Así ENCISO ALONSO - MUÑUER, M., *La judicialización de los convenios...* op. cit., p. 195.

Juez sobre este hecho, si bien es cierto que cabe la impugnación posterior si se descubriere alguna irregularidad en su presentación.

## II. ESTRUCTURA DE LA ELABORACIÓN PRECONCURSAL DE LA PAC

Nos encontramos en la fase preconcursal de la PAC previa a la notificación del art. 5 bis LC o dentro del plazo concedido por este artículo.

La fase de formación se inicia con la negociación del contenido de la PAC fuera del concurso - o en el plazo legalmente establecido -, continúa con la presentación de la misma por parte del deudor y concluye con su aceptación y aprobación judicial. En esta fase tienen lugar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores y la aceptación de la PAC<sup>138</sup>, por consiguiente el proceso de formación del convenio mediante la PAC se inicia en una fase previa a la declaración judicial de concurso, o con posterioridad, pero en cualquier caso de marcado carácter extrajudicial<sup>139</sup>.

El deudor iniciará negociaciones con sus acreedores, con todos o algunos de ellos, para intentar llegar a un acuerdo. Si lo consigue éste la podrá presentar junto con la declaración de concurso voluntario, pudiendo seguidamente adherirse otros acreedores y de esta manera alcanzar la conclusión de un convenio concursal.

Debemos diferenciar la negociación de la propuesta antes de su presentación al juzgado, bien con anterioridad a la declaración judicial de concurso o después, hecho que no se exige en la propuesta ordinaria pues en este caso, la negociación se lleva una vez iniciado el concurso. La práctica nos dice que resulta positivo para el deudor que pretenda presentar una propuesta ordinaria de convenio sondear de antemano a los acreedores, antes de iniciar

---

<sup>138</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 116.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 117.

el concurso, aunque no es imprescindible. En caso de que la propuesta ordinaria de convenio la presenten los propios acreedores con los porcentajes legalmente establecidos pueden haber existido negociaciones entre ellos, pero tampoco exige esta propuesta una negociación entre el deudor y los acreedores.

La ventaja de esta figura radica en que aunque fracasen las negociaciones extrajudiciales siempre le queda al deudor la posibilidad de aprovechar el tiempo y los recursos invertidos en el proceso negociador contando siempre que obtenga el apoyo de algunos de ellos a fin de poder presentar una PAC, con lo que se reduce el coste de la conclusión del convenio.

La protección de la negociación extrajudicial, que tiene como objetivo obtener un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, puede convertirse en una PAC entrando en juego el art. 5 bis de la LC, ya estudiado<sup>140</sup>.

Este medio negociado que el legislador pone al servicio del justiciable trata de solucionar el problema sin intervención judicial y al margen de cualquier procedimiento concursal<sup>141</sup>. Hecho que no tenía previsto la legislación derogada ya que ésta impedía los pactos privados entre el deudor y los acreedores, aunque en la práctica estos pactos se llegaban a producir, tendentes a evitar la liquidación<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009”, en ALONSO UREBA, A. y PULAR EZQUERRA J. (Coords.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, ed. La Ley, Madrid, pp. 49 -134.

<sup>141</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, J., *El concurso de acreedores, una nueva solución para las empresas insolventes*, Estudios financieros, Madrid 2003, passim.

<sup>142</sup> MARTINEZ MELÓN, M. D., *Las soluciones al concurso...*, op. cit., p. 78.

### III. CONTENIDO

Habida cuenta que estas negociaciones se realizan de espaldas a la LC deberemos tener en cuenta que esta recoge una serie de normas relativas al contenido de la propuesta de convenio. El sistema que contiene nuestra LC no otorga a las partes plena autonomía de la voluntad a la hora de negociar las posibles soluciones que contendrá el convenio.

En nuestra opinión el deudor y sus acreedores deberían ser libres a la hora de negociar la solución del concurso, pues son más que suficientes las cautelas legales que la ley establece en pro de salvaguardar la legalidad y aptitud del convenio - admisión a trámite por el órgano judicial, aceptación por mayorías, derecho de oposición, aprobación judicial, acción de nulidad, declaración de incumplimiento, entre otras<sup>143</sup>-. Y, aunque ciertamente la evolución normativa que han sufrido los institutos concursales ha ido acercando la línea del articulado de este texto normativo a lo referido en su Exposición de Motivos, pues el Apartado VI de la misma se refiere al convenio como un negocio en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud, sin embargo lamentablemente aún esta autonomía de la voluntad va a verse coartada.

En este ámbito especial importancia cobra el art. 100 LC pues como su rúbrica indica en él vamos a encontrar la regulación esencial del contenido de la propuesta de convenio - sin embargo resultará preciso dirigirnos a otros preceptos de la Ley pues pueden ellos igualmente incidir sobre la autonomía privada de las partes-, se trata uno de los principales preceptos a tener en cuenta por el deudor a la hora de entablar negociaciones con sus acreedores encaminadas a la realización de un convenio.

---

<sup>143</sup> En palabras de GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La conservación del convenio concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, Sección Ponencias, ed. La Ley, Segundo semestre de 2014, recuperado de <http://revistas.laley.es>, p. 3, “*En un derecho concursal evolucionado y moderno como el contenido en la Ley Concursal, en el que el convenio está rodeado de cautelas capaces de garantizar su legalidad, su legitimidad y su mérito, no resultan necesarios los límites en cuanto a su contenido, los cuales son únicamente fuente de disfuncionalidades*”.



Dada la redacción del precepto parte de la doctrina ha venido entendiendo el carácter imperativo de las quitas y las esperas, de modo que todo convenio contendrá una reducción sobre el importe del crédito que el deudor va a recibir, una dilación del pago de los créditos o ambas simultáneamente<sup>144</sup>.

Conforme a esta interpretación si tenemos en cuenta la naturaleza contractual del convenio en lo no regulado expresamente por la LC le será de aplicación, lo dispuesto en los arts. 1156 y siguientes CC, así en lo que respecta a la identidad de la prestación a éste texto legal deberemos remitirnos. En efecto el art. 1166 CC establece que el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra equivalente o diferente, aunque fuera de igual o mayor valor que la debida. En otras palabras, si el deudor debe entregar al acreedor una suma de dinero, no puede ser éste último obligado, por causa de la eficacia del convenio, a percibir una cosa distinta si no es éste su querer<sup>145</sup>.

Desde esta perspectiva tales operaciones de conversión no sólo no van a poder ser contenido único de una propuesta de convenio, sino que además no van a poder contenerse en todas y cada una de las proposiciones que alternativamente se ofrezcan a los acreedores<sup>146</sup>, pues de este modo se ofrece

---

<sup>144</sup> La naturaleza jurídica de la quita y la espera ha sido ampliamente debatida. El sector doctrinal mayoritario configura las quita como un pacto de *non pretendo* sometido a condición, pues no será hasta el pleno cumplimiento del convenio cuando la quita despliegue todos sus efectos y las esperas como un pacto de *non pretendo* en el que, durante un periodo de espera, los acreedores no tendrán la posibilidad de obtener la satisfacción de sus créditos. Vid. BERMEJO GUTIERREZ, N. Comentarios al art. 135, en ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Civitas, 2004, pp. 2234 - 2243; ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., “El contenido del convenio”, *Revista del Poder Judicial, número especial XVIII*, 2004, p. 369; GONZÁLEZ PACHÓN, L., “El contenido dilatorio y remisorio en el convenio concursal”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n.º. 8, 2008, pp. 467-474.

<sup>145</sup> En este sentido FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, A., “El convenio” en FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coords.), AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid 2004, p. 566; ILLESCAS RUS, Á. V., “Comentarios al artículo 100” en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (coord.), *Derecho concursal práctico*, ed. La Ley, Madrid 2004, p. 504 – 505. En contra, entendiendo que el término deberá no debe interpretarse en el sentido de que todo convenio necesariamente deba contener una quita y/o espera, sino en el sentido de que cualquier quita y/o espera debe pactarse dentro de un convenio, DE LA CUESTA RUTE, J. M., *El convenio concursal, comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Madrid 2004, pp. 42 - 43; HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*, ed. Europea de derecho, Madrid 2003, pp. 487 - 488.

<sup>146</sup> Expresa muy bien la situación el AAP Madrid de 12 de marzo de 2010, “permite el art. 99.1 LC que la propuesta de convenio contenga distintas alternativas y su art. 100.2 contempla expresamente como

la posibilidad al acreedor de elegir sin imponérsele la conversión total o parcial de su crédito.

Sin embargo, aunque ciertamente de la actual redacción del art. 100.2 LC parecería factible el seguimiento de esta línea interpretativa el derecho concursal admite la posibilidad de que se apruebe un convenio en el que se propongan ciertas alteraciones del crédito por determinada mayoría y que dicho convenio vincule incluso a aquellos acreedores que no prestaron su consentimiento al mismo o lo manifestaron en contra. En efecto el art. 124 LC establece que ante la aceptación de la propuesta por el 50 por ciento del pasivo ordinario podría imponerse la conversión de deuda en préstamos participativos, mientras que aumentándose dicho porcentaje hasta el 65 por ciento podría imponerse además de la conversión de deuda en préstamos participativos las demás medidas previstas en el art. 100 LC, como las operaciones de conversión o la cesión en pago. Lo que debería permitir su vinculación a los acreedores aunque no se les ofrezca alternativa.

Pero es que además, esta extensión de los efectos del convenio afectará a los acreedores privilegiados, siempre y cuando hubieran votado o se hubieran adherido al mismo determinada mayoría de acreedores de su misma clase, concretamente el 60 por ciento cuando se trate de las medidas establecidas en el art. 124.1.a) LC y del 75 por ciento, cuando sean las establecidas en el art. 124.1.b) LC (art. 134.3 LC).

Como ya hemos expresado, el ámbito en el que nos movemos y, sin perjuicio del fuerte matiz conservacionista de la Ley, el fin último del convenio es el cumplimiento de las obligaciones del deudor, es decir, la satisfacción de los acreedores y nada obsta para que su mayor satisfacción se alcance

---

*contenido de una proposición alternativa la oferta de conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos. Estas son un mero ejemplo o enumeración no exhaustiva de posibles contenidos de una proposición alternativa, pero las que enuncia sólo pueden integrar una de las opciones que alternativamente se ofrecen, lo que exige el acreedor pueda optar por otra proposición que no contemple la conversión y que tenga, al menos, un contenido remisivo y/o dilatorio. En otros términos, la conversión de créditos en acciones, participaciones sociales o en créditos participativos no pueden formar parte del contenido de una propuesta única o de todas las que alternativamente se ofrezcan pues, de admitirse, se impondría al acreedor la conversión total o parcial de su crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos, cuando el art. 100.2 sólo las contempla como contenido de una proposición alternativa, aunque aquéllas no sean el único contenido posible de la misma”.*

justamente con alguna de las anteriores operaciones de conversión. Por lo que, manifestándose la mayoría de los acreedores por una de estas soluciones – ya sea con sus votos o adhesiones -, dicha elección adoptada por la colectividad debería vincular al resto de acreedores. No se comprende como así elevadas quitas y esperas pudieran imponerse al resto de los acreedores, aún en contra de su voluntad, pero que sin embargo no se llegue a esta misma interpretación encontrándonos ante una operación de conversión de crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos o en préstamos con intereses capitalizables, entre otras.

Esta última interpretación nos permitiría pues distinguir en el contenido del convenio entre cláusulas facultativas y cláusulas prohibitivas pues abogamos a favor de una interpretación menos restrictiva de la normativa<sup>147</sup>. Sin embargo la realidad práctica viene observando la inadmisión de todo convenio en el que no se contenga una proposición de quita, de espera o de quita y espera, por suponer éstas contenido esencial del convenio, por lo que la doctrina ha venido distinguiendo tres tipos de cláusulas: imperativas, prohibidas y facultativas<sup>148</sup>.

## **1. Cláusulas imperativas: las quitas y las esperas**

La quita va a significar una reducción sobre el importe del crédito que el deudor va a recibir, mientras que la espera va a suponer una dilación del pago de los créditos.

La actual redacción del art. 100. 1 LC se limita a establecer que la propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita (convenio remisorios) o de espera (convenio dilatorio), pudiendo acumular ambas (convenio mixto).

---

<sup>147</sup> En igual línea se manifiesta JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 121.

<sup>148</sup> ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., “*El contenido del convenio*”, pp. 357 - 408, en igual sentido ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, ed. Civitas, Madrid 2006, p. 163, GONZÁLEZ GOZALO, A., “Comentarios al artículo 100”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, R. (Coord.), AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Technos, 2004, p. 1140.

Cuestión importante a destacar resulta ser la flexibilización de los límites que sobre las mismas el legislador ha realizado, hecho que denota su afán por dotar a las parte de una gran maleabilidad de actuación en su autonomía de la voluntad<sup>149</sup>.

Sin embargo el art. 124 LC se dedica a regular las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio y, en su virtud, dependiendo del importe de la quita y/o la extensión de la espera las mayorías necesarias para la aceptación del convenio van a variar. Así respecto a una propuesta de convenio en la que se contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito y/o esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años será necesario que acepten la misma, el 50 por ciento del pasivo ordinario. Mientras que dicho porcentaje se verá aumentado hasta el 65 por ciento cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez y/o quitas superiores a la mitad del importe del crédito.

De ello podemos observar como, aun cuando sobre las quitas se ha eliminado todo límite, no sucede lo mismo en cuanto a las esperas que en ningún caso van a poder negociarse con un plazo superior a diez años<sup>150</sup>.

Pero es que además criticables resultan los incentivos que la Ley establece respecto aquellos convenios en los que se contengan quitas que no se supere cierto importe de los créditos y/o esperas que no se prolonguen periodos de tiempo excesivamente largos. En efecto el propio art. 124 LC, en su apartado 1. a) Il viene a indicar que cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra; por su parte el art. 167.1 LC establece que cuando se apruebe un convenio con una quita inferior al tercio del importe de los créditos

---

<sup>149</sup> La flexibilización de los límites a la quita y la espera se introduce con la nueva redacción dada al art. 100 LC por el RDL 11/2014, que tramitado como proyecto de Ley dio lugar a la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

<sup>150</sup> En este sentido GUTIÉRRES GILSANZ, A., “La conservación del convenio concursal”, art. cit., p. 4.

o una espera inferior a los tres años, no se abra la fase de calificación del concurso salvo que el mencionado convenio resulte incumplido. A sensu contrario aquel convenio que supere los anteriores límites supondrá la apertura de la fase de calificación.

Debemos tener en cuenta que no por ser inferiores las quitas y las esperas nos aseguramos ni su aceptación por parte de los acreedores, ni mucho menos que sea ésta la mejor opción para el deudor pues forzar estos pactos para que los mismos puedan ser encuadrables dentro de alguno de estos precepto podría llevar a no ser éste el contenido más apropiado para permitir al deudor salvar la situación por la que atraviesa, en perjuicio de los intereses de sus acreedores.

Cuestión distinta y aunque nada diga el precepto al respecto, es la posibilidad de establecer quitas y esperas diferenciadas en atención a la clase de crédito sobre el que recaigan o, incluso, en el interior de cada clase. Desde una línea interpretativa amplia, puesto que la Ley no lo contempla, pero tampoco lo prohíbe, debemos admitir la anterior posibilidad que además se ve reforzada por el art. 125 LC pues el mismo permite que la propuesta de convenio atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características, en igual línea podemos encontrar el art. 167 LC cuando se refiere a la apertura de la sección de calificación cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años. Ambos preceptos nos dan a entender la posibilidad de incluir en la propuesta de convenio quitas y esperas diferenciadas incluso dentro de cada clase de crédito.

Ahora bien, admitida tal posibilidad deberemos tener en cuenta que por virtud del art. 134.1 LC los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, lo que hace que en situaciones en las que exista diversidad de quitas y esperas nos cuestionemos cuál de ellas deberá aplicársele a estos acreedores subordinados.

Si tenemos en cuenta el contenido del art. 158.1 LC, *“El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios”*, es menester entender que los acreedores subordinados queden afectados por las quitas y esperas establecidas en el convenio para los acreedores ordinarios de peor condición, pues de otro modo los acreedores subordinados podrían disponer de un trato más favorable respecto de los ordinarios, supuesto no permitido por el art. 100.3 LC que no permite que el convenio altere la clasificación de créditos establecida por la ley, como posteriormente veremos.

No obstante lo anterior de igual modo cabría plantearnos cuál sería la quita o la espera a la que debería sujetarse los acreedores subordinados en caso de que parte de los acreedores ordinarios opten por una quita y otros por una espera, pues en muchos de estos supuestos difícilmente podrá precisarse cuál de ellas va a suponer la de peor condición, piénsese en que unos opten por una espera de 3 años mientras que los otros acepten una quita del 30%. En supuestos como el anterior sería procedente pues otorgar a los acreedores subordinados la facultad de elegir entre las varias alternativas, determinándose la aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección, en virtud del art. 102 LC.

Por su parte y sin perjuicio de que en la mayoría de las ocasiones las cláusulas imperativas de las que venimos haciendo referencia se van a ver perfectamente determinadas, nada obsta para permitir que las mismas sean simplemente determinables en base a ciertos factores objetivos, ya sean internos, como por ejemplo las ganancias obtenidas, o externos como la evolución del sector<sup>151</sup>.

## **2. Cláusulas facultativas**

Las cláusulas introducidas en una PAC que no sean contrarias a la Ley, a la moral ni al orden público, se reputaran válidas.

---

<sup>151</sup> En este sentido ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1881.

La quita y/o la espera no son el único contenido que la propuesta de convenio puede contener pues la Ley permite que la misma además incluya la conversión de crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos o en préstamos con intereses capitalizables. También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación de bienes y derechos del concursado, la fusión o escisión de la persona jurídica concursada, o la cesión en pago de bienes o derechos (art. 100.2 y 3 LC).

Nos encontramos ante un listado abierto, ejemplificativo, permitiéndose que el convenio pueda incorporar otro tipo de negocios siempre que los mismos, como ya se ha dicho, no infrinjan la Ley general, la moral o el orden público<sup>152</sup>.

En caso que la propuesta de convenio incorpore proposiciones alternativas, brindando a todos o a algunos de los acreedores la facultad de elegir entre ellas, deberá determinarse la aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección de que dispone el acreedor (art. 102.1 LC). Sin embargo, como ya hemos apuntado, la proposición alternativa aplicable por defecto no podrá nunca suponer la de conversión del crédito en capital social<sup>153</sup>.

#### **A) Operaciones de capitalización y recalificación de créditos.**

Es posible contemplar proposiciones alternativas como la conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o, en general, cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original, nos

---

<sup>152</sup> ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación...*, op. cit., p. 163.

<sup>153</sup> SJM nº 5 de Madrid, de 23 de diciembre de 2008, ponente: Illmo. Sr. D. Javier Jesús García Marrero; Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de 23 de julio de 2007, AAP de Madrid –sección 28a- de 12 de marzo de 2010.

encontramos ante una opción cuya finalidad no es otra que la de propiciar y fomentar la conclusión de un convenio<sup>154</sup>.

Lo primero a destacar de este art. 100.2 LC es que se excluya de tal posibilidad a los acreedores públicos, es decir, no podrá la propuesta de convenio que vaya dirigida a éste tipo de acreedores contener proposiciones alternativas. Sin embargo no alcanza dicha exclusión a los acreedores laborales, que, afortunadamente, se van a ver protegidos en virtud del art. 124 LC, exclusión favorable si tenemos en cuenta que el art. 92.5 LC califica este tipo de créditos participativos como subordinados<sup>155</sup>.

Ahora bien, no obstante lo anterior, estos acreedores de conformidad con lo establecido en el art. 94.2. 1º y 2º LC van a considerarse acreedores privilegiados, por lo que, paradójicamente en virtud del art. 134 LC parece admitirse la posibilidad de que se apruebe un convenio en el que se propongan ciertas alteraciones del crédito y que dicho convenio vincule incluso a éstos acreedores privilegiados, pues, recordemos como la aceptación de la propuesta por el 60 por ciento del pasivo de los acreedores de una misma clase podría imponer sobre éstos la conversión de deuda en préstamos participativos mientras que aumentándose dicho porcentaje hasta el 75 por ciento podría imponerse además de la conversión de deuda en préstamos participativos las demás medidas previstas en el art. 100 LC, como lo son las operaciones de conversión o la cesión en pago.

Sin perjuicio de las anteriores exclusiones para los demás casos la Ley manifiesta expresamente un listado, que no constituye un *numerus clausus*, de posibles cláusulas que podrá contener la proposición de convenio, obviamente ante deudor empresario. Concretamente el art. 100.2 LC hace referencia a la conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en

---

<sup>154</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), AAVV, *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, ed. Dilex, Madrid 2003, p. 449.

<sup>155</sup> En este sentido GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La conservación del convenio...”, art. cit., pp. 3 - 4.



préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

Centrándonos en el primer grupo de operaciones podemos decir que nos encontramos ante un medio de financiación del deudor concursado<sup>156</sup> que va a suponer la conversión del crédito en capital, es decir, en acciones – en caso de sociedad anónima o sociedad comanditaria por acciones, art. 1 LSC -, participaciones – en caso de sociedad limitada, art. 1 LSC – o cuotas – en caso de sociedad colectiva, art. 140 Ccom, o comanditaria simple, art. 148 Ccom -, en otras palabras, el deudor se compromete a entregar acciones, participaciones o cuotas sociales en lugar de la prestación debida<sup>157</sup>. Mediante este tipo de operaciones los acreedores dejan de ostentar tal posición y pasarán a convertirse en socios de la empresa, quedando sometidos, por consiguiente, a todos los riesgos empresariales de la misma<sup>158</sup>, pues la finalidad de la mencionada operación se entiende cumplida cuando la titularidad de las acciones, participaciones o cuotas es adquirida por el acreedor y no con la recuperación del valor nominal del crédito al poder darse el caso de que el valor real de estas acciones, participaciones o cuotas adquiridas por el acreedor no llegue a corresponder con el valor nominal del crédito<sup>159</sup>.

Lógicamente los acreedores van a decidir aceptar la conversión del crédito siempre y cuando de la actividad empresarial o profesional del deudor sea viable y de ella se obtengan resultados positivos que, en corto, medio o largo plazo logren satisfacer el valor nominal de sus créditos<sup>160</sup>. Efectivamente este tipo de operaciones van a suponer una alternativa para evitar la entrada

---

<sup>156</sup> MORILLAS JARILLO, M. J., “La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002”, *Derecho de los negocios*, nº 149, 2003, p. 34.

<sup>157</sup> FLORES DOÑA, M. S., “Comentarios al artículo 100”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (coords.), AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004, p. 1012.

<sup>158</sup> Vid. FLORES DOÑA, M. S., “Propuestas de convenio concursal con contenido alternativo”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, 2005, pp. 4527 - 4549.

<sup>159</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 149; FLORES DOÑA, M. S., “Comentarios al artículo 100”, op. cit., pp. 1012 - 1013.

<sup>160</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 149.

de una empresa - viable - en concurso de acreedores permitiendo su continuidad.

La decisión de utilizar la conversión de los créditos de los acreedores como medida de continuidad de la actividad requiere de determinadas operaciones societarias como el aumento de capital social de la empresa concursada o la exclusión del derecho de suscripción preferente. En efecto ello va a suponer que sólo mediante un acuerdo de la Junta General de la sociedad pueda llevarse a cabo esta medida.

Así pues, para convertir créditos contra la sociedad en capital debe previamente adoptarse en junta el acuerdo de aumento de capital. A tal fin, y tratando de facilitarse estas medidas respecto de la Sociedad de responsabilidad limitada y de la Sociedad Anónima el legislador ha optado por incidir sobre su régimen de mayorías y así el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos se alcanzará por las mayorías previstas en los arts. 198 y 201.1 LSC, no aplicándoseles pues, las mayorías legales reforzadas previstas en los arts. 199 y 201.2 LSC<sup>161</sup>.

Las discrepancias doctrinales surgen en torno al momento en que dicho acuerdo debería alcanzarse, en nuestra opinión, atendiendo a lo establecido en el art. 101 LC, en el que más adelante entraremos, la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada, y efectivamente ello sucedería en el caso de presentarse una PAC en la que se incluya una operación de capitalización que requiera de posterior acuerdo de la junta<sup>162</sup>, por lo que entendemos que, previamente a la aceptación de la propuesta anticipada de convenio, deberá haberse alcanzado el oportuno acuerdo por la junta.

---

<sup>161</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La conservación del convenio...”, art. cit., p. 5.

<sup>162</sup> Así, JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 151 - 152, en contra, entendiendo que el requerimiento de acuerdo no entra dentro de la prohibición del art. 101 LC, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales (Consideraciones en torno al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 23 de julio de 2008, de inadmisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por Fórum Filatélico S.A.)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 10, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, Primer semestre de 2009, recuperado de <http://revistas.laley.es>, pp. 13 – 14.

Por otro lado en virtud de lo dispuesto en el art. 100 LC se entenderá que los pasivos son líquidos, están vencidos y son exigibles a efectos del art. 301.1 LSC, pues el mismo requiere que los créditos a compensar para un aumento de capital de la sociedad de responsabilidad limitada sean totalmente líquidos y exigibles, mientras que, para el caso de la sociedad anónima se requerirá que al menos, un veinticinco por ciento de los créditos a compensar sean líquidos, estén vencidos y sean exigibles y que el vencimiento de los restantes no sea superior a cinco años.

## **B) Transmisión total o parcial de los bienes y derechos del concursado.**

La transmisión de la empresa en funcionamiento en el marco concursal no solamente es posible en fase de liquidación (arts. 148 y ss. LC), sino que, en virtud de lo dispuesto en el art. 100.2 LC, también se permitirá la enajenación de empresas en la fase de convenio. Se contempla así en este precepto el denominado convenio de asunción<sup>163</sup>, la transmisión total o parcial de los bienes y derechos del concursado se considera como una de las propuestas alternativas que puede contener el convenio en pro de lograr la máxima satisfacción de los acreedores con intención de garantizar la continuidad de la actividad económica del deudor<sup>164</sup>.

La Ley permite expresamente que la PAC pueda contener la enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, bien de determinadas unidades productivas - transmisión ésta última que se realizará conforme a lo establecido en art. 146 bis LC<sup>165</sup>, esto es, se cederán al adquirente, salvo manifestación expresa de no subrogarse, los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial, sin necesidad de consentimiento de la otra parte, así como aquellas licencias o

---

<sup>163</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1890.

<sup>164</sup> ALONSO LEDESMA, C., La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal, ponencia *VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil*, celebrado los días 27 y 30 de septiembre de 2010, recuperado de <http://eprints.ucm.es>, pp. 3 - 4.

<sup>165</sup> Introducido *ex novo* por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, dedicado a la regulación de las Especialidades de la transmisión de unidades productivas.

autorizaciones administrativas de carácter necesario. No llevará esta transmisión aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.4 LC -, concretándose que para que dicha transmisión pueda realizarse se necesita la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia. Mas deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.

Se prevé pues la transmisión, total o parcial de la empresa a un tercero – persona natural o jurídica, determinada –, sobre quien recaerá obligación expresa de asumir la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas transmitidas<sup>166</sup>.

Nos encontramos así ante una transmisión que se va a caracterizar por someterse a determinados requisitos<sup>167</sup>, el traspaso de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad y la audiencia de los representantes legales de los trabajadores.

En lo que respecta al concepto de bienes y derechos del concursado, es clara la amplitud del término empleado por el legislador cuya pretensión no parece otra que la de amparar bajo el mencionado precepto todo tipo de traspasos, totales o parciales, que cualquier deudor, sea cual fuere su actividad (mercantil, agrícola, profesional liberal, etc.), pueda realizar, aunque parece difícil que puedan ampararse bajo este precepto empresarios o profesionales distintos de los empresarios mercantiles<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> GONZÁLEZ GOZALO, A., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., p. 1156.

<sup>167</sup> ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación...*, op. cit., p. 170; ALONSO LEDESMA, C., “*La transmisión de la empresa...*”, art. cit., p. 7.

<sup>168</sup> De conformidad con autorizada doctrina entendemos que, aunque no imposibles, serán inusuales las situaciones en que, profesionales distintos a los empresarios queden amparados por la normativa, pues serán pocas las ocasiones en las que la organización, de haberla, sea de valor patrimonial suficiente, más será frecuente el carácter personalísimo de la misma, Vid. VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Comentario al artículo 100”, en SÁNCHEZ – CALERO, J., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, ed. Lex Nova, Valladolid 2004, p. 2163, nota 24. En igual línea, ALONSO LEDESMA, C., “*La transmisión de la empresa...*”, art. cit., p. 20.

Más como ya hemos comentado el traspaso no es necesario que sea total, aceptándose que pueda ser parcial, siendo en estos casos objeto de enajenación determinados bienes o derechos siempre que constituyan unidades productivas y no bienes aisladamente considerados, en otras palabras, caso de transmisión parcial solamente se admitirá la misma cuando las unidades productivas sean aptas para ser explotadas independientemente, pues sólo así se podrá ver cumplido el deber que al adquirente asiste, continuar con la actividad empresarial<sup>169</sup>.

Del tenor literal del precepto se desprende como debe tratarse de un conjunto de bienes o derechos que generen, por sus propios medios, ya sean bienes, ya sean servicios<sup>170</sup>. Ahora bien, no debe ello interpretarse de forma absoluta, pues sería factible la separación de algunos bienes o derechos del patrimonio del deudor, piénsese en la flota automovilística de que pueda disponer un establecimiento comercial<sup>171</sup>.

Por otra parte este conjunto de bienes o derechos deberá cumplir con el requisito de la afección, es decir, deberán encontrarse afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor<sup>172</sup>, sin que sea requisito que en el

---

<sup>169</sup> Así GONZÁLEZ GOZALO, A., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., p. 1158, PULGAR EZQUERRA, J., “Comentarios al artículo 100”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004, p. 1016 – 1017, FLORES DOÑA, M S., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., p. 1014.

<sup>170</sup> En palabras de ALONSO LEDESMA, C., “La transmisión de la empresa...”, art. cit., p. 22, “En efecto, con la expresión “unidad productiva” la LC ha dejado claro que sólo pueden transmitirse partes o conjuntos de bienes que desde el punto de vista de la organización constituyen o son susceptibles de constituir una explotación autónoma, es decir, un todo capaz de funcionar por sus propios medios, desgajados de la empresa de la que forman parte, para producir bienes o servicios”.

<sup>171</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p.1894.

<sup>172</sup> Requisito que ha venido requiriéndose por reiterada jurisprudencia, entre otras, SAP de Murcia (Sección 4.ª) en sentencia núm. 139/2012, de 1 de marzo, indica “En principio, que el convenio prevea la enajenación de activos no está prohibido en la Ley Concursal sino sólo restringido, existiendo límites infranqueables, que ni siquiera el acuerdo entre los acreedores y concursada pueden obviar. Así, cuando se trata de bienes productivos (afectos a la actividad empresarial), sólo pueden ser enajenados si concurren algunas de las dos excepciones previstas en el art. 100, apartados 2 y 3: la admisión de cambios estructurales en la sociedad concursada (como la fusión, escisión o cesión global) y su enajenación, siempre que ésta cumpla dos requisitos específicos, esto es, que se trate de una enajenación conjunta o de una unidad productiva que permita autónomamente el desarrollo de la actividad y que el adquirente asuma los compromisos de continuar con la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas y de pagar los créditos”.

momento de la admisión a trámite de la propuesta de convenio se encuentren en funcionamiento o explotación<sup>173</sup>.

Hay que mencionar, además, como la normativa obliga a continuar con la propia actividad de la empresa o la unidad productiva que se adquiriera<sup>174</sup>. De nuevo aquí en nuestra opinión deberíamos realizar una interpretación más flexible del precepto y admitir que el adquirente pueda realizar los necesarios cambios tanto organizacionales como de estrategia empresarial<sup>175</sup>, aunque, eso sí, siempre y cuando con ello se garantice la máxima satisfacción de los intereses de los acreedores.

En último lugar cabe advertir de la exigencia legal que, caso de existir trabajadores e incluirse en el convenio una proposición de transmisión de los bienes y derechos del deudor, impone la normativa, esto es, la necesidad de que sean oídos los representantes legales de los trabajadores, ya bien corresponda a los delegados de personal o al comité de empresa (arts. 62 y 63 ET)<sup>176</sup>. Las dudas suscitadas por esta exigencia normativa son diversas, pues nada establece la Ley respecto que trabajadores deben ser oídos o cual es el momento procesal oportuno en que dicha audiencia debe llevarse ello a cabo.

Por lo que se refiere al tipo de trabajadores se ha venido entendiendo que deben ser oídos los representantes legales de los trabajadores, pero no solamente de los trabajadores afectos a los establecimiento o unidades productivas objeto de transmisión, sino que deberá tenerse en cuenta también

---

<sup>173</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1894.

<sup>174</sup> Requisito que también ha venido siendo exigido por la jurisprudencia, SJM de Oviedo de 26 de febrero de 2009, “*No existe pues identidad, siquiera semejanza, en la actividad empresarial desarrollada por la concursada y la que planea ex novo la asuntora, y aunque este requisito pudiera soslayarse en pos de crear riqueza y puestos de trabajo, con ello se estaría traspasando la difusa frontera entre el convenio de asunción de deuda y la liquidación global o parcial de la empresa, pues es precisamente esta exigencia legal de que la actividad a desarrollar sea la propia de la concursada lo único que diferencia esta opción de la prevista en el art. 149, (...) la ley piensa en la continuidad de una actividad y que además ésta ha de ser la propia que venía desarrollando el concursado es claro, pues así se deduce sin dificultad de su tenor literal...*”

<sup>175</sup> ALONSO LEDESMA, C., “La transmisión de la empresa...”, art. cit., p. 20.

<sup>176</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1894.

a los representantes legales de los demás centros de trabajo<sup>177</sup>, puesto que éstos de igual modo tienen intereses en la situación.

Por otro lado, nos encontramos que tampoco la LC hace referencia al momento procesal oportuno en que dicha audiencia debe llevarse a cabo, no obstante es dable entender que el parecer de los representantes legales de los trabajadores pueda incidir sobre la viabilidad del convenio, lo que consecuentemente nos permite defender que estos representantes deberán ser oídos antes de que la administración concursal proceda a su evaluación (art. 107 LC)<sup>178</sup>.

### **a) El tercero adquirente**

La Ley no hace alusión alguna en lo que respecta al adquirente, limitándose a indicar que tanto puede serlo una persona natural como jurídica, aunque eso sí, deberá la misma encontrarse determinada. Determinación necesaria pues pondrá en conocimiento de los interesados la concreta identidad del adquirente lo que les permitirá valorar su capacidad económica y organizativa<sup>179</sup>.

La amplitud del precepto observa como el adquirente puede ser una persona natural o jurídica de cualquier clase, nacional o extranjera, más será indiferente que nos encontremos ante una sociedad preexistente o ante una sociedad constituida *ad hoc* para la ocasión<sup>180</sup>. Por otra parte, aunque del tenor literal de la norma podría inferirse que solamente pudiera transmitirse la empresa o unidad productiva cuando hubiera un solo adquirente, nada obsta para que sean varias las personas físicas o jurídicas que decidan adquirir<sup>181</sup>.

Se debe agregar que puede darse el caso de que el adquirente sea alguno o algunos de los acreedores concursales – privilegiado, ordinario,

---

<sup>177</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1894; LEDESMA, C., “La transmisión de la empresa...”, art. cit., p. 44.

<sup>178</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1894.

<sup>179</sup> ALONSO LEDESMA, C., “La transmisión de la empresa...”, art. cit., p. 31, ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1890.

<sup>180</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1890.

<sup>181</sup> VELASCO SAN PEDRO, L. A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 2164, nota 27; ALONSO LEDESMA, C., “La transmisión de la empresa...”, art. cit., p. 31; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Comentario al artículo 100...”, op. cit., p. 1891.

subordinado -, e incluso un acreedor contra la masa<sup>182</sup>. No obstante y aún sin perjuicio de admitirse tal posibilidad, estos casos han suscitado ciertas dudas dadas las semejanzas existentes entre esta figura y la establecida en el art. 100.3 LC, precepto que prohíbe los convenios de liquidación global mediante los cuales se cedan a los acreedores, en pago o para pago de sus créditos, los bienes y derechos del deudor.

Ciertamente este precepto prohíbe la cesión de bienes o derechos en pago – *datio pro solutio* – o para pago – *datio pro solvendo* -, figuras que, al igual que el convenio de asunción, van a producir la transmisión definitiva a los acreedores de los bienes y derechos del deudor a fin de proceder a satisfacer sus créditos. Ahora bien, en el caso de las figuras del art. 100.3 LC la extinción de la deuda, es decir, la satisfacción de los créditos de los acreedores se producirá con la realización de los bienes y derechos transmitidos mientras que, con el convenio de asunción no hay liquidación alguna satisfaciéndose los créditos con los recursos y beneficios que la continuidad de la actividad producirá, pues recordemos como el tercero adquiere con él un compromiso de continuación, de modo que la prohibición del art. 100.3 LC debe matizarse en el sentido de entenderse encuadrables en el mismo solamente aquellas cesiones que conlleven la liquidación<sup>183</sup>.

### **C) Operaciones de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo.**

En la reestructuración de las empresas se han convertido en instrumentos frecuentes la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo<sup>184</sup> cuya regulación se encuentra en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, a la que

---

<sup>182</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1890 – 1891.

<sup>183</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1028, RODRÍGUEZ ACHUTEGI, E., “Convenio anticipado, ordinario y por asunción”, en GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. (coord.), AAVV, *“Proceso Concursal: Crisis de las empresas promotoras y constructores”*, ed. Lex Nova, Valladolid 2009, p. 571.

<sup>184</sup> La cesión global de activo y pasivo no se introdujo expresamente en la LC hasta la promulgación de la Ley 38/2011, más no obstante ello se admitió pacíficamente su inclusión como contenido del convenio, vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, Ponencia presentada en “VIII Seminar Harvard-Complutense”, Septiembre de 2010, recuperado de <http://eprints.ucm.es>; PULGAR EZQUERRA, J., *“Comentarios al artículo 100”*, op. cit., p. 1035-1037.



deberemos dirigirnos dada la escasa regulación que la LC realiza sobre esta materia, que simplemente se limita a mencionarlas como excepción a las prohibiciones que establece el art. 100.3 LC.

En lo que respecta a la fusión, nos encontramos ante una modalidad de negocio en el que dos o más personas jurídicamente independientes se integrarán en una única sociedad uniendo sus patrimonios. Puesto que no nos encontramos ante una liquidación los socios de las sociedades extinguidas recibirán acciones, participaciones o cuotas sociales de la nueva sociedad, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan (art. 22 LMESM).

La fusión pura supone la disolución de cada una de las empresas, es decir, todas ellas van a extinguirse transmitiendo en bloque los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas (art. 23.1 LMESM). Mientras que en el caso de fusión por absorción la sociedad absorbente adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda (art. 23.2 LMESM).

Por otro lado, en lo que respecta a la escisión se trata de una operación que va a significar la división o partición de una empresa con el fin de crear una nueva. En caso de escisión total la sociedad escindida se extinguirá y su patrimonio será dividido en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o una sociedad ya existente (art. 69 LMESM), por su parte, caso de escisión parcial la sociedad escindida traspasará en bloque por sucesión universal una o varias partes de su patrimonio, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. Más aún cuando el art. 100 LC no observa la figura de la segregación también deberá la misma admitirse como contenido de una propuesta de convenio, y no solamente por la similitud que esta operación pueda tener con la escisión, pues esta operación también traspasará en bloque por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme

una unidad económica, a una o varias sociedades, sino también por la libertad que tienen las parte a la hora de negociar un convenio<sup>185</sup>.

En cuanto a la cesión global, nos encontramos ante una operación mediante la cual se transmitirá en bloque todo el patrimonio de una sociedad, por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario (art. 81 LMESM).

En cualquiera de estas operaciones el papel que van a jugar los socios para el buen resultado de la operación resultará esencial, pues el proyecto común que habrán de redactar y suscribir los administradores de cada una de las sociedades que participen en la operación habrá de ser acordado necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades partícipes (arts. 30 - 48, 73 - 80, 85 - 91 LMESM).

Así pues, al igual que sucedía en el caso de las operaciones de capitalización, si atendemos a lo establecido en el art. 101 LC, la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada, lo que obviamente acontecería en el supuesto de incluirse en la PAC cualquiera de las operaciones a las que venimos haciendo referencia si aún no han sido acordadas por la Junta, por lo que reiteramos nuestro parecer y entendemos que, previamente a la aceptación de la propuesta anticipada de convenio, deberá haberse alcanzado el oportuno acuerdo por la junta<sup>186</sup>.

#### **D) La cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores.**

La cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores son operaciones frecuentes de nuestra práctica concursal, no obstante ello hasta hace bien poco nuestra normativa concursal excluía cualquier cláusula de cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago a para pago de sus créditos.

---

<sup>185</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 164 nota 322.

<sup>186</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., pp. 166 - 167.

Esta situación cambió con la promulgación del RDL 11/2014, el cual introdujo previsiones al respecto facilitándose con ello la cesión en pago – que no para pago<sup>187</sup> - de bienes y derechos a los acreedores, eso sí observándose determinadas cautelas a fin de evitar en la medida de lo posible comportamientos fraudulentos<sup>188</sup>.

Así, de conformidad con la redacción otorgada al art. 100 LC por el mencionado RDL podrá incluirse en el convenio 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, pero ello no es todo pues su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el art. 94 LC, deberá ser igual o inferior al crédito que se extingue, mas de ser éste superior el resto deberá ingresarse a la masa del concurso<sup>189</sup>.

Por su parte encontrándonos ante una proposición de cesión en pago de bienes afectos a garantía la misma se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 155.4 LC, esto es, deberán realizarse mediante subasta, salvo que el juez autorice, previa solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial, la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso. Asimismo, el oferente satisfará un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado caso de efectuarse la realización fuera del convenio, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior y siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación o valoración.

---

<sup>187</sup> Para un mayor estudio en la distinción de estas figuras vid. MACHADO PLAZAS, J., “La distinción entre la dación en pago y la cesión “pro solvendo” contenidas en un convenio concursal (Comentarios a propósito de la sentencia del TS de 28 de junio de 1997)”, *Revista General de Derecho*, n° 648, 1998, p. 11085 -11095.

<sup>188</sup> Exposición de Motivos (apartado III) RDL 11/2014.

<sup>189</sup> A este respecto Vid. PASTOR SEMPERE, M. C. “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n° 21, 2014.

En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos.

### **E) Limitación de las facultades de administración y disposición del deudor.**

También podrá contener la propuesta de convenio medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (art. 137 LC).

La finalidad de estas limitaciones no será otra que la de evitar que el deudor pueda distraer de su patrimonio bienes y derechos<sup>190</sup>, actos que obviamente contribuirían a la desmembración del patrimonio, resultando una práctica contraria a la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor<sup>191</sup>.

Integrar estas medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración y disposición del deudor hace que, necesariamente, alguien sea nombrado para la realización de los mismos, puesto que debe asegurarse la continuidad de la actividad. Dicho nombramiento se realizará en el propio convenio, y podrá recaer sobre los administradores concursales, un tercero determinado o un acreedor<sup>192</sup>.

Por su parte, y en virtud de lo establecido en el art. 137.2 LC, estas medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas<sup>193</sup>. No obstante ello nada impide que de igual modo se inscriban en los registros públicos los actos contrario realizados por el

---

<sup>190</sup> GONZÁLEZ GOZALO, A., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., p. 1163.

<sup>191</sup> Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, nº 5, 2005, pp. 65 - 127.

<sup>192</sup> Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa”, Poder Judicial, Madrid 2004, pp. 123 - 205.

<sup>193</sup> Registro Civil, Registro Mercantil, Registro de cooperativas, asociaciones, fundaciones, Registro de la Propiedad, Registro de Bienes Muebles, Registro de Marcas, Vid. VARA DE PAZ, N., “Comentarios al artículo 137 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 1262 - 1265.

deudor, sin embargo si que va ello a perjudicar al titular registral puesto que podrá verse expuesto a una acción de reintegración de la masa<sup>194</sup>.

#### **F) Asunción de obligaciones a cargo de terceros.**

Se permite así mismo como posible contenido de la propuesta de convenio la asunción de obligaciones por parte de los acreedores o de un tercero.

Así se desprende del art. 99 LC cuando refiriéndose a los requisitos formales de la propuesta de convenio establece que “Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los comprometientes o sus representantes con poder suficiente”, así como del art. 125 LC el cual indica que “*No podrá someterse a deliberación la propuesta de convenio que implique nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores*”.

Las prestaciones objeto de obligación pueden ser diversas, así por ejemplo podrán consistir en préstamos de dinero al deudor para que cumpla el plan de pagos, avalar o afianzar al deudor o la asunción del compromiso de pago de algún crédito concursal, entre otras<sup>195</sup>. Cabe añadir además que podrán las mismas incorporarse directamente en el convenio, constando así en el mismo el contrato definitivo o bien cabe la opción de diferirse la conclusión y perfección de éste contrato entre el deudor y el tercero en fase ulterior en la que el convenio haya adquirido eficacia<sup>196</sup>. Sea como fuere los sujetos que se comprometan u obliguen han de manifestar expresamente su consentimiento<sup>197</sup>.

Nada establece la Ley en lo que respecta al incumplimiento de la obligación por el tercero, sin embargo de darse tal situación sería sensato

---

<sup>194</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 177, VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Comentario al artículo 100...”, op. cit., p. 2166.

<sup>195</sup> GONZÁLEZ GOZALO, A., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., pp. 1161 - 1162; JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 173.

<sup>196</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 172.

<sup>197</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 173.

entender la posibilidad de instar contra él la ejecución singular de su obligación. Mas, de resultar insolvente no podrá el deudor quedar liberado<sup>198</sup>.

### **3. Cláusulas prohibidas.**

Como contenido prohibido podemos citar aquellas cláusulas que impliquen la liquidación global del patrimonio del deudor, la cesión en pago o para pago de bienes o derechos a los acreedores, la alteración de la clasificación o cuantía de los créditos, o aquellas que comporten condiciones a su eficacia (arts. 100.3 y 101 LC).

#### **A) Cláusulas que impliquen la liquidación global del patrimonio del deudor o la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos.**

Si atendemos a lo establecido en el art. 100.3 LC resultarán prohibidas todas aquellas proposiciones que conlleven cualquier forma de liquidación del patrimonio del deudor, así como aquellas que impliquen la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos.

No obstante ello, deberemos traer a colación lo establecido en el art. 100.2 LC, puesto que el mismo viene a matizar estas prohibiciones. Así como hemos analizado al hablar del contenido facultativo del convenio son admisibles las propuestas de transmisión bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, bien de determinadas unidades productivas, así como la cesión en pago – que no para pago - de bienes y derechos a los acreedores.

En lo que respecta a las propuestas en la que se incluya la enajenación total o parcial de la empresa cabe recordar que no todas van a ser admisibles, sino que solamente lo serán aquellas en las que el adquirente de los bienes y derechos asuma la continuidad de la actividad empresarial o profesional. A *sensu contrario* entendemos que con el art. 100.3 LC el legislador ha querido

---

<sup>198</sup> GONZÁLEZ GOZALO, A., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., p. 1161.

prohibir solamente aquellas operaciones de liquidación global en la que no se contemple tal continuidad empresarial<sup>199</sup>.

Por su parte, respecto a la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, nuevamente ello debe matizarse, puesto que no resulta ser una prohibición absoluta. Así, remitiéndonos nuevamente a lo señalado al analizar el contenido facultativo del convenio, con la reforma operada por el RDL 11/2014 podrá incluirse en el convenio la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores, eso sí, siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Por ello, puede decirse que si bien con carácter general en el marco del convenio concursal la Ley prohíbe la cesión de bienes y derechos a los acreedores así como cualquier forma de liquidación global del patrimonio del deudor, si dichas operaciones observan ciertos requisitos y se realizan con la finalidad de conservar la actividad empresarial o profesional del deudor las mismas quedarán amparadas por la normativa.

No obstante lo anterior todavía la autonomía privada de las partes va a verse coartada por esta prohibición, puesto que aun siendo admitida para ciertos supuestos la cesión en pago o la liquidación del patrimonio del deudor no así sucede con la figura de la cesión para pago.

## **B) Cláusulas que impliquen la alteración de la clasificación o cuantía de los créditos.**

La LC prohíbe expresamente incluir en la propuesta de convenio cualquier tipo de cláusula que impliquen la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley o la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, al margen de que se reconozca la posibilidad de que se acuerde una quita o una espera.

---

<sup>199</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Comentarios al artículo 100*, op. cit. p. 1028; JAQUET YESTE, T., " *La propuesta anticipada...*", op. cit., p. 123.

La lista de acreedores que de conformidad con el art. 94 LC deberá acompañar al informe de la administración concursal fijará, entre otros aspectos la cuantía y determinación de los créditos concursales.

En lo que respecta a la clasificación de los créditos su régimen normativo lo encontramos en los arts. 89 a 93 LC, normas de carácter imperativo puesto que inciden no solamente en relación a la clasificación de los créditos, sino también en el orden de preferencia en el pago, por lo que, de alterarse dicha clasificación y prelación se vería afectado el principio fundamental del concurso que es la *par conditio creditorum*<sup>200</sup>.

Por su parte en cuanto a la prohibición de alterar la cuantía de los créditos la misma quedará fijada en la fecha de declaración de concurso (art. 88 LC), incluyéndose la cuantía por principal y por intereses (art. 94.2 LC), importe que no podrá modificarse sin perjuicio de las quitas y las esperas que se acuerden en el convenio.

### **C) Cláusulas que comporten condiciones a su eficacia**

El art. 101 LC indica que cualquier propuesta que incluya una condición sea de la clase que sea que comprometa la eficacia de dicho convenio se tendrá por no presentada.

Por otra parte, el apartado 2 del mismo artículo hace una excepción a esta exclusión en casos de concursos conexos, ya que la propuesta que presente uno de los concursados podrá estar condicionada a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros. Este segundo apartado fue modificado por la Ley 38/2011.

*Además la Disposición transitoria 5ª de la ley 38/2011 determina que unan serie de apartados entre los que se encuentra el correspondiente al*

---

<sup>200</sup> Principio fundamental que queda patente en la Exposición de Motivos (apartado V): “*Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas*”. En este sentido, PULGAR EZQUERRA, J., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., p. 1033. No obstante ello encontramos autores que entienden que este principio debería relativizarse, vid. GARCÍA ESCOBAR, G. A., “El tratamiento de los créditos concursales y el principio *par conditio creditorum*”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 05, Marzo 2014, recuperado de <http://www.ual.es>.



*artículo 101.2 LC, que han sido modificados por la Ley 38/2011 “se aplicarán a las propuestas de convenio que se presenten, tramiten o voten a partir de la fecha de su entrada en vigor, así como para sustanciar la oposición y, en su caso, determinar la eficacia de las que a partir de dicho momento sean aprobadas.”*

#### **IV. PROCEDIMIENTO**

##### **1. Plazo de presentación y legitimación.**

Se ocupa el art. 104 LC, como bien indica su rúbrica, del plazo en que el deudor puede presentar propuesta anticipada de convenio. Así este precepto nos indica que desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el art. 105 LC podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio.

Presentada la propuesta de convenio el juez resolverá, mediante auto motivado, sobre su admisión a trámite. Si la PAC se presentara con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste se resolverá sobre su admisión en el mismo auto de declaración de concurso, en los demás casos el juez contará con un plazo de tres días desde la presentación para resolver (art. 106 LC).

Cabe asimismo destacar que, no sólo la Ley establece el momento, o más bien los momentos iniciales que permitirán al deudor presentar propuesta anticipada de convenio, sino que también establece un término final, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos. De conformidad con lo establecido en el art. 21.1.5 LC se cuenta con el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado del auto

de declaración de concurso para que los acreedores pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos<sup>201</sup>.

Por otra parte, no cabe duda que, según el art. 104 LC único legitimado para presentar la PAC será el deudor.

No puede el Juez de oficio, ni el Ministerio Fiscal – sin perjuicio de su intervención, art. 4 LC - presentar propuesta anticipada de convenio.

Pero es que además, a diferencia de lo que viene aconteciendo en el caso de una propuesta ordinaria, para el caso de la propuesta anticipada no se atribuye legitimación para su presentación a los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores (art. 113 LC), o sea cual fuere el porcentaje de pasivo que representen.

La opción del legislador de excluir a los acreedores de la posibilidad de presentar PAC en buena medida va a justificarse por encontrarnos en el momento inicial de formación del convenio, en la que el deudor prácticamente será el único que cuente con información suficiente sobre su estado patrimonial, información que lógicamente le permitirá presentar una PAC con mayor fundamento<sup>202</sup>.

Sea como fuere, la legitimación para presentar PAC se atribuye en exclusiva al deudor, persona natural o jurídica, nacional o extranjera<sup>203</sup>, aunque no a cualquier deudor sino solamente a aquel que no hubiese pedido la

---

<sup>201</sup> En este sentido opina MARTINEZ MELÓN, M. D., *Las soluciones al concurso...*, op. cit., p. 83, que “éste último término no tiene mucha razón de ser en el marco analítico en el que se fundamenta la ley concursal, pues la justificación de este límite rigorista no atiende a razones, cuando a dicho plazo continúan otras actuaciones que pueden tener importancia vital para fraguar el convenio, máxime cuando con la consecución de dichos trámites, los acreedores pueden ser conocedores con una mayor exactitud de la situación económica en la que está involucrado el deudor concursado”, en contra autores como GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Comentarios al artículo 104”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004, p. 1061, justifican este límite temporal por dotar celeridad al procedimiento.

<sup>202</sup> En esta línea vid. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “Comentarios al art. 104” en, BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Technos, Madrid 2004, pp. 1194 - 1195; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Comentarios al artículo 104*, op. cit., p. 1062.

<sup>203</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1932.

liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el art. 105 LC.

Es clara la incompatibilidad entre la liquidación y el convenio, pues son ellas dos vías solutorias del procedimiento concursal completamente excluyentes entre sí, por lo que habiendo el deudor optado por la vía de la liquidación no podrá posteriormente presentar propuesta de convenio.

Mayor interés suscita la remisión a las prohibiciones del art. 105 LC, contra las que nuestra doctrina se ha manifestado sumamente crítica.

Tradicionalmente se ha concebido la PAC como un beneficio para el deudor diligente, es decir, para aquel deudor que, aún sin perjuicio de desarrollar su actividad con la debida diligencia y respetar el cumplimiento de sus obligaciones legales ha devenido insolvente<sup>204</sup>.

Sin embargo la propuesta de convenio no sólo debe concebirse como un beneficio para el deudor, sino que también debe suponer un beneficio para los acreedores que mayormente podrán ver salvaguardados sus intereses cuando se les permita llegar a una solución negociada que propicie la conservación de la actividad, y obviamente ello ocurrirá en mayor medida cuando además con ello se agilizan considerablemente los trámites para llegar a esa solución, tal y como sucede con la propuesta anticipada de convenio<sup>205</sup>.

Pero es que además resulta un tanto paradójico que estas prohibiciones que manifiesta la Ley en el marco de la PAC sin embargo no las manifieste si la solución convencional del concurso se alcanza por el trámite ordinario, por lo que el mismo deudor al que se le deniega la opción de presentar PAC podrá formular propuesta de convenio ordinario con idéntico contenido, pues no operarán estas prohibiciones sobre el convenio ordinario<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1942.

<sup>205</sup> En este sentido ENCISO ALONSO MUÑUER, M., *La judicialización de los convenios...*, op. cit., pp. 210 - 216.

<sup>206</sup> En igual línea GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Comentarios al artículo 104*, op. cit., p. 1067, citando en este mismo sentido a PULGAR EZQUERRA, J., manifiesta que “desde un punto de vista de política jurídica, no resulta justificado suprimir los históricos condicionamientos subjetivos en relación al convenio propuesto en la fase de convenio del concurso y, sin embargo, mantenerlos en relación a la propuesta anticipada, ya que la finalidad de esta propuesta no es tanto “premiar al deudor bueno”.

Parece ser pues que con el establecimiento de estas prohibiciones del art. 105 LC lo único que va a conseguir el legislador será eliminar las ventajas de rapidez y agilización en la tramitación del convenio, finalidades que la propia Exposición de motivos otorga a la propuesta anticipada<sup>207</sup>, mas esta dilatación del procedimiento frecuentemente va a menoscabar, en detrimento de los acreedores, la masa activa existente, lo que consecuentemente reduce las expectativas de éxito en la celebración del convenio, hecho que de nuevo choca con las finalidades propias de la Ley Concursal, la cual aboga, recordemos, por la solución negociada – el convenio – como solución normal del concurso, medio por el que se pretende la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, cuyo fin será la protección de los intereses de los acreedores, del propio deudor e incluso los intereses generales<sup>208</sup>.

En efecto, la PAC no solamente supone un beneficio para el deudor pues con la misma va a favorecerse también a los acreedores, trabajadores u otros intereses, por lo que, a nuestro parecer cabría reconsiderarse las prohibiciones establecidas en el art. 105 LC<sup>209</sup>.

#### **A) La prohibición por condena en sentencia firme por determinados delitos.**

El art. 105.1.1 LC despoja al deudor condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los

---

<sup>207</sup> Vid. Exposición de Motivos (apartado VI) de la LC.

<sup>208</sup> La Exposición de Motivos (apartado II) LC establece como finalidad esencial del procedimiento la satisfacción de los acreedores, no obstante ello el legislador valora junto con este principio esencial las ventajas que ofrece una solución negociada de carácter conservacionista de la actividad empresarial o profesional del deudor, desde esta perspectiva la propuesta anticipada supone un medio significativo a fin de salvaguardar no sólo los intereses de los acreedores sino también los del propio deudor, trabajadores u otros intereses (apartado VI).

<sup>209</sup> En este sentido, entre otros, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Comentarios al artículo 104*, op. cit., p. 1067, ENCISO ALONSO MUÑUER, M., *La judicialización de los convenios...*, op. cit., p. 213, SACRISTAN REPRESA, M., *Comentario al artículo 105*, SANCHEZ CALERO, J., GUILLARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), ed. Lex Nova, 2004, p. 2220 - 2221, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *Comentarios al artículo 105*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Dir), ed. Tecnos, 2004, pp. 1197 - 1198.

derechos de los trabajadores<sup>210</sup> de la facultad de formular propuesta anticipada de convenio.

Adolece de importancia que la condena se refiera a un delito consumado o a una tentativa de delito (art. 16 CP), o que el concursado hubiera sido condenado como autor del delito (art. 28 CP) o simple cómplice (art. 29 CP). No actuará la prohibición en caso de encontrarse el deudor en situación de imputado o cuando habiendo recaído sentencia condenatoria la misma no haya alcanzado firmeza, aunque en este último caso, si con posterioridad a la admisión a trámite de la propuesta deviene firme la sentencia condenatoria deberá el juez de oficio, y en todo caso, oído el deudor, dejar sin efecto la propuesta y poner fin a su tramitación (art. 105.2 LC)<sup>211</sup>.

Así mismo la ley no hace mención alguna al límite temporal de aplicación del precepto. A este respecto aboga la doctrina por la inoperatividad de la prohibición una vez cancelados los antecedentes penales<sup>212</sup>

Señala expresamente la Ley, respecto al deudor persona jurídica que se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.

Varias son las consideraciones que debemos realizar respecto a la realización de la conducta por administradores o liquidadores, o quienes lo

---

<sup>210</sup> Corresponde remitirnos por ende a las normas establecida en el Código Penal, por tanto no podrá presentar propuesta anticipada aquel deudor que hubiera sido condenado por hurto - arts. 234 a 236 -, robo - 237 a 242 -, extorsión - art. 243 -, robo y hurto de uso de vehículos - art. 244 -, usurpación - arts. 245 a 247 -, defraudaciones (estafa, apropiación indebida, defraudación de fluido eléctrico y análogas) - arts. 248 a 256 -, por frustración de la ejecución - art. 257 a 258 ter -, insolvencias punibles - art. 259 a 261 bis -, alteración de precios en concursos y subastas públicas - art. 262 -, daños en cosa ajena - art. 263 a 267 -, delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial - arts. 270 a 277 -, al mercado y a los consumidores - arts. 278 a 286 -, de corrupción en los negocios - arts. 286 bis a 286 ter -, sustracción de cosa propia de utilidad social o cultural - art. 289 -, incluyendo también los delitos societarios - arts. 290 a 297 - además de la receptación y otras conductas afines - art. 298 a 304 -, los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social - arts. 305 a 310 bis o contra los derechos de los trabajadores - arts. 311 a 318 -.

<sup>211</sup> En este sentido ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1945, ENCISO ALONSO MUÑUER, M., *La judicialización de los convenios* op. cit., p. 217, SACRISTAN REPRESA, M., “*Comentario al artículo 105*”, op. cit., p. 2223.

<sup>212</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1946.

hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.

Reprochable resulta la falta de coordinación de la legislación concursal con la legislación societaria, lo que nos lleva a la existencia de paradójicas situaciones. En efecto la Ley de Sociedades de Capital en su art. 213 prohíbe ser administrador a aquel condenado por delito contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, lo que se debe completar con lo establecido en el art. 224 del mencionado texto legal según el cual los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, así pues aquella sociedad que cuente con un administrador, por ejemplo, condenado por sentencia firme por *impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, verá vetada su facultad de presentar propuesta anticipada de convenio, aun cuando dicho delito no impida al administrador ejercer su función*<sup>213</sup>.

Así mismo de lo anteriormente expuesto se desprende la inmediata destitución de los administradores condenados por ciertos delitos, sin embargo no parece el legislador haber tenido ello en cuenta por cuanto se sanciona a la sociedad que hubiera contado, en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio, con administradores o liquidadores condenados por la comisión de alguno de los delitos referenciados, consiguientemente aun siendo que el administrador ha dejado de formar parte de la sociedad va ésta a resultar perjudicada<sup>214</sup>.

Finalmente, y dada la ausencia de pronunciamiento al respecto, dable resulta realizar una interpretación restrictiva del precepto que restrinja su aplicación a los administradores o liquidadores que hubieran cometido el delito en el ejercicio de sus funciones sociales<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> Así JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., pp.310 - 311.

<sup>214</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 311, tacha de excesivo y perjudicial, tanto para el deudor como para los acreedores, el hecho de que se dé esta causa de prohibición.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 311 - 312.

## **B) La prohibición por haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.**

De otro lado se sanciona con la prohibición de presentar PAC al deudor que haya incumplido el deber de presentar las cuentas anuales, en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 105.1.2º LC), bastando la simple desobediencia de este deber legal en uno solo de los ejercicios para que afecte sobre el deudor dicha prohibición<sup>216</sup>.

Ahora bien como ya sabemos no impone nuestra legislación este deber legal con carácter general, pues no todas las personas naturales y jurídicas están obligadas a depositar sus cuentas anuales en un Registro Público<sup>217</sup>, por lo que solamente afectará la prohibición a estos deudores obligados a presentar las cuentas anuales.

La legislación mercantil ya sanciona este incumplimiento de depósito de las cuentas anuales, en efecto el legislador imposibilita la inscripción de documento alguno referido a la sociedad en el Registro Mercantil entretanto perdure el incumplimiento (art. 282 LSC) mientras que prevé la imposición a la sociedad, por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de una multa (art. 283 LSC). Desde esta perspectiva la prohibición del art. 105.1.2 LC podría parecer una sanción más que el legislador impone al deudor que incumple sus obligaciones legales, sin embargo, en nuestra opinión el fundamento de la mencionada prohibición se encuentra relacionado con el obstáculo que supone a los acreedores la falta de depósito de las cuentas anuales para el acceso a la información económica y financiera de la sociedad.

---

<sup>216</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1957.

<sup>217</sup> Ésta obligación legal recaerá sobre las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditaria por acciones (art. 279 LSC), las sociedades colectivas y comanditaria simple, cuando todos sus socios sean sociedades (art. 41.2 CCom), así como sobre las entidades de cualquier naturaleza cuando se dediquen al comercio mayorista o minorista o a la realización de adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas, por cuenta o encargo de los comerciantes al por menor y alcancen determinado volumen de negocios (DP 4ª Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista) o las fundaciones (art. 25.7 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones). Así mismo el art. 365 RRM impone a los administradores de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditarias por acciones y de garantía recíproca, fondos de pensiones y, en general, cualesquiera otros empresarios que en virtud de disposiciones vigentes vengan obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales la obligación de presentar éstas para su depósito en el Registro Mercantil de su domicilio.

Si bien no incurrirá en esta prohibición aquel deudor cuyas cuentas anuales no hayan sido formuladas o aprobadas, pues sólo cuando las cuentas sean aprobadas por el órgano competente nace, y por ende se hace exigible, el deber legal de su depósito (art. 378.7 RRM). En estos supuestos no hay incumplimiento del deber de depositar las cuentas anuales pues este deber legal todavía no ha nacido por faltar el requisito esencial de su aprobación, el deber legal se entenderá infringido cuando, aprobadas la cuentas por el órgano competente el depósito no se realiza dentro del plazo legalmente establecido<sup>218</sup>.

Es más, si tenemos en cuenta que el fundamento último de la prohibición del art. 105.1.2 LC es la falta de información que padecen los acreedores, no incurrirá en ella el deudor que, aun realizando el depósito de las cuentas anuales extemporáneamente, permite a los acreedores acceder a la información contable con antelación suficiente<sup>219</sup>.

## **2. Requisitos de forma y documentos complementarios**

### **A) Requisitos formales**

Del contenido del art. 99 LC podemos extraer los requisitos formales que toda propuesta de convenio deberá respetar, tanto anticipada como ordinaria.

Exige este precepto la formulación por escrito de la propuesta de convenio, lo que lógicamente requiere que la propuesta se manifieste sobre un soporte físico<sup>220</sup> que permita, al órgano judicial cerciorarse del cumplimiento tanto de los requisitos formales como de contenido del convenio, a la administración concursal la elaboración del respectivo informe y a los acreedores conocer fehacientemente su contenido. Sin que en ningún caso sea posible la propuesta de convenio *in voce* formulada en la junta de acreedores o las efectuadas por comparecencia ante el Juzgado.

---

<sup>218</sup> Así, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1956 en contra JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 317.

<sup>219</sup> En este sentido se pronuncian GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Comentarios al artículo 104*, op. cit., p. 1070, ENCISO ALONSO MUÑUER, M., *La judicialización de los convenios...*, op. cit., p. 218.

<sup>220</sup> Papel u otro, como podría ser el soporte electrónico, art. 326 Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.



A éste requisito de presentación por escrito se le apareja la exigencia de la firma de la propuesta por el deudor, los administradores concursales o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente y, en caso de que la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente.

En este contexto por representantes con poder suficiente debemos entender no los representantes procesales – abogado y procurador – sino que, tratándose de deudor persona física la propuesta se firmará por el propio deudor, mientras que ante deudor persona jurídica la representación orgánica de la sociedad, ministerio *legis*, corresponde a los administradores. Sin embargo para la válida realización de la propuesta de convenio, en virtud de lo establecido en el art. 184 LC deberán, estos representantes proceder a nombrar procurador<sup>221</sup>.

Ahora bien, razones de seguridad jurídica exigen que las firmas de la propuesta estén legitimadas por fedatario público, y aunque generalmente dicha certificación se otorgará por el notario<sup>222</sup> nada obsta para que sea el Letrado de la Administración de Justicia quien realice dicha certificación. Reputándose la invalidez de aquellas legitimaciones de firma realizadas por cualquier persona que ocupe un empleo en la Administración Pública<sup>223</sup>.

La falta de legitimación va a suponer defecto subsanable. De conformidad con el art. 114 LC el Juez, de apreciar algún defecto respecto a las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la Ley, dará un

---

<sup>221</sup> MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., *Comentarios al artículo 99*, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A.; ALCOVER GARAU, G. (dirs.), AA.VV, *Comentarios a la Legislación Concursal* (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal), Dir., ed. Dykinson, Madrid 2004, p. 970.

<sup>222</sup> Habilitado para realizar esta legitimación de firma en virtud del art. 256 del Decreto de 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

<sup>223</sup> MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., *Comentarios al artículo 99*, op. cit., p. 970; VELASCO SAN PEDRO, L. A., Comentario al artículo 99, en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILLARTE GUTIÉRREZ, V., “*Comentarios a la legislación concursal*”, ed. Lex Nova, 2004, pp. 2137 - 2146.

plazo al concursado o, en su caso, a los acreedores para que, en los tres días siguientes a la notificación de los posibles defectos, puedan subsanarlo<sup>224</sup>.

## **B) Las adhesiones previas**

Las adhesiones previas no son más que la declaración de voluntad otorgada por uno o varios acreedores<sup>225</sup>, judicial o notarialmente (art. 103 LC), mediante la cual aceptan la propuesta de convenio.

El acreedor podrá adherirse a la PAC desde su admisión a trámite y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 108 LC).

Ahora bien, como requisito de admisibilidad a la PAC deberá acompañarse de adhesiones de acreedores de cualquier clase, prestadas en la forma legalmente establecida, y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor o la décima parte del mismo si o la propuesta es presentada con la propia solicitud de concurso voluntario (art. 106 LC).

De lo anterior podemos observar como el legislador no solamente ha tenido presente la voluntad del acreedor a la hora de admitir a trámite la propuesta de convenio, sino que también ha creído necesario contar con el apoyo de los acreedores que representen determinado porcentaje del pasivo. Es obvio que esta exigencia de presentar la propuesta de convenio parcialmente aceptada refuerza tanto las intenciones del deudor para con la propuesta de convenio como la plausibilidad de la propuesta misma<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M., Comentarios al artículo 99, en SAGRERA TIZÓN J. M.; SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.), *“Comentarios a la Ley Concursal”*, ed. Bosch, septiembre 2004, p. 1194 - 1195.

<sup>225</sup> Según ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1917, *“La adhesión puede ser individual o plural, en el sentido de que puede realizarse por un único acreedor o por varios de ellos...”*.

<sup>226</sup> Según ENCISO ALONSO MUÑUER, M., *La judicialización de los convenios...*, op. cit., p. 230, *“La justificación de política jurídica de la exigencia legal de adhesiones que acompañen a la propuesta de convenio se sitúa en la necesidad de que los acreedores avalen la propuesta con el fin de que tenga una mínima credibilidad tanto el propósito del deudor de llegar a una solución negociada de su concurso, como el concreto convenio que se pretende”*. Por su parte el AJM de Oviedo de 1 de diciembre de 2005 se refiere al art. 106 como un “control de seriedad”, dicha garantía de seriedad ha sido negada por parte de nuestra doctrina, así, AA.VV, BUFETE MARROQUÍN, *La nueva Ley concursal. Comentarios y*

Según el art. 106 LC a efectos de cómputo del porcentaje de adhesiones habrá de tomarse en cuenta el "*pasivo presentado por el deudor*", esto es, el pasivo total que resulte de la relación de acreedores que el deudor deberá acompañar a la solicitud de concurso (art. 6.2.4 LC en caso de concurso necesario y 21.1.3 LC en caso de concurso necesario)<sup>227</sup>. Documento que, de no ser presentado privará al deudor de la posibilidad de presentar propuesta anticipada de convenio, aunque excepcionalmente, y por causas justificadas se admitirá cualquier otro documento que el deudor presente, siempre y cuando del mismo se pueda verificar el cómputo de los créditos<sup>228</sup>. Obsérvese como la Ley solamente hace referencia a un porcentaje del pasivo, y no a un número determinado de acreedores, por lo que de poseer un solo acreedor la parte de pasivo exigida su sola adhesión deberá dar trámite a la propuesta anticipada<sup>229</sup>.

Por otra parte el mencionado precepto nos indica que las adhesiones que han de acompañar a la PAC han de proceder de "*acreedores de cualquier clase*", es decir, con independencia de la calificación que pueda recaer sobre sus créditos.

Según la dicción literal del precepto, "*acreedores de cualquier clase*", parece la Ley admitir que la adhesión a la propuesta pueda realizarse por cualquier acreedor, con independencia de la calificación del crédito como ordinario, privilegiado, subordinado e incluso contingente. Sin embargo en la

---

*formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio concursal*, ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona 2003, recuperado de <http://www.difusionjuridica.com>, p. 574, haciendo referencia al anterior autor, en igual sentido SACRISTÁN REPRESA, M., (dir. SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILLARTE GUTIÉRREZ, V.), *Comentarios a la Legislación concursal*, ed. Lex Nova, octubre 2004, p. 2227.

<sup>227</sup> Así, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1962, FONT SERVERA, J. M., "La propuesta anticipada de convenio", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 3, ed. La Ley, Sección Varia, Segundo semestre de 2005, p. 149, recuperado de <http://revistas.laley.es>, p. 4, ENCISO ALONSO - MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales...*, op. cit., p. 232, SARAZÁ JIMENA, R., "El convenio del concurso...", art. cit., pp. 3-4.

<sup>228</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1961, en igual línea y citando al anterior autor, ENCISO ALONSO - MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenio extrajudiciales...*, op. cit., p. 232.

<sup>229</sup> En palabras de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1962, "Es indiferente el número de acreedores adheridos a la propuesta. En unos casos las adhesiones serán muchas, pero en otros será suficiente con la adhesión de uno o de pocos acreedores", en igual sentido se pronuncia ENCISO ALONSO - MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenio extrajudiciales...*, op. cit., p. 232.

medida en que los acreedores subordinados carecen de derecho de voto (art. 122 LC), no puede a éstos atribuírseles de derecho de adhesión<sup>230</sup>, mientras que tratándose de créditos contingentes, tienen el derecho de adhesión suspendido de acuerdo con el art. 87.3 LC.

La propuesta debe acompañarse, por tanto, de adhesiones de acreedores ordinarios, privilegiados u ordinarios y privilegiados.

Dándose el caso de que un acreedor cuente con la titularidad de créditos calificados de ordinarios y subordinados, debe entenderse que la adhesión se realiza por la parte correspondiente a los créditos ordinarios (art. 122 LC), mientras que contando simultáneamente con la titularidad de créditos privilegiados y ordinarios, la adhesión se presumirá emitida en relación a estos últimos y sólo se entenderá realizada respecto de los privilegiados si así lo hubiere manifestado expresamente en el momento de la adhesión (art. 123 LC), y siempre que de una manera u otra les afecte la propuesta<sup>231</sup>.

Se admitirán adhesiones a la propuesta de convenio por parte de las Administraciones y organismos públicos lo cual se hará respetando las normas legales<sup>232</sup> y reglamentarias especiales que las regulan (art. 103 LC)<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> En este sentido, ROJO FERNANDEZ - RIO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., pp. 1920 - 1921, 1960 - 1961; ENCISO ALONSO - MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenio extrajudiciales...*, op. cit., p. 230 - 231; VELASCO SAN PEDRO, L. A., *Comentarios al artículo 103*, SÁNCHEZ - CALERO, J., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, ed. Lex Nova, Valladolid 2004, p. 2186.

<sup>231</sup> Vid. ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1961.

<sup>232</sup> Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

<sup>233</sup> A ellas se refieren la DFdécima, en cuya virtud se reforma el art. 39 de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, derogado con efectos de 1 de enero de 2005, por Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria, rigiendo desde su entrada en vigor el artículo 10, el cual queda redactado como sigue: "1. Sin perjuicio de las prerrogativas establecidas para cada derecho de naturaleza pública por su normativa reguladora, la cobranza de tales derechos se efectuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes y gozará de las prerrogativas establecidas para los tributos en la Ley General Tributaria, y de las previstas en el Reglamento General de Recaudación. 2. Serán responsables solidarios del pago de los derechos de naturaleza pública pendientes, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar, las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias del artículo 42.2 de la Ley General Tributaria. En este supuesto, la declaración de responsabilidad corresponderá a la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando se trate de créditos de naturaleza pública cuya gestión recaudatoria haya asumido aquella por ley o por convenio. El régimen jurídico aplicable a esta responsabilidad será el contenido en la Ley General Tributaria y su normativa de desarrollo. 3. El carácter privilegiado de los créditos de la Hacienda Pública estatal otorga a ésta el derecho de abstención en los procesos concursales, en cuyo curso, no obstante, podrá

Alcanzada la adhesión por los porcentajes legalmente establecidos, respetándose el contenido del convenio (art. 100 LC) y no encontrándose el deudor incurso en ninguna de las prohibiciones del art. 105 LC, deberá el juez resolver mediante auto motivado sobre su admisión a trámite, ahora bien, en los convenios anticipados, en el momento de su admisión, puede no existir el informe de la administración concursal ni, por ende, lista de acreedores definitiva en la que se clasifiquen los créditos, pues dicha exigencia no viene impuesta legalmente al deudor, quien simplemente deberá aportar junto con la propuesta anticipada relación de acreedores en la que conste la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos, no así su clase<sup>234</sup>, sin embargo en virtud de lo establecido por el art. 103.3 LC el acreedor al formular su adhesión expresará la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular, así como

---

*suscribir los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el acuerdo o convenio que pongan fin al proceso judicial. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa reguladora de los ingresos públicos. Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando se trate de créditos cuya gestión recaudatoria le corresponda, de conformidad con la ley o en virtud de convenio, con observancia, en este caso de lo convenido. Cuando se trate de créditos correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, la suscripción y celebración de convenios en el seno de procedimientos concursales requerirá la autorización del órgano competente, de acuerdo con la normativa reguladora del organismo autónomo. En los restantes créditos de la Hacienda Pública estatal la competencia corresponde al Ministro de Hacienda, pudiéndose delegar en los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Reglamentariamente se establecerán los procedimientos para asegurar la adecuada coordinación en los procedimientos concursales en que concurren créditos de la Hacienda Pública estatal con créditos de la Seguridad Social y del resto de las entidades que integran el sector público Estatal, y en aquellos procedimientos concursales en los que se concurre con procedimientos judiciales o administrativos de ejecución singular correspondientes a las referidas entidades". Y la Disposición Final decimosexta en virtud de la cual se reforma el art. 24 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que queda redactado en los términos siguientes: "No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado. El carácter privilegiado de los créditos de la Seguridad Social otorga a la Tesorería General de la Seguridad Social el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir en el curso de estos procesos los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial".*

<sup>234</sup> Art. 6.2.4 LC, "Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones". Y la DFdecimosexta.

su clase, lo que lógicamente facilitará al órgano judicial el ejercicio de la función de control que se le atribuye.

Pero es que además, reforzando la protección de los acreedores, podrán éstos ejercer derecho de revocación (art. 108 LC), en base a las modificaciones que dado el contenido del informe de la administración concursal y la lista de acreedores definitiva resultaren. Consecuentemente ello va a poder influir sobre el porcentaje de las adhesiones inicialmente realizadas, piénsese en el caso de un crédito calificado originariamente como ordinario, y que por la redacción definitiva de la lista de acreedores, pasa a calificarse de subordinado, lógicamente ello dará lugar a que el pasivo inicialmente adherido a la propuesta se vea modificado pudiendo así no llegar a cubrirse el porcentaje legal de adhesiones, por lo que ante esta situación no deberá el juez mantenerse indiferente, y aunque nada manifiesta la Ley al respecto, procederá a dejar sin efecto el auto declarativo de la admisión<sup>235</sup>.

Por último cabe indicar que el 106 LC establece que las adhesiones deberán llevarse a cabo en la forma legalmente establecida. Esto supone dirigirnos de nuevo al art. 103 LC, pues en él se regulan las adhesiones a la propuesta de convenio.

Así este precepto permite que las adhesiones se realicen bien mediante comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia en el que se esté tramitando el concurso, bien mediante instrumento público (art. 103.3 LC), pudiendo optarse libremente por una u otra forma de adhesión. Sin embargo la PAC debe acompañarse de adhesiones cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor o la décima parte del mismo siendo la propuesta presentada con la propia solicitud de concurso voluntario (art. 106 LC), lo que hace que la escritura pública sea el único instrumento del que puede valerse el acreedor para adherirse en legal forma a la propuesta<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> En palabras de ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., pp. 1963 - 1964, “No puede ser indiferente que, cuando en el propio procedimiento concursal se constate que el pasivo inicialmente adherido no alcanzaba el porcentaje exigido por la Ley, esa constatación carezca de efectos. Por esta razón, a pesar de la gravedad, es preferible que el juez deje sin efecto la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio...”.

<sup>236</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., p. 1925.

Pero es que además en el art. 103.2 LC establece respecto a las adhesiones que éstas deberán ser puras y simples, sin que puedan las mismas introducir modificación ni condicionamiento alguno, y de no ser así se tendrá al acreedor por no adherido. Ciertamente nos encontramos ante un elenco de prohibiciones legales de carácter absoluto que necesariamente habrán de observarse para entender realizada en debida forma la adhesión.

Una adhesión condicionada o con modificaciones no va a producir los efectos que le son propios, es decir, no va a suponer la aceptación de la propuesta por parte del acreedor o acreedores que así la hayan realizado. Aunque cabe la posibilidad de que, con anterioridad a la finalización del plazo otorgado para la presentación de adhesiones, el o los acreedores manifiesten su voluntad de dejar sin efecto la condición o modificación que sobre la adhesión habrían introducido<sup>237</sup>.

Ahora bien, debemos tener claro que el hecho de que un acreedor se adhiera a una PAC no va a suponer que el mismo quede vinculado por el convenio, pues, como hemos visto, para ello se exige la aceptación de la propuesta por determinada mayoría, nos encontramos ante un contrato en masa en el que prima la decisión colegiada sobre el consentimiento de cada acreedor individualmente considerado, además de su aprobación judicial.

Sin embargo, aunque por sí misma la adhesión individual del acreedor no va a producir plenos efectos jurídicos al negocio, tratando de favorecerse la consecución de un convenio sí que la Ley le otorga ciertos efectos. Así en caso de no aprobarse la PAC el art. 110 LC ofrece varias posibilidades al acreedor, solicitar la apertura de la fase de convenio o solicitar la liquidación, así mismo solicitada la fase de convenio podrá el deudor mantener, modificar e incluso formular otra nueva propuesta anticipada de convenio, pues caso de mantenerse la propuesta los acreedores adheridos a la misma se tendrán por presentes a efectos de determinar el quórum necesario para la constitución de la Junta y sus adhesiones contarán como votos favorables para el cómputo del resultado de la votación. Pero además, el art. 128 LC priva al acreedor que se

---

<sup>237</sup> Ibidem, p. 1924.

haya adherido a la propuesta de la legitimación activa para formular oposición a la misma.

### **C) Documentos adjuntos**

Respecto a los documentos que deben acompañar a la propuesta de convenio al art. 100 LC deberemos remitirnos. En su virtud documentación complementaria a la propuesta serán el plan de pagos y, en su caso, el plan de viabilidad.

El plan de pagos, según lo establecido por el art. 100.4 LC deberá acompañar a todas las propuestas de convenio. Se trata de un documento independiente de la propuesta cuyo contenido especificará con detalle los recursos previstos para el cumplimiento del convenio. Se trata de indicar los medios con los que cuenta, o prevé contar el deudor para dar cumplimiento a sus obligaciones.

En el plan de pagos se concretarán los medios económicos con los que el deudor se hará cargo de pagar a sus acreedores, especificándose la cuantía de los mismos y el plazo en que se realizarán. Entre otros recursos se indicarán aquellos que deriven de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado, de la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, del ejercicio de acciones contra tercero e incluso los derivados de ayudas públicas<sup>238</sup>.

Pero es que además, junto a este anterior documento deberá acompañarse a la PAC un plan de viabilidad. Ahora bien, este anterior documento solamente se exigirá en el supuesto de que la propuesta de convenio prevea hacer frente a las obligaciones con el dinero generado con la continuación, total o parcial, de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 100.5 LC), se trata de un documento especial<sup>239</sup>, en el que, sin

---

<sup>238</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., p. 1040; VELASCO SAN PEDRO, L. A., *Comentario al art. 99*, op. cit., pp. 2169 - 2170; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., pp. 1896 - 1897.

<sup>239</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Comentario al artículo 100...*, op. cit., pp. 1897 - 1898; MARTÍNEZ MELÓN, M. D., *Las soluciones al concurso...*, op. cit., p. 323, en igual sentido se ha pronunciado la



perjuicio del silencio que respecto a ello mantiene la ley, además de los recursos de los que se dispone o se pretende disponer se hará referencia a la cuantía de los mismos, así como del momento en que se harán efectivos.

El plan de viabilidad contiene importante información sobre los recursos, así como los medios y condiciones de su obtención, tanto actuales como generables con los que cuenta el deudor para lograr la continuidad de su actividad y con los que se prevea satisfacer los créditos de los acreedores, en él se van a reflejar los cambios que el deudor necesita realizar para lograr dejar atrás la situación de crisis por la que atraviesa, en él se identificarán medidas como la reducción del tamaño de la plantilla, nueva asignación de funciones y actividades, obtención de financiación externa, aplicación de nuevos precios, etc. La doctrina ha venido interpretando que éste documento viene a cumplir un cometido reorganizativo<sup>240</sup>.

Aunque la doctrina se ha mostrado crítica respecto a la exigencia de que la propuesta de convenio se acompañe de un plan de pagos, y en su caso un plan de viabilidad, bajo argumentos tales como la complejidad de su elaboración, que se agrava cuando la propuesta proviene de los acreedores - aunque no sea aquí el caso - o el coste y el tiempo que ello va a conllevar<sup>241</sup>, es dable considerar su importancia si tenemos en cuenta que a través de los mismo se va a proporcionar a las partes del negocio cierta información sobre los medios de los que se dispone o se prevea disponer en pro de la continuidad de la actividad empresarial o profesional y el cumplimiento del convenio. Pero es que además la administración concursal atenderá a estos documentos para formar su juicio de evaluación del contenido de la propuesta de convenio, que de contener reservas o informarse negativamente se presentará al juez, quien en última instancia decidirá, dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o, por el contrario optar por la continuación de su tramitación, eso sí,

---

jurisprudencia, STS (Sala de lo Civil, Sección 1º) nº 147/2015 de 26 de marzo, Ponente: Excmo Sr. Sebastian Sastre Papiol, (RJ\2015\1168).

<sup>240</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., p. 1042; GONZÁLEZ GOZALO, A., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., p. 1165.

<sup>241</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., p. 1040; CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, Barcelona 2001, recuperado de [www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es), p. 110.

atendiendo a éstos documentos a la hora de decidir (art. 107 LC). Esta importancia es aún mayor si tenemos en cuenta el momento temporal en que la puede presentarse la propuesta anticipada de convenio, pues esa anticipación temporal de su presentación hace que en ocasiones ni el órgano judicial, ni los acreedores cuenten con otra información más que la contenida en estos documentos.

Ahora bien, sin perjuicio de la importancia de estos documentos, no puede más que otorgárseles una función informativa, estos documentos no constituyen el convenio en sí mismo, sino que se trata de documentos con contenido contable que deben acompañar al mismo. Es a la propuesta de convenio el documento al cual los acreedores manifestaran su adhesión. Por consiguiente en el caso de incumplimiento de las medidas contenidas en el plan de pagos o en el plan de viabilidad si con ese actuar no se infringe también el contenido del convenio, no debería ello conllevar a la declaración de incumplimiento del propio convenio<sup>242</sup>.

### **3. La aceptación de la PAC**

#### **A) Sistema de adhesiones**

La sucesión natural en el proceso formativo del convenio concursal es que la PAC debe ir seguida de la aceptación por parte de los acreedores ya que es esta la manifestación de voluntad de los mismos dando su conformidad a la propia y cuyo trámite requiere unas formalidades y un régimen jurídico adecuado.

El sistema de adhesión a la PAC, viene regulada en el art. 103 LC y es común a todo tipo de adhesiones, es decir se trate de PAC o de propuesta ordinaria, previa o posterior a la admisión tramite de las PAC, sea en fase común o en fase de convenio.

---

<sup>242</sup> En este sentido JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, p. 323 - 324, MARTÍNEZ MELÓN, M. D., *Las soluciones al concurso...*, op. cit., p. 324, en contra PULGAR EZQUERRA, J., *Comentarios al artículo 100*, op. cit., p. 1042.

La adhesión es la declaración de la voluntad del acreedor mediante la que acepta la oferta contenida en la PAC<sup>243</sup> y por lo tanto le son de aplicación los principios y normas relativos a las condiciones de validez de tales negocios jurídicos<sup>244</sup>. Esta debe ser pura y simple so pena de tener al acreedor no adherido.

Establece el art. 103.3 LC que la adhesión se efectuara mediante comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia o mediante escritura pública.

La adhesión deberá expresar la cuantía y naturaleza del crédito, ostentando un mismo acreedor distintas clases de crédito deberá indicar con cuáles de ellos acciona, el silencio lo interpreta la ley en el sentido de vincular solo los créditos ordinarios, pues para vincular los privilegiados debe hacerse constar explícitamente.

Establece el art. 108.1 LC que desde la admisión a trámite de la PAC y hasta la terminación del plazo de impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, cualquier acreedor puede adherirse a la PAC a excepción de aquellos acreedores que no tengan derecho a voto<sup>245</sup>.

La adhesión y el voto son mecanismos similares, uno aplicado a la PAC otro al convenio en sede concursal propiamente dicho, estos mecanismos puestos a disposición de los acreedores como cauce de expresión de voluntad, que pese a que se articulan de manera diferente responden a un mismo fin, sirven de base para que los acreedores con autonomía para negociar y decidir, lo puedan hacer, sobre el destino del patrimonio del deudor.

En consecuencia los acreedores con derecho de voto tampoco tienen derecho a la adhesión a pesar de que inicialmente puedan adherirse, pues así lo establece el art. 106.1 LC cuando habla de acreedores *de cualquier clase*,

---

<sup>243</sup> ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., “La adhesión de los acreedores”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, 2005, p.1.

<sup>244</sup> DE LA CUESTA RUTE, J. M., *El convenio concursal*, op. cit., p. 67.

<sup>245</sup> Es doctrina mayoritaria entender aplicables al derecho de adhesión las normas relativas al derecho de voto, así ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., *La adhesión de los acreedores*, op. cit., pp. 11 - 47.

pero estarán a la espera de la confección de la lista definitiva de acreedores para ver cuál es la calificación jurídica de sus créditos.

Se consideran acreedores sin derecho de adhesión los que ostenten créditos subordinados del art. 92 LC<sup>246</sup>.

Mayores consideraciones merece el grupo integrado por aquellos acreedores privados del derecho de adhesión, que en la redacción dada antes de la reforma de 2011 no tenían ese derecho los titulares de créditos adquiridos por actos *inter vivos* después de la declaración de concurso, con la excepción de que los créditos hubieran sido adquiridos por título universal o como consecuencia de realización forzosa. Después de la reforma operada por ley 38/2011 hay otra excepción a la privación del derecho de voto, relativa a la adquisición del crédito por actos *inter vivos* por parte de una entidad sometida a supervisión financiera, intentando de este modo el legislador prevenir prácticas fraudulentas y en concreto la compra de créditos en cuantía suficiente para alcanzar el porcentaje preciso para aprobar un convenio determinado en perjuicio de parte de unos acreedores y beneficio de otros<sup>247</sup>. Así pues el legislador presume sospechosa la compra de un crédito contra un deudor en situación de insolvencia, intuyendo alguna motivación fraudulenta en la actitud del comprador<sup>248</sup>.

Debemos hacer referencia en este apartado además de los supuestos de privación del derecho de adhesión, a los supuestos de suspensión que contempla el artículo 87.3 LC como créditos contingentes, es decir los litigiosos o los sometidos a condición suspensiva sin cuantía propia<sup>249</sup>.

En cuanto a los créditos de derecho público hay que advertir que la LC en su exposición de motivos apartado V segundo párrafo establece que “se

---

<sup>246</sup> En lo que respecta a la subordinación de los créditos vid. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, ed. Civitas, Madrid 2002, pp. 435 - 464.

<sup>247</sup> Vid. ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., “La pérdida del derecho de voto en caso de adquisición de crédito concursal”, *Anuario de derecho concursal*, nº 12, 2007, pp. 7 - 32.

<sup>248</sup> Al respecto vid. NÚÑEZ - LAGOS BURGUERA, A., “Restricciones en el mercado español de deuda concursal: el art. 122.1.2º de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 7, 2007, pp. 129 - 140.

<sup>249</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 230.

*fomentaran soluciones de convenio apoyadas por los trabajadores y la Administración pública en la parte en que sus créditos no gozan de privilegio”.*

Es decir, la LC pretende romper con el papel poco activo de las administraciones públicas en los procedimientos concursales y para lograrlo limita el privilegio de sus créditos a un determinado porcentaje del mismo y considera el resto del importe como crédito ordinario, incentivando de esta manera la participación en la negociación del convenio por el importe que no goce de privilegio.

## **B) Revocación de la adhesión**

La LC permite al acreedor, en determinados supuestos, que deje sin efecto su adhesión a la PAC, lo cual puede realizar distintos momentos, a saber: en la fase común según autoriza el art. 108.2 LC, o en la fase de convenio, fase que a su vez puede seguir la tramitación del convenio en junta de acreedores o bien tramitación escrita.

Así pues a diferencia de lo que ocurre en la tramitación de una propuesta ordinaria de convenio, cuando la adhesión a la PAC se realiza en fase de común, todavía no es definitiva, porque tampoco lo es la lista de acreedores, habida cuenta que esta puede ser impugnada por parte de los acreedores y a raíz de esta impugnación o no, la clase o cuantía del crédito expresada en la adhesión puede resultar modificada.

Esto es así porque, a diferencia de lo que ocurre con la aceptación de una oferta contractual que se perfecciona con la aceptación, la adhesión a la PAC puede ser revocada en el plazo de cinco días y ello para evitar la desprotección del acreedor que se crearía en el caso de que fueran modificadas las condiciones de su crédito, pero si no usa su derecho a revocar la adhesión emitida se le tendrá por adherido en los términos de la lista definitiva de acreedores y no del contenido de su adhesión.

El acreedor dispone de una nueva oportunidad de revocar la adhesión en caso de que la PAC no sea aprobada en la fase común y se mantenga en fase de convenio, ya dentro del plazo señalado en el auto que acuerde la

tramitación escrita según artículo 103 LC ya cuando el juez haya decretado la convocatoria de la junta de acreedores, asistiendo a la misma o con anterioridad a su celebración. Así lo establece el art. 110.2 LC.

Una última ocasión tiene el acreedor para revocar la adhesión, cuando la PAC mantenida para que se vote en junta de acreedores se adhieran acreedores en el plazo comprendido entre la puesta de manifiesto del escrito de evaluación en el juzgado y el cierre de la lista de asistentes a la junta. Estas adhesiones, como principio general, son irrevocables, a menos que los acreedores que las hayan formulado asistan a la junta según establece el art. 115.3 LC<sup>250</sup>

Así pues podemos ver que la posibilidad de revocar la adhesión en fase común queda muy limitada a los supuestos en que se produzca alguna modificación de la cuantía o clase de crédito, mientras que en la fase de convenio se deja libertad al acreedor para revocar la adhesión inicial.

#### **4. La aceptación de la PAC en junta de acreedores**

Partimos de la base de que la junta de acreedores en estos casos solo se convoca cuando el deudor decide mantener la PAC no aprobada en fase común y el juez decreta la convocatoria de la junta de acreedores o bien finalizada la fase común y abierta la fase de convenio el juez no acuerda la tramitación escrita, con lo cual la junta deja de ser un órgano esencial en la estructura orgánica del concurso<sup>251</sup>.

La finalidad de la PAC es la reducción de costes del concurso, por esta razón la junta de acreedores pierde protagonismo en el concurso y su configuración actual debe hacer de ella un mecanismo poco costoso a la vez que eficiente para suministrar información y recabar la opinión de los acreedores.<sup>252</sup>

---

<sup>250</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 233.

<sup>251</sup> Vid. DE LA CUESTA RUTE, J. M., *El convenio concursal*, op. cit., p. 140.

<sup>252</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 236.

Las etapas por las que transcurre la junta de acreedores son las siguientes:

a) Convocatoria.

El juez del concurso es el que comunica a los acreedores la celebración de la junta, esta comunicación debe reunir unos requisitos tanto formales como de contenido que vienen regulados en la LC en el art. 111 LC y cuyo incumplimiento es motivo de oposición al amparo del art. 128 LC por infracción de las normas relativas a la constitución y celebración de la junta de acreedores<sup>253</sup>.

Los requisitos formales se basan en la obligatoriedad de publicidad del auto de la convocatoria de la junta, además de la notificación personal al concursado, a la administración concursal y a todos los acreedores personados en el procedimiento.

Los de contenido, el auto debe fijar lugar día y hora de la celebración de la junta de acreedores, debiendo celebrarse esta dentro del segundo mes a partir de la fecha del auto.

b) Asistencia y representación

En cuanto a la asistencia debemos distinguir entre aquellos acreedores y órganos que tienen la obligación de asistir a la junta y los que tienen derecho para hacerlo. Tienen que asistir necesariamente el juez del concurso y el Secretario - hoy Letrado de la Administración de Justicia<sup>254</sup>, además de la administración concursal y el deudor concursado al que la ley le impone una severa sanción en caso de no acudir bien personalmente o bien representado, la sanción consistirá en la presunción de dolo o culpa grave lo que convertirá el concurso en culpable.

---

<sup>253</sup> Vid. SALA REIXACHS, A., “Comentarios al artículo 116”, SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Bosch, Barcelona 2004, p. 1310.

<sup>254</sup> Según RONCERO SÁNCHEZ, A., “Comentarios al artículo 117”, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A.; ALCOVER GARAU, G. (dirs.), AA.VV, *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, Dir., ed. Dykinson, Madrid 2004, p. 1130, este deber que asiste al Juez y al Letrado de la Administración de Justicia vendrá impuesto por el Estatuto Jurídico que regula estas profesiones.

En cuanto a los acreedores tienen derecho de asistencia todos aquellos incluidos en la lista definitiva de acreedores tengan o no tengan derecho a voto.

c) Constitución y celebración.

Para que pueda celebrarse la junta en el día, hora y lugar fijados en el auto debe estar válidamente constituida y para ello se exige legalmente la presencia de determinados porcentajes de pasivo del concurso. Así pues el quórum exigido para que la junta se considere válidamente constituida es el de la mitad del pasivo ordinario del concurso, con exclusión de los créditos subordinados e inclusión de los privilegiados que se hayan adherido a la PAC, puesto que estos acreedores, los privilegiados, no se hubieren adherido a la PAC antes de la celebración de la junta su asistencia no afecta al cómputo del quórum de constitución.

d) Votación.

Después de las oportunas deliberaciones, el presidente de la junta, el juez normalmente, someterá la PAC a votación. Esta será nominal y por llamamiento a los acreedores asistentes con derecho a voto.

e) Acta de la junta

La junta se desenvuelve eminentemente de forma oral, si bien se debe dejar constancia de la misma por acta elaborada por el Letrado de la Administración de Justicia con la grabación de la sesión, teniendo valor probatorio y siendo de carácter público.

El acta debe tener un contenido mínimo obligatorio como es la descripción sucinta de las deliberaciones, y el resultado de las votaciones.

La sesión se levanta, por el presidente, tras la lectura y firma por el Letrado AJ del acta.

## **5. Régimen de mayorías para la aceptación de la PAC**

Para evitar acciones individuales promovidas por los acreedores y alcanzar soluciones óptimas a los problemas de solvencia del deudor común,



se impone en el concurso la cooperación de todos los acreedores expresada a través de la regla de la mayoría en cuanto a la toma de decisiones se trata sobre el patrimonio del deudor, así pues esta regla de las mayorías supone en última instancia maximizar el patrimonio del deudor<sup>255</sup> y ello se consigue haciendo referencia únicamente a los acreedores ordinarios.

#### **A) Mayoría ordinaria**

Para que la PAC se considere aceptada es necesaria la adhesión o voto favorable de al menos la mitad del pasivo ordinario del concurso.

#### **B) Mayoría simple**

Hacemos referencia en este apartado a la reforma introducida por la Ley 38/2011 que da nueva redacción al art. 124 LC que haciendo mención expresa a la PAC , cosa que no ocurría antes de la reforma, permite que la misma pueda ser aceptada por mayoría simple, siempre y cuando los acreedores expresen, en su caso, su voto en contra con los mismos requisitos que para la adhesión según los arts. 103 y 108 LC, situación que debe valorarse positivamente cuando las quitas son inferiores al 20% y las esperas inferiores a tres años.

### **V. EFICACIA DEL CONVENIO APROBADO POR PAC**

Dispone la LC en la Sección 7ª del Capítulo I, Título I el momento a partir del cual el convenio concursal adquiere su eficacia y sus efectos sobre las partes que lo han concluido y sobre terceros.

El inicio del momento en que el convenio concursal es eficaz viene establecido por el artículo 133.1 LC que lo fija en la fecha de la sentencia de su

---

<sup>255</sup> Vid. SÁEZ LACAVE, M. I., “Las bases económicas del derecho de la junta de socios”, *InDret*, n° 2, 2008, pp. 1 - 64.

aprobación, pero no debe confundirse el momento de aprobación del convenio y de su eficacia con el momento en que se produce la satisfacción de los acreedores ya que esta se produce cuando no cabe impugnación<sup>256</sup>, es decir se exige un doble requisito que por un lado la firmeza del auto que declara el cumplimiento del convenio y por otro que estén caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento.

## **1. Eficacia del convenio concursal**

Sobre el procedimiento, en primer lugar cesan todos los efectos de la declaración del concurso, aunque según introdujo la reforma operada por la ley 38/2011 el administrador concursal conserva plena legitimación para continuar los incidentes en marcha, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en su seno.

En cuanto a los efectos sobre el deudor, el convenio concursal vincula al mismo y está obligado a satisfacer a los acreedores de la forma prevista en el convenio todas las obligaciones contenidas en él.

En el caso de un convenio aprobado mediante PAC, por tanto a instancias del deudor, los efectos sobre el mismo son fruto de su voluntad y del ejercicio de la autonomía privada negociando con todos o alguno de sus acreedores.

De los efectos sobre los acreedores y sus créditos, hay que matizar que el convenio afecta a todos los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiesen sido reconocidos (art.134 LC)<sup>257</sup>, también a los acreedores privilegiados que hubieran votado a favor de la propuesta o cuya adhesión se hubiera computado como voto favorable. Así pues los acreedores privilegiados solo quedan vinculados con su voto favorable a diferencia de los acreedores

---

<sup>256</sup> Vid. VILLARUBIAS GUILLAMET, F., “La eficacia del convenio en la nueva Ley Concursal”, AAVV, *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, 2005, pp. 4781 - 4802.

<sup>257</sup> Para una mayor información sobre la clase de crédito que compete establecer a los créditos de acreedores ausentes o los créditos no reconocidos vid. VILLARUBIAS GUILLAMET, F., *La eficacia del convenio...*, op. cit., pp. 4796 - 4797.

ordinarios que quedan sometidos al convenio aunque no se hayan adherido o hayan votado a favor del mismo, también quedan sometidos los acreedores subordinados ya que no tienen derecho a voto ni de adhesión a la propuesta de convenio<sup>258</sup>.

## VI. INEFICACIA DEL CONVENIO

La LC en su art. 143.1.4 se limita a establecer que el juez declara por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado, y abrirá de oficio la fase de liquidación, ante tan parca referencia parece razonable referirnos a la diferencia entre nulidad y anulabilidad que contiene el CC.

La nulidad de un negocio jurídico es aquella ineficacia que deriva de una irregularidad en su formación y puede ser declarada por el juez de oficio.

La anulabilidad es aquella ineficacia que reside en la existencia de vicios en alguno de los requisitos esenciales de un negocio jurídico y requieren para ser anuladas del ejercicio de la acción de impugnación.

En cualquier caso resulta altamente improbable que, un convenio que se ha sometido a todos los controles de legalidad y se haya aprobado, adolezca de alguna causa de nulidad o anulabilidad. Pero no puede descartarse en su totalidad y hay que examinar que tratamiento tendrán en caso de detectarse alguna de estas causas.

Habida cuenta que la LC no hace mención sobre esta materia debemos acudir por remisión al derecho común, es decir al código civil, en cuanto a esta materia se refiere, resulta de aplicación la normativa relativa a los negocios jurídicos recogidos en este último cuerpo legal en todo lo no previsto en la LC

---

<sup>258</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 258.

de acuerdo con los principios inspiradores del sistema concursal en general y con las finalidades de la PAC en particular.

En cuanto a los efectos de la declaración de la nulidad del convenio por sentencia estimatoria lleva aparejados el cese de la eficacia del convenio y por tanto los acreedores dejan de estar sometidos a su contenido, provocando dicha anulación la apertura de la liquidación de oficio.

## **VII. TRAMITACION PROCESAL DE LA PAC**

Uno de los principios inspiradores de la reforma del derecho concursal, según establece el apartado II, párrafo segundo, de la Exposición de Motivos de la LC, establece la concentración de normas procesales y materiales en un único texto legal y la disociación con el sistema anterior.

En este sentido la LC incorpora en su articulado tanto normas de derecho material como procesal así en su Título VIII lo dedica a las normas procesales no estando exenta el resto de la ley a distintas remisiones al procedimiento en casos particulares como en el caso de la PAC, todo ello bajo la remisión general a la LEC que efectúa la DF quinta de la LC, como derecho supletorio.

Con ello y a tenor del apartado X, párrafo primero, de la Exposición de motivos la LC *“quiere reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación”*. Es esta pues, una de las metas más importantes que se propone el legislador con la reforma y también una de las finalidades de la PAC. Se trata pues de lo que ocurre con todos los institutos preconcursales que estudiamos en este trabajo y que es común a todos, es decir, la eficacia, la rapidez y el abaratamiento de costes, aunque algunas veces no se consiga en la práctica.

La tramitación de la PAC al igual que cualquier propuesta de convenio está sometida a controles de legalidad y de oportunidad cuyo nacimiento se

establece con la presentación ante el juez y del concurso y se prolonga hasta el cumplimiento del convenio.

A diferencia de lo que ocurre con la propuesta ordinaria de convenio la presentación de la PAC puede seguir una doble tramitación, la fácil y ágil que se corresponde cuando la PAC es aprobada en la fase común, sin la apertura de la fase de convenio, y otra, la alternativa que tiene lugar cuando la PAC no se aprueba en fase común y se abre la fase de convenio.

### **1. Desjudicialización del concurso y negociación preconcursal de la PAC**

En la tramitación de la PAC la fase de negociación entre deudor y acreedores se lleva a cabo extramuros de los tribunales, en este escenario la propuesta de convenio y su aceptación por parte de alguno o todos los acreedores se efectúa antes del inicio del procedimiento. Es una vez negociado el acuerdo y con la obtención de las adhesiones mínimas para poder presentar tal documento, es cuando el deudor presenta la PAC ante el juez del concurso que tiene como primera misión la comprobación de que se ajusta a la LC, así es como se explica la desjudicialización de la misma y como se puede observar la tramitación y los costes son menores sin merma del control de legalidad y oportunidad<sup>259</sup>.

Si bien el inicio de la formación de la PAC, se corresponde con la presentación de la misma ante el juez, esta no se desarrolla en su presencia, ya que existe una fase previa preconcursal extrajudicial pero con cierta trascendencia procesal pues el deudor puede realizar a lo largo de ella actos con trascendencia procesal, como puede ser la comunicación al juzgado del artículo 5bis LC (comunicación al juzgado de inicio de negociaciones para obtener adhesiones).

---

<sup>259</sup> Vid. REVILLA GONZÁLEZ, J. A., “Conclusión del Convenio”, OLIVENCIA RUÍZ, M., FERNÁNDEZ - NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R., *Tratado de Derecho Mercantil. Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid 2008, pp. 173 - 205.

## **2. El control de legalidad**

Una vez presentada en el juzgado de lo mercantil la PAC, el juez debe decidir sobre su admisión o inadmisión, es este el primer control de legalidad, cumpliéndose así con los deseos del legislador de abaratar costes del procedimiento por cuanto de esta manera se evita la presentación de propuestas contra ley.

### **A) Requisitos**

Podemos enumerar los requisitos legalmente exigidos para la presentación de la PAC ante el juez como de forma, documentación que debe acompañarla, contenido de la misma, legitimación y tiempo de presentación.

El primer requisito que se exige es de carácter formal, documental y de contenido, esto es, debe presentarse por escrito y con las firmas que requiere el art. 99 LC, se deberá acompañar un plan de pagos y el plan de viabilidad.

En cuanto al contenido debemos detenernos en uno de los facultativos como es la introducción en la PAC de quitas o esperas o ambas a la vez que superen los límites del artículo 100 LC cuando el plan de viabilidad lo tenga contemplado, pues en este caso se debe solicitar autorización al juez y en este sentido la doctrina entiende<sup>260</sup> que el régimen jurídico de esta autorización es el general contenido en el art. 188 LC y que el momento procesal para solicitar esta autorización es el de la presentación y para resolverlo el de la admisión a trámite de la PAC, ya que el contenido de la propuesta debe ser cierto y los acreedores deben conocer la decisión judicial de autorizar o no las quitas y esperas que superen los límites a partir del momento en que los acreedores puedan manifestarse en cuanto su adhesión.

La legitimación queda establecida en el art. 105 LC que dice que únicamente el deudor que no haya solicitado la liquidación y que no incurra en ninguna de las prohibiciones previstas en este artículo puede presentar la PAC,

---

<sup>260</sup> Vid. SENÉS MOTILLA, C., “La tramitación del procedimiento concursal”, *Poder Judicial*, n° 18, 2004, pp. 559 - 616.

en este caso es de ver que mientras la solicitud de liquidación se haya presentado este hecho impide presentar cualquier tipo de propuesta de convenio<sup>261</sup>, en el caso de exclusión de acreedores esta no es compartida por la propuesta ordinaria ya que esta puede ser presentada por acreedores que reúnan créditos que supongan la superación, conjunta o individualmente, una quinta parte del pasivo (art. 113 LC).

El hecho de que los acreedores no estén legitimados para presentar una PAC deriva de la situación de que esta está encaminada a anticipar la declaración de concurso<sup>262</sup>.

El legislador no contempla la situación en que la PAC sea presentada no sólo con adhesiones que excedan de la quinta o décima parte del pasivo aportado por el deudor sino con adhesiones suficientes para alcanzar la mayoría legal para que pueda ser considerada aceptada, y resulta oportuno plantearse si convendría darle un tratamiento procesal especial a esta situación, puesto que ello supondría adelantar la desjudicialización del procedimiento concursal querido por el legislador, y casaría con las finalidades de la PAC pues ello permitiría obviar la fase de aceptación durante el concurso sin renuncia a los controles de garantía y oportunidad previstos por la LC para el resto de propuestas de convenio. En este caso, después de la admisión a trámite y tras la evaluación por la administración concursal, una vez emitido el informe, se podría proceder directamente a la comprobación y verificación de las adhesiones y a su aprobación en su caso cuando no hubiera oposición o fuera rechazada por el juez de oficio<sup>263</sup>.

Para finalizar este apartado hacemos mención al plazo para presentar la PAC que no es otro que el que establece el art. 104 LC. La posibilidad de ser presentada anticipadamente con relación a la propuesta ordinaria de convenio, en un momento procesal que no es precisamente el del tratamiento del

---

<sup>261</sup> No obstante parte de la doctrina sugiere que, presentada propuesta de convenio después de solicitarse la liquidación se entienda ello como una renuncia tácita a la misma, así VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentarios al artículo 104”, CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Pamplona 2004, pp. 801 - 806.

<sup>262</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 295.

<sup>263</sup> Vid. FERNÁNDEZ, A., THERY, A. y CARLES, J., “La aprobación judicial acelerada de la propuesta anticipada de convenio”, *Anuario de Derecho Concursal*, n° 25, ed. Civitas, 2012, pp. 445 - 464.

convenio, la hace atractiva en aras al ahorro de tiempo ya que como sabemos se puede presentar y aceptar en fase común<sup>264</sup>. La PAC puede ser presentada con la misma solicitud de concurso si este es voluntario, mientras que siendo necesario se puede presentar a partir de la declaración de concurso<sup>265</sup> y en ambos casos hasta la finalización del plazo de un mes del que disponen los acreedores a partir de la última publicación<sup>266</sup>.

### 3. La admisión a trámite de la PAC

El juez una vez presentada la PAC ha de decidir sobre su admisión a trámite, que es cuando procede a realizar un control de legalidad, evidenciando que se cumpla el conjunto de requisitos legales, rechazándola en caso contrario, la ley contempla como causas de dicha inadmisión únicamente no reunir el pasivo legalmente exigido, incurrir en alguna prohibición del art.105 LC e violar las normas sobre el contenido de la PAC, sin mencionar el resto de exigencias en la presentación de la PAC. Sin embargo, si vamos al art. 114.1 LC, regulador de la admisión a trámite de la propuesta ordinaria de convenio, insta que al juez corresponde admitir a trámite las propuestas de convenio si cumplen las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la ley. Se comprueba, pues, que el art.106 LC no indica, como sí hace el art. 114 LC, el tiempo y la forma de la PAC como causas de inadmisión aunque resulta innegable que son obligaciones que debe cumplir cualquier propuesta, por lo que debe aplicarse el art.114.1 LC analógicamente al supuesto de la PAC al existir equivalencia de razón entre los dos supuestos (art. 4.1 CC) y deducirse como régimen general a toda propuesta de convenio, siendo las principios de inadmisión del art.106 las específicas de la PAC.

---

<sup>264</sup> Encontramos autores que, en base a ello, es decir, en base a la posibilidad de presentación y aceptación de la PAC en fase común han llegado a hablar de fases intercaladas, así ROJO FERNÁNDEZ – RÍO, A., *El convenio anticipado*, ed. Civitas, Madrid 2004, p. 12.

<sup>265</sup> Ahora bien, cabría preguntarse qué sucede con la propuesta de convenio presentada por el deudor junto con la solicitud de concurso cuando finalmente éste es declarado necesario, pues en estos casos, como hemos mencionado la propuesta de convenio podrá presentarse a partir de la declaración de concurso, por lo tanto cabría pensar que la propuesta anticipada se ha presentado antes de plazo. Sin embargo autorizada doctrina se pronuncia a favor de mantener su tramitación, así FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M., “Comentarios al artículo 104”, en SAGRERA TIZÓN J. M.; SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Bosch, septiembre 2004, p. 1237 - 1239.

<sup>266</sup> Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios al artículo 104*, op. cit., p. 801 - 806.



Debemos tener en cuenta que el párrafo 2 del art.106 LC presagia la contingencia de que el juez aprecie algún defecto idóneo de subsanación y otorgue un plazo al deudor para su subsanación.

La diferencia entre los dos supuestos es notable por los resultados a los que conducen unos y otros: si se trata de defectos que pueden ser subsanados, el juzgador concederá un plazo de subsanación, mientras que los defectos no subsanables determinan directamente la inadmisión a trámite de la PAC.

### **A) Prueba de las prohibiciones**

El juez debe comprobar el cumplimiento de las exigencias para la admisión a trámite de la PAC en el instante de la presentación, examinando la documentación aportada por el deudor dentro de los diez días después a la participación del auto de declaración de concurso, según si el concurso es voluntario o necesario.

También debe examinar el propio texto de la PAC, y los instrumentos que deben seguirla, pues este puede comprobar si existe alguna causa de inadmisión concernientes a las obligaciones formales y de contenido de la PAC, a la documentación que debe acompañarla, al plazo de presentación, a la adhesión de la quinta o décima parte del pasivo presentado por el deudor y a la inexistencia de solicitud de la liquidación. Cosa que no ocurre en el caso de que la causa de inadmisión consista en alguna de las prohibiciones del art.105 LC.

Respecto a la prohibición del art.105.1.2 LC, la LC obliga al deudor a acompañar la petición de declaración de concurso las cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios (art.6.3.1 LC), , pero nada se dice sobre la presentación, con la PAC.

La segunda prohibición del art.105 LC, consistente en la condena por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los

derechos de los trabajadores, la LC exige que se aporte resolución firme de condena para probar que concurren en el deudor de esta prohibición hecho que el deudor no aportara por cuanto no quiere trabas en la finalización de la PAC y será la administración concursal en su caso quien deberá asegurarse de que no concurre esta causa.

## **B) Prohibiciones detectadas con posterioridad a la admisión a trámite y audiencia al deudor**

Puede ocurrir que en el momento de presentar la PAC exista la prohibición pero que no llegue a conocimiento del juez hasta que haya sido admitida a trámite la PAC o que el deudor incurra en la prohibición después de la admisión a trámite. Caso que se dará si la sentencia adquiere firmeza después de la admisión a trámite. Con lo cual el juez, de oficio, a instancia de la administración concursal o de parte a continuación de oír al deudor declara sin efecto la propuesta y pone fin a su tramitación.

La LC contempla el escenario en que la prohibición es detectada después de la admisión a trámite, pero no tiene en cuenta qué sucede si el deudor incide en alguna de las contravenciones del art. 105 LC y este suceso no llega a oídos del juez durante la tramitación de la PAC.

La solución a esta cuestión no es pacífica en la doctrina, que se ha pronunciado en sentidos diversos.

Un sector de la doctrina opina que si estas prohibiciones no son conocidas antes de la aprobación del convenio, pueden operar después como causas de nulidad<sup>267</sup>.

Por el contrario otro sector considera que admitirlas como causa de nulidad resultaría una solución exagerada, ya que una PAC aceptada por los acreedores, aprobada por el juez y que ya ha iniciado su eficacia, pasaría a la apertura de la fase de liquidación del patrimonio del deudor (art.143 LC)<sup>268</sup>. Por ello, entienden que no pueden ser alegadas en ningún caso como causa de

---

<sup>267</sup> Así ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., *El convenio anticipado*, op. cit., p. 74 - 75.

<sup>268</sup> En este sentido DE LA CUESTA RUTE, J. M., *El convenio concursal...*, op. cit., p. 78.

nulidad del convenio ni cabe llevar sus efectos más allá de la aprobación judicial de la PAC. Para este sector doctrinal la subsistencia de una prohibición no cabría entenderse como una causa de nulidad del convenio ni siquiera como causa oposición a la aprobación, ya que no es una causa de oposición al convenio contemplada en el art. 128.1 LC, sino que la aprobación judicial produciría un efecto convalidatorio en cuanto a la validez de las prohibiciones no apreciadas hasta ese momento<sup>269</sup>.

### **C) La resolución judicial sobre la admisión a trámite de la PAC**

Presentada la propuesta de convenio ante el Juzgado competente, deberá el Juez resolver sobre su admisión a trámite. La resolución judicial por la cual se decidirá sobre la admisión a trámite de la PAC deberá revestir forma de Auto y la misma deberá emitirse dentro de los tres días siguientes al de presentación de la PAC – caso de presentarse la PAC con la solicitud del concurso voluntario o antes del auto de declaración judicial de éste se resolverá sobre la admisión a trámite de la PAC en el mismo auto de declaración del concurso –, art. 106 LC.

En cualquier caso dicho Auto deberá ser motivado y en él deberá ponerse de manifiesto el control jurisdiccional de la legalidad, en otras palabras, deberá el Juez examinar el cumplimiento de los requisitos de presentación de la propuesta, pues de ellos dependerá el pronunciamiento de la resolución.

En efecto, de apreciarse causa de inadmisión por defecto subsanable el Juez ordenará que se notifique al concursado para que en los tres días siguientes a la notificación pueda subsanarlo, caso de transcurrir el plazo sin que el deudor haya procedido a subsanar el defecto detectado el Juez procederá a inadmitir la PAC y proseguirá la tramitación de la fase común. Por su parte, de apreciarse causa de inadmisión por defecto insubsanable el Juez

---

<sup>269</sup> Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Comentarios al artículo 105”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal* (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal), ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 1066 - 1075.

inadmitirá a trámite la PAC y tal y como acontecía en el caso anterior sigue la tramitación de la fase común. Finalmente, de no apreciarse causa de inadmisión o, en su caso, subsanada la detectada, el Juez resolverá la admisión a trámite de la PAC, deberemos tener en cuenta que a partir de este momento la propuesta de convenio no podrán revocarse ni modificarse (art. 114 LC).

Así mismo resulta relevante el trámite de notificación, puesto que como resolución judicial que es, el Auto de admisión o inadmisión de la PAC debe notificarse a todos los que sean parte en el proceso (art. 150 LEC), más, siendo éste Auto de admisión a trámite de la propuesta el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las partes personadas, no solamente del Auto, sino que al mismo adjuntará el documento de la PAC (art. 99 LC). El traslado de este documento reviste especial trascendencia puesto que supone el inicio del plazo del que disponen los administradores concursales para proceder a su evaluación (art. 107 LC), pero es que además va a suponer el comienzo del plazo para que cualquier acreedor pueda manifestar su adhesión a la propuesta (art. 108 LC).

Cabe señalar, finalmente, la expresa exclusión de recurso del pronunciamiento judicial sobre la admisión a trámite de la PAC (art. 106.4 LC), aun cuando dicho pronunciamiento se realice en el Auto de declaración de concurso<sup>270</sup>.

#### **4. El control de oportunidad sobre la PAC admitida a trámite**

El análisis que el juez efectúa sobre la PAC presentada quiere asegurar que ésta cumple todos los requisitos legales y que consecuentemente ya puede ser sometida al examen de los acreedores.

No obstante este cumplimiento legal no significa que sea la solución que mejor satisface a los acreedores. La decisión sobre si la PAC es la solución

---

<sup>270</sup> En este sentido JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 469. Por el contrario hay autores que entiende que contra el Auto que inadmite la propuesta cabría interponer recurso de reposición, así DE LA CUESTA RUTE, J. M., *El convenio concursal...*, op. cit., p. 83.

satisfactoria para a los acreedores únicamente puede proceder de los propios acreedores pues son ellos los que pechan con los costes y beneficios de esta decisión.

Pretende la LC potenciar la autonomía privada de los acreedores, y son éstos los que deciden sobre la ventaja de una determinada propuesta.

Esta tarea de transmitir a los acreedores la información necesaria para decidir sobre si les conviene o no la PAC la lleva a cabo la administración concursal, bajo la supervisión del juez del concurso, mediante el control de oportunidad de la PAC que supone el trámite de evaluación. Es por este motivo que la LC prevé que una vez admitida a trámite la PAC, sea trasladada a la administración concursal para que en un plazo no superior a diez días ésta realice una evaluación sobre dicha propuesta (art.107.1 LC).

#### **A) Soporte de la valoración de la PAC**

El procedimiento concursal tiene por objetivo aminorar los costes que se producen en extrajudicialmente y que impiden la obtención de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores sin la intervención judicial, debido a las diferencias informativas que tienen algunos acreedores y que les imposibilitan saber cuál es el uso recomendable del patrimonio del deudor que optimice la satisfacción de sus intereses.

La valoración de la PAC forma parte de esta función de información que tiene la administración concursal.

De una parte, esta evaluación cumplida por la administración concursal sirve para que los acreedores aún no adheridos a la PAC tengan información suficiente para adherirse o no a la propuesta de convenio.

Por otra, según los arts. 107 y 115 LC, la evaluación de la administración concursal consume en la PAC una función de información y orientación al juez del concurso, que es a quien le corresponde el control de legalidad de los actos y por lo tanto no tiene un idea directa de la estado económico - patrimonial del deudor, pues es la administración concursal la que tiene acceso a este conocimiento y luego lo transfiere al juez.

## **B) Objeto y contenido de la evaluación de la PAC**

Admitida a trámite y trasladada a la administración concursal, la PAC, se debe ajustar su contenido en atención al plan de pagos y en su caso al plan de viabilidad que la acompañen.

Esta evaluación lo es en el aspecto económico de la PAC, afirmación, coincidente con la mayoría de la doctrina<sup>271</sup>, aunque esta no es pacífica pues no hay acuerdo en determinar el trascendencia de esta evaluación, mientras para algunos autores el alegato de evaluación debe limitarse a expresar la aptitud de la propuesta desde la perspectiva del plan de pagos y el plan de viabilidad, para otros es preciso que la administración concursal se emita opinión sobre las contingencias de pago a los acreedores a través del convenio, pues la circunscripción del trascendencia de la evaluación llevada a cabo por la administración concursal sobre la PAC debe partir del fundamento de la evaluación, que es principalmente el de informar a los acreedores para que puedan ventilar si la propuesta que se les somete a su aquiescencia es la solución que mejor satisface sus créditos. Y esta información es precisamente la que proporciona la viabilidad de la PAC.

Así pues, esta evaluación de la PAC que debe efectuar la administración concursal lo es para cumplir con la función informativa que tiene asignada y proporcionar a los acreedores la información para decidir si adherirse o no a la propuesta, debería determinar si puede esperarse que la promesa, sea cumplida y que la satisfacción a los acreedores se pueda llevar a término en los pactos establecidos.

Además, si esa propuesta es la mejor para la mayoría de acreedores, pues de no incluirse esta información en la evaluación de la administración concursal, los acreedores carecerían de elementos para decidir si aceptar la PAC o presentar ellos una propuesta de convenio o rechazar cualquier propuesta de convenio del deudor para excitar el comienzo de la fase de liquidación.

---

<sup>271</sup> Vid. NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal (con referencia también a la documentación complementaria)*, ed. La Ley, Madrid 2008, pp. 170 -172.

El plazo de la administración concursal es de diez días para realizar su evaluación en un instante del procedimiento en que aún no se sabe con exactitud ni el activo ni es pasivo del deudor ya que los administradores concursales solo tienen a su disposición la documentación contable y económica aportada por el deudor (art.6 LC), bien con la solicitud de declaración de concurso voluntario o bien a requerimiento de la resolución judicial de declaración de concurso necesario, junto con el plan de pagos y el plan de viabilidad (arts. 100.4 y 100.5 LC) que se presentaron con la PAC.

Si bien aún no han hecho ni el informe ni el inventario ni la lista de acreedores y estas, podrían presentar modificaciones respecto de la documentación presentada por el deudor, por lo tanto no tienen todavía una información completa y definitiva sobre la situación patrimonial del deudor. Por ello la LC consiente a la administración concursal emitir, además de una evaluación favorable o desfavorable cuando la situación sea clara, cuando no lo es tanto permite una evaluación favorable con reservas.

## **5. El control de legalidad y de oportunidad sobre la PAC aceptada. La aprobación judicial.**

Admitida a trámite la PAC queda determinado el plazo para que cualquier acreedor manifieste su adhesión, a la vista de las mismas y de la evaluación que efectúe la administración concursal, esta puede ser aprobada.

### **A) Fase Común**

La PAC se caracteriza entre otras cosas, en su tramitación procesal de carácter anticipado, también se puede presentar con la declaración de concurso voluntario o a partir de la declaración de concurso necesario hasta la finalización del plazo de comunicación de créditos, es decir en el momento procesal oportuno anterior a la propuesta ordinaria, como ya sabemos.

No obstante el régimen procesal de la PAC comprende también la anticipación de su aceptación por parte de los acreedores, habilitando un plazo específico sin que los acreedores tengan que esperar a la apertura de la fase

de convenio, cosa que ocurre si se trata de una propuesta ordinaria de convenio.

El plazo antedicho según establece el art. 108.1 LC va desde la admisión a trámite de la PAC hasta la finalización del plazo para la impugnación del inventario y lista de acreedores, así pues puede ser aceptada en fase común con el ahorro de tiempo y costes que ello conlleva.

## **6. Aprobación judicial anticipada**

Cuando tratamos de la naturaleza jurídica del convenio vimos que esta viene determinada por dos elementos, el consistente en que el convenio necesita la aprobación judicial para la validez de sus efectos y el relativo a que estos efectos se extienden más allá de las partes que han aceptado el mismo sino también a los acreedores ausentes y disidentes.

De esta manera una vez aceptada la PAC esta vuelve a pasar el filtro de un nuevo control de legalidad y oportunidad después de haber superado el de admisión a trámite, control que realiza el juez y además el control de la evaluación de la administración concursal, a fin de que pueda ser eficaz ante todos los acreedores ordinarios y subordinados y no solo frente a los que prestaron su consentimiento al convenio.

El nuevo control tiene su justificación como consecuencia de las nuevas adhesiones, pues estas no han sido examinadas todavía, así como por la publicación de los textos definitivos contenido en el informe elaborado por la administración concursal con los documentos que la acompañan a los que se adecuara el contenido de la PAC.

El trámite de aprobación judicial se justifica en el aseguramiento de que ningún convenio tenga vicios que lo hagan inviable, así puede considerarse que el trámite de aprobación es una adaptación del régimen general



contractual trasladado al especial negocio jurídico que es el convenio concursal<sup>272</sup>.

El fin último de ese control es evitar en la medida de lo posible, los daños que se derivarían en caso de anulación, por eso se articula un trámite que permite al juez y a las partes denunciar vicios antes de que el convenio despliegue su eficacia, de modo que si bien no se elimina totalmente la posibilidad de anular un convenio ya eficaz si se reduce al máximo la posibilidad de su anulación.

### **A) Verificación de las adhesiones**

Es función del Secretario judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia, verificar si las adhesiones consisten en la mayoría exigida por el artículo 109.1 LC, esta función de verificación fue introducida por Ley 13/2009 pues con anterioridad era el Juez quien desempeñaba tal cometido, reivindicación que venía efectuando parte de la doctrina<sup>273</sup>.

### **B) Oposición a la aprobación del convenio**

La oposición consiste un mecanismo en evitación de convenios que puedan adolecer de vicios en su formación y estos despliegan sus efectos y su posterior anulación que dichos defectos perjudiquen a los acreedores debido a los costes que esta situación les haría soportar.

Pero como acabamos de decir, la oposición tiene como fundamento evitar los costes de la anulación de un convenio y el perjuicio que dicha oposición supondría para la satisfacción de los acreedores, cabe entender que el control no se limita la legalidad de la PAC sino también a su oportunidad o conveniencia.

---

<sup>272</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Comentarios al artículo 128”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 1209 - 1212.

<sup>273</sup> CORDÓN MORENO, F., “Comentarios al artículo 109”, en CORDÓN MORENO, F. (dir.) AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Pamplona 2004, p. 833.

La oposición es un control sobre la legalidad de la PAC y también un control sobre su oportunidad o conveniencia del convenio antes de proceder a su aprobación y despliegue de su eficacia.

#### **a) Plazo y legitimación**

El plazo para formular oposición es de 10 días, contados desde el día siguiente a la fecha en que el letrado de la administración de justicia haya verificado que las adhesiones presentadas llegar a la mayoría legal para la aceptación del convenio.

La legitimación activa prevista en la LC la tienen aquellos acreedores que no se hubiese adherido a la PAC (art. 128 LC)<sup>274</sup>. También está legitimada la administración concursal para ponerse a aprobación del convenio cualquiera que sea la causa de oposición.

Aunque el art. 129 de la LC no contiene ninguna mención expresa respecto a la legitimación pasiva debe entenderse dirigida la demanda de oposición contra el deudor y los acreedores que se hayan adherido a la PAC pues según las normas generales del incidente concursal se entiende como personas demandadas aquellos contra las que se dirige a la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora. (art.193.1 LC).

#### **b) Causas de oposición**

Estas vienen previstas en art. 128 LC, y debemos atender a los vicios que se atacan ya sean estos subsanables o no.

En cuanto los defectos subsanables debemos indicar que se encuentran la infracción de la norma y el contenido las adhesiones, de defectos subsanables debemos distinguir entre los relativos a la legalidad del convenio y a los referentes a la oportunidad de este.

---

<sup>274</sup> El art. 128 también hace referencia a los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de PAC o tramitación escrita, quienes no se hubiesen adherido a ella.

Finalmente, constituye causa de oposición por defecto insubsanable la inviabilidad del cumplimiento del convenio siendo esta causa de oposición una novedad destacable respecto al derecho concursal anterior<sup>275</sup>.

### **c) Tramitación de la oposición**

El Procedimiento para tramitar la oposición al convenio es el incidente concursal. La demanda que presenta la administración concursal o los acreedores debe revestir la forma prevista en el art. 399 LEC. La oposición se resuelve mediante la pertinente resolución judicial en forma de sentencia. Esta sentencia puede ser estimatoria o desestimatoria de la oposición y por tanto rechazar la aprobación del convenio u conceder un plazo para subsanar la infracción o bien desestimatoria de la oposición y por tanto aprobar por el convenio.

Contra la sentencia que estime la oposición por defectos no subsanable cabe plantear recurso de apelación, siendo esta norma una excepción al régimen general en materia de recursos ya estos no se admiten contra sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en fase común o en la de convenio, aunque las partes puede reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubiese formulado protesta del plazo de cinco días.

### **d) Rechazo de oficio del convenio aceptado**

Este control oficial será únicamente de legalidad del convenio por parte del juez puesto que se le asigna el deber de rechazar la aprobación del convenio cuando concurren determinadas circunstancias.

La ley guarda silencio en cuanto al plazo del que dispone el juez para poder realizar el control de legalidad del convenio en función del cual puede rechazarlo de oficio, Pero la doctrina opina que este plazo es de 10 días computados desde el siguiente a la fecha de notificación a las partes

---

<sup>275</sup> Vid. arts. 16 LSP y 902 CCom.

personales del decreto que proclama el resultado de la verificación de las adhesiones presentadas art. 128 LC<sup>276</sup>.

Las causas del rechazo de oficio vienen establecidas en el art. 131 LC, siendo estas las mismas que las causas de oposición a excepción de la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio, que en ningún caso puede ser apreciada de oficio por el de oficio juez, que demuestra que el control judicial sobre el convenio se limita a la legalidad en ningún caso a la oportunidad o viabilidad del convenio<sup>277</sup>.

La resolución judicial para el caso de rechazo de oficio debe ser en forma de sentencia puesto que afecta a los recursos que sobre esta pueden plantearse<sup>278</sup>.

En cuanto al contenido de la sentencia es el mismo que el de la sentencia estimatoria de la oposición<sup>279</sup>.

En el mismo sentido para el caso de aprobación de la PAC el juez dictara sentencia aprobatoria del convenio, esta pone fin a la fase común del concurso, sin pasar por la fase de convenio, y declarara aprobado de forma anticipada este con los efectos que establecen los arts. 133-136 LC.

Contra la misma cabe recurso de apelación, de tramitación preferente, y también recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

---

<sup>276</sup> Vid. QUIJANO GONZÁLES, J., “Comentarios al artículo 131”, en SÁNCHEZ - CALERO, J., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, ed. Lex Nova, Valladolid 2004, pp. 2448 - 2449.

<sup>277</sup> REVILLA GONZÁLES, J. A., “Conclusión del concurso”, en OLIVENCIA RUIZ, M., FERNÁNDEZ - NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R., *Tratado de derecho mercantil. Derecho procesal concursal*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid 2008, p. 182.

<sup>278</sup> En este sentido se pronuncia la jurisprudencia mayoritaria, así SJM nº 7 de Madrid, de 12 de noviembre de 2007, establece que “*la Ley concursal no establece expresamente la forma en que debe adoptarse la resolución rechazando de oficio el convenio; no obstante, dado que por sentencia se aprueba el convenio y también por sentencia se resuelve el incidente de oposición al mismo, parece que la sentencia debe ser el modo por el que se adopte la resolución de rechazo de oficio del convenio*”.

<sup>279</sup> Aun que nada establezca el art. 131 al respecto, el Juez estará facultado para realizar la correcta interpretación del convenio caso de ser necesario, en este sentido se ha pronunciado tanto doctrina, vid. JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 352, nota 693, como la jurisprudencia vid. SJM nº 1 de Madrid, de 30 de enero de 2006.

## **VIII. CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO**

El cumplimiento compone la última etapa del convenio concursal, es decir el respeto a la finalidad para la que el convenio se celebra, que comporta la extinción de las obligaciones contenidas en el convenio y la consiguiente liberación del deudor.

Dando satisfacción a los intereses de las partes, en especial de los acreedores, fin último del concurso al que se dirigen las finalidades de la PAC.

Por ello resulta fundamental para garantizar la consistencia del régimen jurídico de la PAC que este incorpore las medidas precisas para certificar el cumplimiento del convenio, pues así se asegura la obtención de la función del concurso, es decir la satisfacción de los acreedores.

### **1. Las medidas de aseguramiento del cumplimiento del convenio**

El legislador prevé un conjunto de medidas para asegurar el cumplimiento del convenio.

Una de ellas consiste en la contingencia de que las partes estipulen en el convenio la interdicción o restricción de las facultades de administración y disposición del deudor durante la fase de ejecución del convenio (art.137 LC).

Estas medidas prohibitivas o limitativas de las facultades del deudor, pueden tener consecuencias forzosas para los intereses de los acreedores, ya que pueden conducir a la declaración de incumplimiento del convenio.

Otra medida para asegurar el cumplimiento del convenio prevista por el legislador consiste en el deber que tiene el deudor de informar sobre el cumplimiento del convenio (art. 138 LC) y que se realiza informando al juez del concurso sobre su cumplimiento cada seis meses, a partir de la fecha de la sentencia aprobatoria del convenio.

El principal interesado en el cumplimiento del convenio es el deudor, no sólo porque éste implica la extinción de las obligaciones que tiene contraídas con sus acreedores, sino por las prerrogativas que el convenio le pueda reportar a él.

En cualquier caso, no es el solo alcanzar el cumplimiento del convenio la única razón para aplicarle el deber de comunicar sobre el cumplimiento del convenio. La razón esencial por la que es el deudor debe informar reside en que él es el que está mejor situado para cumplir esta obligación, ya que dispone de toda la información sobre el cumplimiento del convenio.

La LC no contiene una sanción ante el incumplimiento de este deber, puesto que se entiende que las ventajas del cumplimiento del deber de información que se derivan para el deudor son suficiente estímulo para asegurarlo, sin ser necesaria una sanción que motive al deudor a cumplir con su obligación.

## **2. Propuestas no aprobadas anticipadamente.**

En caso de que no proceda la aprobación anticipada del convenio, el deudor, bajo requerimiento judicial, podrá tomar la decisión de solicitar la apertura de la fase de convenio, fase en la que así mismo podrá mantener la propuesta de convenio que no ha sido aprobada anticipadamente, modificarla o incluso formular otra nueva, o solicitar la liquidación de su patrimonio, art. 110 LC.

Es claro como el legislador con esta medida de nuevo trata de favorecer la solución negociada del concurso de acreedores.

Así la Ley permitirá que una propuesta de convenio no aprobada en la fase común, pueda prosperar durante la segunda fase del procedimiento concursal consiguiendo el respaldo necesario de los acreedores, ya sea por medio de sus adhesiones o mediante sus votos en junta de acreedores.

Nos encontramos ante una medida que permitirá la continuidad de las negociaciones entre el deudor y los acreedores, sin malograr lo ya realizado, puesto que ya se cuenta con el consentimiento de parte de los acreedores, en

muchas ocasiones de la quinta o la décima parte del pasivo ordinario pues es ello requisito necesario para la aceptación de la propuesta anticipada de convenio, más se espera reunir las adhesiones o votos suficientes para la aceptación del convenio que no han podido alcanzarse, por la exigua información que la tramitación de la propuesta anticipada ofrece a los acreedores, impedimento que no se observa en esta fase en la que ya se cuenta con toda la información patrimonial del deudor<sup>280</sup>.

Hay que mencionar, además, como de la dicción literal del precepto se desprender como podrán ampararse al mismo todos los casos en los que no procediera la aprobación anticipada del convenio, por lo que importante resulta clarificar el término “aprobación”, pues no en todos los supuestos el convenio se someterá a la aprobación judicial.

En efecto, para que esta medida prospere será necesario que la propuesta de convenio haya sido admitida por el órgano judicial competente, pues caso de inadmisión el convenio siquiera procederá a someterse a aprobación, por tanto no puede llegar a “no aprobarse”<sup>281</sup>.

Hechas las anteriores precisiones resulta necesario determinar en qué supuesto de improcedencia de aprobación judicial de la propuesta se procederá a efectuar el requerimiento.

Al respecto conviene señalarse que deberá el Juez realizar el requerimiento cuando la propuesta anticipada no haya alcanzado por el sistema de adhesiones las mayorías requeridas para considerar aceptada la propuesta (vid. arts. 124 y 125), ya bien sea por falta originaria de adhesiones suficientes o por haberse revocado algunas de las realizadas (art. 108 LC), cuando haya prosperado la oposición de los acreedores que no se hubiesen adherido a la PAC o cuando transcurrido el plazo de un mes para la

---

<sup>280</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 354.

<sup>281</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Comentarios al artículo 110”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 1097.

subsanción de los defectos que se aprecien en la forma o en el contenido de las adhesiones, no hubiera tenido lugar dicha subsanción<sup>282</sup>.

También deberá realizarse el requerimiento cuando sea estimada la oposición a la aprobación judicial por infracción de las normas legales sobre el contenido del convenio o su inviabilidad objetiva (art. 128 LC) o cuando el Juez lo haya rechazado de oficio, pues la ilegalidad e inviabilidad que ello supone va a poder salvarse con la modificación del convenio o con la presentación de uno nuevo<sup>283</sup>.

Por el contrario no será de aplicación este precepto cuando no se haya superado el primero de los controles judiciales de forma y contenido, puesto que ello supondrá que la propuesta no ha sido admitida por el Juez (art. 106 LC), lo que consecuentemente produce que la propuesta se deje sin efecto y el convenio siquiera proceda someterse a aprobación, tal y como sucederá cuando, admitida a trámite la propuesta decida el Juez dejarla sin efecto a la vista del informe desfavorable o con reservas de la administración concursal (arts. 105 y 107 LC)<sup>284</sup>. Tampoco procederá requerimiento al deudor cuando, en el mismo escrito de presentación de la PAC hubiera optado el deudor por la liquidación para el caso de no prosperar el convenio<sup>285</sup>.

Lo dicho anteriormente supone que cuando así proceda el juez requerirá de inmediato al deudor para que, en el plazo de tres días, ejercite su derecho de opción entre solicitar la apertura de la fase de convenio o la liquidación.

---

<sup>282</sup> ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., *Comentario al artículo 110*, op. cit., p. 1988, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Comentarios al artículo 110*, op. cit., p. 1098, DE LA CUESTA RUTE, J. M., *El convenio concursal*, op. cit., pp. 100 - 101, ENCISO ALONSO - MUÑUER, M., *La judicialización de los convenios...*, op. cit., p. 290, JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 355.

<sup>283</sup> Ello no era posible con anterioridad a la reforma introducida por el RDL 1/2015, puesto que no manifestaba el art. 110 LC la posibilidad de modificar o presentar nueva propuesta de convenio, ciñéndose simplemente a permitir el mantenimiento, en iguales términos y contenido, de la propuesta anticipada tramitada en fase común, lo que consiguientemente no permitía el mantenimiento de la propuesta ilegal o inviable, así ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., “Comentario al artículo 110”, ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (Dirs.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, ed. Thomson Civitas, Madrid 2004, p. 1988, JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 355.

<sup>284</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Comentarios al artículo 110*, op. cit., pp. 1097; ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., *Comentario al artículo 110*, op. cit., p. 1988.

<sup>285</sup> ENCISO ALONSO - MUÑUER, M., *La judicialización de los convenios...*, op. cit., pp. 291 - 292.



Nada dice la Ley respecto de la forma que debe revestir el requerimiento, más ello dependerá del momento en que se realice. Así cuando no se hayan logrado las adhesiones de los acreedores necesarias para entender aceptada la propuesta en virtud del art. 109 LC el Juez dictará auto abriendo la fase de convenio o liquidación, lo que consecuentemente permite inferir que deberá requerirse al deudor con anterioridad, pues deberá ponerse en conocimiento del Juez la decisión del deudor de mantener, modificar, presentar nueva propuesta o solicitar liquidación, así pues firme la providencia que verifique el resultado de las adhesiones presentadas se acordará el requerimiento por providencia<sup>286</sup>. En los demás supuestos el Juez, sin dilación alguna, después de la sentencia que estime la oposición o rechace de oficio el convenio se dictará providencia<sup>287</sup>.

La notificación del mencionado requerimiento, como ya hemos referenciado en líneas anteriores, abre al deudor un plazo de tres días en el que podrá optar por mantener una actitud pasiva ante el requerimiento, situación admitida si tenemos en cuenta la redacción del art. 111 LC, el cual establece que cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación y no haya sido aprobada ni mantenida una PAC el Juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la sección quinta, en otras palabras, si el deudor resuelve mantenerse impasible durante el plazo de tres días, el Juez abrirá la fase de convenio<sup>288</sup>.

Así mismo podrá el deudor optar por mantener, modificar e incluso presentar una nueva propuesta de convenio, y aunque todos los supuestos continuarán su tramitación en fase de convenio, caso de optar el deudor por el mantenimiento de la propuesta, es decir, sin introducir modificación alguna

---

<sup>286</sup> ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., *Comentario al artículo 110*, op. cit., p. 1989, ENCISO ALONSO - MUÑUMER, M., “El mantenimiento de la propuesta...”, art. cit., p. 2.

<sup>287</sup> ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., *Comentario al artículo 110*, op. cit., p. 1989; ENCISO ALONSO - MUÑUMER, M., “El mantenimiento de la propuesta anticipada de convenio de concurso no aprobada: presupuestos, opciones y efectos”, en PULGAR EZQUERRA, J. (coord.), *Práctica del Derecho Concursal*, n° 21900/2009, ed. La Ley, 2009, p. 2, en cambio encontramos autores que entienden que dicho requerimiento deberá incorporarse a la propia sentencia que estime la oposición o rechace de oficio, JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 356.

<sup>288</sup> DE LA CUESTA RUTE, J. M., *El convenio concursal*, op. cit., pp. 103 - 105, ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., *Comentario al artículo 110*, op. cit., p. 1990.

sobre la misma, el Juez, sin necesidad de nueva resolución sobre dicha propuesta ni informe de la administración concursal (art. 111 LC) dictará Auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la segunda fase de convenio, ordenando la formación de la sección quinta y convocando la junta de acreedores o, en su caso, acordando la formación escrita del convenio, pues nada obsta para que, en virtud de lo establecido en el art. 113 LC los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores presente propuesta ordinaria de convenio, en cuyo caso se deliberará y votará en primer lugar sobre la propuesta presentada por el concursado y si no fuese aceptada, se procederá del mismo modo con las presentadas por los acreedores (art. 121 LC)<sup>289</sup>.

Que el deudor mantenga la propuesta supondrá además que los acreedores adheridos a la misma se tengan por presentes a la Junta a efectos de quórum reputando sus adhesiones como votos a favor para el cómputo del resultado, sin embargo permite la Ley revocar las adhesiones (art. 110 LC), revocación que podrá realizarse en el mismo acto de la Junta (art. 121 LC) o con anterioridad a su celebración, sin que para ello se exija formalismo alguno<sup>290</sup>.

Finalmente también podrá el deudor inclinarse por solicitar la liquidación, en cuyo caso el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación (art. 142 LC).

### **3. La declaración judicial de cumplimiento del convenio.**

El deudor además de informar al juez del concurso sobre el cumplimiento del convenio cada seis meses, cuando el convenio este cumplido, tiene que presentar el informe sobre el cumplimiento del convenio con la justificándolo y solicitar la declaración judicial de cumplimiento (art.139.1

---

<sup>289</sup> JAQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 357 nota 700.

<sup>290</sup> FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M., “Comentarios al artículo 110”, en SAGRERA TIZÓN J. M.; SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Bosch, septiembre 2004, p. 1284.

LC). No obstante el incumplimiento de este deber no conllevará ninguna sanción.

Si, en cualquier caso, el deudor acaba incumpliendo su obligación y existen daños a los acreedores, estos siempre podrán solicitar la declaración de incumplimiento.

El legislador hace incurrir los deberes aludidos sobre el deudor, quien está en mejor situación para proporcionar el examen sobre el cumplimiento del convenio y más motivado para solicitar el cumplimiento<sup>291</sup>.

La LC no tiene previsto que la declaración judicial de cumplimiento del convenio la pida ningún otro interesado, ni los acreedores ni la administración concursal.

El juez tampoco puede declararla de oficio, a pesar de su deber de inspeccionar los informes semestrales que le exhibe el deudor y de los que lograría comprobar el cumplimiento del convenio.

Algunos autores proponen que se nombre en el convenio una comisión de vigilancia de su cumplimiento o asignar a los administradores concursales funciones de administración del patrimonio del deudor en la fase de cumplimiento del convenio, lo que les atribuirá legitimación activa para solicitar la declaración de cumplimiento<sup>292</sup>.

Los acreedores tienen acceso al informe final y por tanto supone un mecanismo más de información para ellos.

Una vez el deudor haya presentado la solicitud de declaración judicial de cumplimiento acompañada del informe correspondiente, estos documentos son exhibidos en la secretaría del juzgado por orden del juez (art.139.1 LC).

---

<sup>291</sup> MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "Comentario al artículo 139", en SÁNCHEZ - CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, ed, Lex Nova, Valladolid 2004, pp. 2521 - 2523.

<sup>292</sup> VARA DE PAZ, N., "Comentario al artículo 139", en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004, p. 1270.

Después de quince días desde la puesta de manifiesto, el juez, si estima cumplido el convenio, lo declara mediante resolución en forma de auto, al que dará la misma publicidad que a su aprobación (art.139.2 LC). Los acreedores disponen de mecanismos para defender sus intereses si entienden que aquel cumplimiento no es correcto, pues pueden interponer recurso de reposición contra el auto que declara el cumplimiento del convenio (art. 197.3 LC) o bien solicitar la declaración de incumplimiento dentro de los dos meses contados desde la última de las publicaciones del auto de cumplimiento del convenio (art.140.1 LC).

#### **4. Conclusión del concurso por cumplimiento del convenio**

Cuando el auto de declaración de cumplimiento es firme transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, han sido rechazadas por resolución judicial firme las que se hubiesen ejercitado, el juez dicta auto de conclusión del concurso al cual se da la publicidad prevista en los arts. 23 y 24 LC.

El auto de conclusión del concurso obtiene una notabilidad especial en relación al convenio, puesto que enuncia el despliegue de los efectos extintivo, de satisfacción y liberatorios de la PAC y que todo negocio jurídico produce en el momento del pago o cumplimiento de la obligación que de él se derive<sup>293</sup>.

El cumplimiento del convenio, admite por un lado la extinción de las obligaciones nacidas del convenio y el resultante rescate del deudor, de manera que queda desvinculado de sus acreedores y acaban las medidas limitativas o prohibitivas que afectaban las facultades de disposición y administración de su patrimonio en su caso. Y por otro, supone el pago a los acreedores y por lo tanto la ejecución de la función del concurso.

La especial naturaleza del convenio concursal, induce a que si bien el momento de su cumplimiento es el que determina el inicio de los efectos mencionados, esto es la extinción de las obligaciones, la satisfacción de los

---

<sup>293</sup> Vid. LACRUZ VERDEJO, J. L. (AA.VV), *Elementos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, vol 1, ed. Bosch, Barcelona 1994, pp. 137 - 141.

acreedores y la liberación del deudor, se requiera el reconocimiento por parte del juez de dicho cumplimiento, contenido en el auto de conclusión del concurso, constatándolo frente a todos.

## **IX. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO**

Lo establecido en el convenio debe ser atendido en sus propios términos, en el tiempo y forma pactados. No obstante el cumplimiento puede verse impedido por varios motivos.

La doctrina reconoce como supuestos de incumplimiento de las obligaciones: el retraso del deudor en el pago, la imposibilidad definitiva del cumplimiento, la inexactitud en la realización de la prestación o la falta de disposición del deudor a consumarlo. Todos estos supuestos pueden acontecer a lo largo de la vigencia del convenio y así lo admite la LC, si bien no de manera explícita (arts.137, 140 y 142 LC), dándoles un tratamiento diverso.

Respecto a los primeros supuestos, el legislador busca un tratamiento procesal ligero para la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación, pues, no tiene sentido seguir con la vigencia del convenio y debe buscarse otra solución diferente para dar satisfacción a los acreedores. Por ello que estos supuestos de incumplimiento del convenio no se tramitan a través de los mecanismos del incumplimiento, sino que debe solicitarse directamente la apertura de la fase de liquidación.

La LC exige al deudor la obligación de solicitar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas después de la aprobación de este (art.142.2 LC), de forma que, al solicitar el deudor directamente la liquidación, se gana tiempo, pues el juez dicta sin demora auto abriendo la fase

de liquidación, ganando así el paso de la solución negociada a la solución liquidatoria, antes de se produzca el incumplimiento del convenio<sup>294</sup>.

Si el deudor no solicita la liquidación durante la vigencia del convenio, puede hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso según el art.2.4 LC (art.142.2 LC).

Pero los acreedores han de probar la existencia, por ejemplo, del sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor o el incumplimiento generalizado de determinadas clases de obligaciones (art.2.4.1 y 4 LC).

### **1. La declaración judicial de incumplimiento del convenio.**

La LC no establece una distinción clara entre los supuestos de incumplimiento del convenio que causan directamente la apertura de la fase de liquidación y los que son causa de declaración de incumplimiento, cuando este no viene inducido por una situación de insolvencia, actual o inminente, puede radicar en el incumplimiento puntual de alguna de las obligaciones previstas en el convenio por el deudor u otros obligados<sup>295</sup>, no un incumplimiento generalizado, como consecuencia de una dilación en la ejecución de la prestación debida, por una falta de exactitud en el cumplimiento o por la simple falta de voluntad de cumplir.

Son estos los supuestos a los que atiende el régimen jurídico de la inobservancia, que se comienza con la solicitud ante el juez del concurso de la acción de declaración de incumplimiento y puede ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento hasta los dos meses posteriores a la publicación del auto de cumplimiento (art. 140.1 LC). La solicitud se tramita a través del incidente concursal y contra la sentencia que resuelva el incidente cabe recurso de apelación.

---

<sup>294</sup> A falta de plazo expreso, resultará de aplicación el art. 186 LC, en virtud del cual, Cuando la Ley no fije plazo para dictar una resolución, deberá dictarse sin dilación.

<sup>295</sup> No distingue la LC la autoría del incumplimiento, no obstante si el incumplimiento es imputable al deudor determinará, en virtud del art. 164 LC, la calificación del concurso como culpable.

## 2. Efectos de la declaración judicial de incumplimiento

La declaración judicial de incumplimiento del convenio concursal produce una serie de efectos que reportan costes para los acreedores y que han movilizadado a la doctrina para plantear disposiciones alternativas a la declaración de incumplimiento del convenio ante situaciones en que aún pueda alcanzarse el fin del convenio.

La declaración de incumplimiento del convenio supone la rescisión del convenio concursal (art.140.4 LC).

En la secuencia del incumplimiento del convenio concursal, es en el curso de su cumplimiento cuando aparece el perjuicio a los acreedores. Aunque en el régimen general de la rescisión, ésta produce la ineficacia del mismo con efectos retroactivos desde el momento de su celebración, de forma que se vuelva a la situación existente antes de aquella celebración y por ello han de restituirse las prestaciones realizadas por las partes con sus frutos e intereses (art.1295 CC)<sup>296</sup>.

Estos efectos no son los pronosticados para el caso del convenio concursal, pues el art.162 LC, establece que si antes de la liquidación hubiese habido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumen legítimos los pagos realizados en él.

Con la salvedad de que se compruebe la presencia de fraude, quebrantamiento del convenio o modificación de la igualdad de trato a los acreedores.

Y quienes hayan recibido retribuciones parciales cuya presunción de legitimidad no se desvirtúe por sentencia firme de revocación, los podrán mantener en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en igual cuantía.

---

<sup>296</sup> Vid. CARRASCO PERERA, A., “Comentarios al artículo 140”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ - CANO, R. (Coord.), AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Technos, 2004, pp. 1512 - 1528.

Es claro pues que la rescisión que el art. 140.4 LC contempla no es de la misma naturaleza que la prevista en general para los contratos en los arts. 1290 y ss. CC. Por ello, algunos autores eligen la expresión resolución para referirse a la extinción del convenio como resultado de la acción ejercitada por el acreedor en base al incumplimiento del convenio<sup>297</sup>.

La declaración de incumplimiento provoca también el desvanecimiento de los efectos sobre los créditos que origina el convenio concursal aprobado (art. 140.4 LC).

Los créditos no se extinguen con la quita ni se aplazan por la espera prevista en el convenio ni en general se ven afectados por el contenido del convenio (art.136 LC).

Si el juez declara el incumplimiento del convenio, resulta procedente la apertura de oficio de la fase de liquidación (art.143.1.5 LC).

Firme que sea la resolución judicial que declare el incumplimiento del convenio, el juez abre de oficio la liquidación (art.143.1.5 LC).

Además, cuando se abre la fase de liquidación por haberse incumplido el convenio por causa imputable al deudor, el concurso se califica como culpable, con los efectos que dicha calificación comporta (arts.164.2.3 y 167.2 LC).

Es claro que los efectos de la declaración de incumplimiento del convenio resultan perjudiciales para los acreedores, puesto que de una solución pactada con el deudor que satisfacía sus intereses y que ya estaba en fase de ejecución deben pasar a soportar la conversión a la fase de liquidación, con el consiguiente incremento en la duración del procedimiento concursal que a su vez retrasa el momento de la satisfacción de sus créditos según lo previsto por el plan de liquidación. Teniendo en cuenta estos efectos perjudiciales así como los enormes costes que genera para los acreedores la declaración de incumplimiento, cabe plantearse la posibilidad de que frente a determinadas infracciones no quepa recurrir únicamente a la declaración de incumplimiento

---

<sup>297</sup> REVILLA GONZÁLEZ, J. A., *Conclusión del concurso*, op. cit., pp. 173 - 205.



sino que pueda solicitarse la anulación del acto, en virtud del art.40.7 LC, limitando de esta manera los efectos del incumplimiento del convenio al incumplimiento que afecte a obligaciones fundamentales y de cierta entidad, que impidan el fin del negocio<sup>298</sup>. Sin duda, esta posibilidad serviría a las finalidades de la PAC en mayor medida que la declaración de incumplimiento del convenio en cualquier supuesto de infracción del contenido del convenio.

La LC no prevé medios para garantizar la ejecución forzosa del convenio en los casos en que el cumplimiento del convenio sea aún posible, tampoco impide al juez adoptar semejantes medidas cuando crea oportuno, por ejemplo, en supuestos de falta de voluntad de cumplimiento por parte del deudor en los cuales sea plausible el cumplimiento forzoso<sup>299</sup>.

Para finalizar, en los casos, en que el acatamiento del convenio aún es viable y las infracciones o incumplimientos de su contenido no perjudican a los acreedores estos resultarían claramente desfavorecidos con la declaración de incumplimiento y posterior resolución del convenio e inicio de la fase de liquidación, contradiciendo de forma evidente las finalidades de la PAC<sup>300</sup>.

En primer lugar, se contradeciría la finalidad de conservar la actividad patrimonial o profesional del deudor. En segundo lugar, se iría en contra de la finalidad de reducir los costes del concurso. En tercer lugar, no se estaría buscando la solución al concurso pactada entre el deudor y sus acreedores, ya que la declaración de incumplimiento desemboca en la apertura de la fase de liquidación, por lo tanto, no se estaría consiguiendo el máximo bienestar de los acreedores.

---

<sup>298</sup> Así CORDÓN MORENO, F., "Comentario al artículo 140", en CORDÓN MORENO, F. (dir.) AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Pamplona 2004, pp. 954 - 955.

<sup>299</sup> En contra, vid. AJM núm.1 de Zaragoza de 9 de noviembre de 2007, que considera que *ex art. 140.4 LC* no es posible la ejecución forzosa del convenio. La doctrina se ha planteado incluso, en orden a evitar las consecuencias del incumplimiento del convenio, y cuando se prevea dicho incumplimiento, la posibilidad de proceder a su modificación, cumpliendo los mismos requisitos exigidos para su aceptación y aprobación judicial. En este sentido VARA DE PAZ, N., *Comentario al artículo 139, op.cit.*, pp. 1275-1276.

<sup>300</sup> SAP Las Palmas, sección 4ª, de 11 de marzo de 2009, sobre cumplimiento tardío del convenio. En su Fundamento de Derecho Cuarto el tribunal acepta que *los cumplimientos defectuosos (que no incumplimientos), entre los que podría considerarse en ciertos casos de escasa entidad el retraso en el pago, deban ser debidamente valorados por el juez, no pareciéndole congruente con el principio de conservación de la empresa el que cualquier incumplimiento no esencial y accesorio dé lugar a consecuencia tan grave como la que el art.140 LC anuda a la resolución del convenio.*

Como hemos visto, el capítulo 2º del trabajo que presentamos analiza la PAC, una figura que está dentro de la idea general que preside la tendencia del legislador respecto a agilizar el proceso concursal y, especialmente, buscar todas las soluciones posibles para evitar un largo proceso que se supone, y en la mayor parte de ocasiones con razón, que no beneficia a ninguna de las partes. El régimen normativo de la PAC aparece en Título V de la LC en su Sección 3ª, Capítulo I (arts. 104 a 110 LC), aun cuando no es el único texto en que deberán apoyarse dichas partes para perfeccionar la figura<sup>301</sup>.

El primer problema con que se encuentra la doctrina para determinar la naturaleza jurídica del convenio ha sido, tradicionalmente, si se trata de un acuerdo entre las partes, acreedores y deudor o de una resolución judicial. Disyuntiva que ha posicionado de muy diversas maneras a la doctrina, como se ha visto ya. Las dos posturas más relevantes, que es un contrato entre partes o una actuación más dentro del proceso, se han sucedido en las preferencias doctrinales según las tendencias, predominando en este momento la primera.

Nos parece que dicha posición es la adecuada, por cuanto es una figura que se desarrolla prácticamente en toda su extensión fuera del ámbito puramente judicial, aun cuando hay que matizar algunos aspectos de esta afirmación. Por ejemplo la obligación de su cumplimiento a los que lo han suscrito, los ausentes y disidentes (art. 134 LC) o sea que vincula a los que han intervenido en el acuerdo y a otros que no lo han hecho pero están vinculados. De todos modos, insistimos en que nos parece, ante todo, un acuerdo de partes con características especiales que no desvirtúan la primera afirmación.

Como ya hemos dicho, no son las únicas posiciones doctrinales que se admiten como tales respecto a las PAC, la contractualistas es otra de ellas, aun cuando nuestra opinión es que sólo se trata de una variante de la primera que hemos expuesto y a la que nos adherimos. Es una transacción que se contempla en el art. 1816 CC y puede basarse en el art. 1255 del mismo texto legal por lo que entendemos se trata de una variante dentro del grupo que

---

<sup>301</sup> Por ejemplo los arts. 99 a 103 LC.

considera un contrato de partes fuera, con los matices expuestos, del ámbito judicial.

La misma LC, en su Exposición de motivos dice: *“La regulación de esta propuesta anticipada permite, incluso, la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concurso, con una notoria economía de tiempo y de gastos respecto de los actuales procedimientos concursales”*. Lo cual es una aceptación implícita que el convenio está fuera del ámbito judicial con matices. Es decir se tramita fuera y se aprueba dentro.

Aun cuando, en la ya tradicional imprecisión de la LC, también dice en la misma Exposición de motivos: *“El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud”*. Que puede interpretarse de varias maneras, entre ellas la que parece, a nuestro juicio más idónea al texto: como negocio jurídico.

Por último queremos destacar que a nuestro juicio, un acuerdo PAC, dado que sólo puede ser presentado por el deudor que presente los requisitos legales exigidos y nunca por los acreedores, será siempre un negocio jurídico entre el deudor y los acreedores<sup>302</sup>.

La naturaleza de la PAC, pues, es doble: contractual y procesal, esos sí en dos momentos diferentes: durante el tiempo negociador y en el tiempo procesal que supone la aprobación de lo pactado. Lo cual nos lleva a considerar, por nuestra parte, que la PAC es una oferta del deudor a los acreedores que se realiza con la intención primera que los dichos acreedores la suscriban, o por lo menos la mayoría exigida, o la rechacen. Los acreedores no pueden introducir modificaciones de acuerdo con lo establecido en los arts. 103 y 108 LC y vinculando al Juez respecto a su contenido.

Es decir, se trata de una propuesta que hace el deudor a los acreedores para llegar a un convenio concursal. A los acreedores sólo les queda la

---

<sup>302</sup> En este sentido estamos de acuerdo con JACQUET YESTE, T. La propuesta anticipada de convenio, monografía nº 16, ed. La Ley, 2012, p. 14

posibilidad de aceptarlo o rechazarlo. Este acto, aceptarlo o rechazarlo, es lo que convierte en un contrato *contractual* clásico ya que existe el principal elemento: el acuerdo de voluntades. Ciertamente, como hemos dicho anteriormente, que con matices principalmente aquellos que se circunscriben a las características normativas propias del procedimiento en un concurso judicial. Especialmente que obliga no sólo a los que aceptan sino también a los que rechazan, siempre que se den las mayorías establecidas.

Si bien es cierto que puede parecer que la tutela sobre el deudor es excesiva, dado que se le concede la exclusiva de proponer las condiciones de la propuesta anticipada de convenio, y obliga a los acreedores disidentes, en las circunstancias que se ha indicado, a aceptar el convenio, la realidad no se inclina tanto hacia una de las partes. Hay que tener en cuenta que el convenio propuesto debe obtener una determinada mayoría por una parte y una aprobación judicial por otra y debe ser lo suficiente flexible para que esta mayoría lo acepte. El rechazo de la propuesta conduce directamente al concurso que es, por lo general, lo último que le interesa al deudor. En cualquier caso siempre queda la propuesta ordinaria de convenio que difiere en su tramitación.

Por último, aun cuando el deudor es quien presente la PAC, no significa que en fase previa a su presentación no exista una negociación entre las partes fuera de cualquier ámbito judicial para llegar a un acuerdo. Al deudor no le interesa en absoluto una propuesta de PAC que no obtenga las mayorías necesarias, por lo que se produce siempre una negociación con los acreedores, por lo menos con los suficientes para obtener una mayoría suficiente. Por esto se trata de una negociación. O sea, que los acreedores intervienen, de hecho, y mucho en el texto final de la propuesta de convenio.

Para nosotros precisamente estas características diferenciales de la PAC implican la posibilidad de entrar en prácticas ilegales y corruptas, dado que la lista de acreedores que incluye el deudor en su escrito al Juzgado no necesita refrendarla con documentación que la certifique, con lo que el Juez no puede comprobar los porcentajes de crédito que apoyan la PAC, aun cuando siempre cabe la impugnación posterior si se descubren irregularidades. Aun

cuando nos parece que podrían establecerse, por ley, instrumentos de control eficaces sin muchos problemas.

La ventaja que supone para las dos partes la negociación extrajudicial es que en el peor de los casos, que no haya acuerdo y no se obtenga el número de acreedores necesario para la mayoría, siempre se tiene una idea de la posición de las partes que puede utilizarse en el proceso concursal a través de otras figuras jurídicas que permitan llegar a un acuerdo que evite un largo y costoso proceso que por lo general no interesa a ninguna de las partes implicadas.

Hay que tener en cuenta que si bien es una negociación de partes, no significa que tengan una total libertad de acción y deben ajustarse a los condicionantes que están contenidos en la LC. El art. 100 LC, indica que la propuesta de convenio debe incluir proposiciones de quita o espera, o de las dos en conjunto, que tal como están redactado parece que dichas quitas y esperas son imperativas. También establece, en su apartado 2º algunas de las proposiciones que puede incluir ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Aun cuando no son imperativas sí se establecen condiciones para implementarlas.

Todo ello plantea un problema. Que la LC de hecho obliga al acreedor a recibir menos de lo que acredita y cambiar las condiciones del crédito. Esto es precisamente lo que hace el art. 100 de la LC, colisionando con el art. 1166 del CC, que dice: *“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. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”*. Es decir que el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cantidad si no está de acuerdo con ello. Y mucho menos se le puede obligar a cambiar su crédito por acciones, participaciones, etc. No puede presentársele el convenio como una obligación sea el que sea la oferta que se realiza si el acreedor no está de acuerdo.

Esta opinión, compartida por una buena parte de la doctrina, no es la que sigue la jurisprudencia dado que en la práctica no se suele admitir un convenio sin una propuesta de quita o de quita y espera ya que los tribunales juzgan imprescindible esta variante como solución más idónea para que el deudor pueda seguir con su empresa.

En este contexto puede establecerse una clasificación de tres tipos de cláusulas en los convenios: imperativas o de quita y espera, prohibidas y facultativas.

Las imperativas reúnen dos posibilidades que pueden sumarse en el mismo convenio. Una quita o reducción del crédito y una espera que dilata el cobro del mismo. Como se ha dicho puede establecerse a la vez una quita y una espera por el resto de la deuda. Las mayorías necesarias para la aprobación del convenio está en función de la cuantía de la quita o de la espera (art. 124 LC). Por ejemplo, si la quita es superior a la mitad del crédito y/o la espera de un plazo superior a cinco años pero nunca superior a los diez, la mayoría necesaria es del 65%.

En este punto resalta la importancia del control de la masa del crédito y la relación de los acreedores por parte del Juez, para evitar corruptelas que pueden inclinar el sentido de la votación al introducir el deudor datos falsos.

De manera implícita la propia ley trata de premiar una propuesta de convenio que sea interesante para los acreedores produciendo el menor de los males a los mismos. Así para las propuestas de pago inmediato con quitas inferiores al veinte por ciento del total del crédito o esperas no superiores a los tres años con pago íntegro de la deuda, basta la mayoría simple para aprobarlo, es decir que vote a favor una parte superior del pasivo que en contra.

Es más, el art. 167 LC admite que si se aprueba una quita inferior al tercio del importe de la deuda o una espera inferior a los tres años, no se abra fase de calificación del concurso, excepto, claro está, si resulta incumplido. Lo cual implica que cuando se superen dichos límites la apertura de la fase de calificación es automática.

También dicha propuesta de quita o espera puede conducir a un fraude por parte del deudor y no ser la mejor para el acreedor que se verá obligado a ella si se aprueba. Puede conducir a fraude por cuando en muchas circunstancias el acreedor, ante el temor de perder el 100% del crédito si cree que la situación del deudor es desesperada, prefiere recuperar el entre el 66,6% y el 80% y perder el 20% o el 33% que puede suponerle un quebranto pero no irreparable.

Por ello, dado que para ofrecer esta quita y este pago es necesario disponer de capital líquido en cantidad porque supone el pago del entre el 66,6 y el 80% de la deuda total, el deudor puede esconder su verdadera situación financiera y obtener un beneficio del 20% o más de la deuda. Desde luego en este planteamiento no se contempla por ningún sitio la defensa de los intereses de los acreedores, si no es que la ley entiende que las posibilidades del deudor, en cualquier caso, de pagar íntegramente la deuda son muy reducidas. Y mucho menos aún la de aquellos que dispongan de créditos subordinados que, lógicamente, sus posibilidades de cobro estarán en función de las quitas y esperas.

Las cláusulas prohibidas son aquellas que implican transgresiones de la ley. Por ejemplo la liquidación total del patrimonio del deudor, especialmente de los bienes y derechos afectos a la actividad profesional o empresarial, que es necesario preservar por ser objetivo importante de todo el proceso concursal. Lo cual se reafirma dado que respecto a la enajenación total o parcial de la empresa y los bienes afectos sólo está permitida si el adquirente se compromete a continuar con la actividad de la empresa.

Respecto a las cláusulas facultativas, se trata de aquellas que se introducen en la PAC y que *no sean contrarias a la Ley, a la moral ni al orden público*. Se refiere pues a todas las cláusulas de cualquier tipo como por ejemplo las anteriormente indicadas: conversión de la deuda en acciones, cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados y un largo etcétera. También pueden establecerse la posibilidad de que los acreedores opten por una u otra solución según los intereses particulares de cada uno, aun

cuando la proposición alternativa que se aplique por defecto no podrá ser nunca la conversión el crédito en capital social.

Hay una salvedad en esta propuesta de convenio con alternativas y son los acreedores públicos, lo cual no deja de ser lógico, otra cosa es la solución para estos.

Este tipo de cláusulas facultativas, que se estudian en el capítulo segundo apartado Tercero (III) de este trabajo, tratan de sustituir una deuda en una participación-sea vía acciones o algún tipo de obligaciones- que puede ser un buen o mal negocio para el acreedor pero muy difícilmente es malo para el deudor o la empresa que se libran de una deuda e involucran al anterior acreedor en una función participativa.

Cierto que la aceptación o no de la propuesta es de los acreedores, en función de las mayorías establecidas, y lo harán si ven posibilidades a la empresa de viabilidad y recuperar a medio o largo plazo sus créditos incluso aumentados por la marcha de la empresa. Quizás en una resolución de este tipo de la operación, beneficiosa para el acreedor, ve el legislador la tutela del mismo frente al deudor aun cuando se trate de plazos largos.

No son estas las únicas alternativas pues en la práctica cualquiera que implique una reducción de la deuda por una parte y una posibilidad más o menos sólida de recuperación de la deuda, por otra, es aceptada siempre que se ajuste a la moral y no sean contrarias a la Ley ni al orden público. Incluye hasta la enajenación de los bienes afectos al negocio del deudor para liquidar las deudas lo cual se asemeja mucho a soluciones de normativas anteriores derogadas. Y también la enajenación de la empresa a un tercero que se haga cargo, en las condiciones que se pacten y admita en juzgado, de las obligaciones inherentes a la empresa, generalmente con la obligación de continuar con la empresa y sus actividades. Este tipo de cesiones pueden ser totales o parciales y no parece que la ley restrinja los sectores, aun cuando difícilmente podrán implementarse en otros que los mercantiles.

El RDL 11/2014 introdujo una alternativa que se ha implementado en la práctica; se trata de la cesión en pago de bienes y derechos a los acreedores,



los cuales se entienden no son necesarios para la continuación de la actividad empresarial. Si la valoración resultase superior al crédito el resultante se ingresará en la masa del concurso. Entendemos que la alternativa es muy eficaz y suele resolver muchas situaciones preconcursales atascadas. Uno de los problemas que vemos es que dicha cesión debe ser a través de una subasta, excepto que el juez autorice la venta directa, que a nuestro juicio sería más interesante y, quizás, más beneficiosa para el deudor, aun cuando se ingrese en la masa concursal el resto por encima de la deuda.

Si bien la doctrina, por lo general, y nosotros con ella, entiende que la PAC es un beneficio implícito para el deudor especialmente para aquel que es eficaz en el manejo de su empresa y cumple con sus obligaciones contractuales, parece que bien analizada la legislación sobre este tema, también los acreedores resultan beneficiados siempre que puedan acceder a una quita razonable, o que pueda la empresa continuar su trayectoria y, en un plazo razonable, cobrar la deuda en su totalidad más los intereses que pudieran pactarse. Además siempre hay que tener presente que la PAC, de llegarse a un acuerdo pactado, agiliza muchísimo la resolución de todo el procedimiento.

Sin embargo, en nuestra opinión, sobran muchas de las prohibiciones que aparecen en el art. 105 LC, por cuanto complican las negociaciones restando rapidez y agilidad a las mismas, que es el objetivo de esta propuesta de convenio como dice la exposición de motivos de la LC: *La unidad y la flexibilidad del procedimiento permiten en estos supuestos pasar de forma rápida y simple a la fase de liquidación. Es ésta una de las principales y más ventajosas novedades que introduce la ley, frente a la anterior diversidad de procedimientos concursales y, concretamente, frente a la necesidad de solicitar la declaración de quiebra en los casos en que no se alcanzara o se incumpliera un convenio en el expediente de suspensión de pagos.*

Por otra parte, las dilaciones producidas por estas prohibiciones que de alguna manera inciden en las negociaciones, al retrasar la finalización de los convenios perjudican la masa activa y, consecuentemente, a los acreedores y al propio deudor. Por ello nos parecería más eficaz que las prohibiciones se

redujeran al mínimo, prácticamente aquellas que fueran contrarias a la Ley, la moral y el orden público y que se dejara a las partes llegar a los acuerdos lo más libremente posible.

Una vez se obtiene la adhesión de los porcentajes exigidos por la ley y cumpliéndose todos los condicionantes del convenio, además de no encontrarse el deudor incurso en ninguna de las prohibiciones del art. 105 LC, el juez mediante auto motivado decidirá sobre la admisión a trámite. Ahí aparece un problema al que ya nos hemos referido. En los convenios anticipados no es necesario legalmente, en el momento de la admisión, un informe de la administración concursal ni una lista definitiva de créditos. El deudor en esta fase sólo está obligado a aportar una lista de acreedores con el crédito que detentan y el vencimiento, sin más explicaciones. Lo cual no deja de ser una vía por la que se produzcan conflictos. Aunque hay una posibilidad de control por parte del juzgado competente, dado que el acreedor que ha aprobado el convenio debe expresar la cuantía del crédito, la fecha de vencimiento y la clase del mismo. Pero no hay un control específico sobre los dichos acreedores.

También es cierto que los acreedores tienen el derecho de revocación si entre la lista presentada por el deudor para su admisión a trámite y la lista definitiva hay variaciones. Y no sólo respecto al número y cuantía adjudicada a los acreedores sino también por la clase del crédito, por ejemplo si es o no subordinado u ordinario, y otras circunstancias que hicieran variar los porcentajes de adhesión. Y pueden revocar su adhesión en varios momentos del proceso de la PAC con lo cual dicha adhesión, si se mantiene hasta el final, está clara que es elegida y defendida por el acreedor que ha tenido tiempo y maneras suficientes para decidir si sigue con ella o la revoca.

Lo que no pueden ser las adhesiones, en esta fase del convenio, es condicionadas. Las adhesiones deben ser puras y simples como se indica en el art. 103.2 LC: *“La adhesión será pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno. En otro caso, se tendrá al acreedor por no adherido”*. En cualquier caso la adhesión de los acreedores no es el final del proceso del convenio pues deben realizarse una serie de formalidades, como hemos

explicitado, además de obtener la mayoría necesaria que es, en definitiva, la que marcará el final de la negociación.

Entre los documentos adjuntos que deberán presentarse junto a la propuesta de convenio el que nos parece más importante es el plan de viabilidad, que informará de los recursos disponibles y las condiciones para mantener la actividad de la empresa así como sus posibilidades de producir los beneficios necesarios para cumplir con el plan de pagos. En definitiva, una propuesta de reestructuración de la deuda pero también de la empresa en la que pueden incluirse desde una reducción de la plantilla hasta la propuesta de refinanciación externa, pasando, por ejemplo, con una propuesta de la implementación de nuevos productos o nuevos mercados.

Cierto que este plan de viabilidad para ser útil significa un trabajo, e incluso unos costes adicionales, que han ocasionado dudas de la doctrina sobre su necesidad y eficacia en la recuperación de la empresa, y que su discusión con los acreedores sólo lleva a una dilación del cierre de la propuesta de convenio. Pero nos parece que la importancia del objetivo final, la reestructuración de la empresa para hacerla lo más rentable posible, justifican su existencia y una evaluación positiva por la Administración concursal, así como debería incidir en la decisión final del juez competente.

En resumen, la PAC es, en su primera fase de negociación, una actividad contractual entre el deudor y los acreedores que tiene lugar fuera del ámbito judicial. Su objetivo es llegar a un acuerdo, tras un proceso de negociación, que evite entrar en un procedimiento concursal que no interesa, en la mayoría de los casos, ni al deudor ni a los acreedores y que suele suponer una dilación en su resolución que afecta al patrimonio del deudor y a la recuperación de los créditos de los acreedores. Este planteamiento de la PAC es, a nuestro juicio, un avance considerable para no sólo la resolución de un caso concreto sino de la problemática concursal en toda su extensión.

De hecho esta primera fase de la PAC termina con el acuerdo- o no acuerdo que también puede ocurrir- de un convenio refrendado por las adhesiones de una mayoría determinada de acreedores y que debe presentarse ante el Juez competente quien decidirá su admisión a trámite si se

ajusta a los requisitos establecidos en la LC. Así como comprobar la documentación presentada en un plazo de diez días. Esta segunda fase tiene lugar ya dentro del ámbito judicial.

Evidentemente el procedimiento que se sigue es ágil, rápido y eficaz, por lo menos mucho más que un proceso concursal. Pero además, entendemos que una de las mayores virtudes de la PAC es que son las mismas partes, que en un proceso judicial entrarían en litigio, las que llegan a un acuerdo a pesar de que las cuestiones a resolver son, cuanto menos, complejas e interferidas por intereses diferentes y a menudo encontrados, por lo menos los que difieren entre el deudor y los acreedores, individual o colectivamente.

Por otra parte, parece que el legislador es partidario de que la propuesta de convenio se plantee entre el deudor y los acreedores sin intervención de las autoridades judiciales, pero también establece una serie de controles, prohibiciones, verificación de documentos, permite la revocación en varios momentos del proceso, la oposición a la aprobación del convenio, etc., que de una manera u otra alargan el proceso y limitan la autonomía que parecían conceder las normativas a las partes.

Muchos de los requisitos, acciones y actuaciones que el legislador ha incluido en el desarrollo de las PAC nos parecen, más que obstáculos, desarrollos superfluos. Muchos de ellos, como hemos indicado a lo largo de este trabajo, se nos antojan innecesarios complicando un proceso que en principio parece rápido y eficaz.

El convenio termina con su cumplimiento: lo cual significa la satisfacción de los intereses de las partes, que es el fin de la PAC. Para ejecutar dicho cumplimiento y para controlarlo, el legislador ha previsto una serie de medidas entre las que destaca, por significar un control muy concreto, la obligación del deudor de presentar un informe cada seis meses al juez del concurso en que explique el cumplimiento de dicho convenio.

También es necesario que tener en cuenta que la parte más interesada en que se cumpla el convenio es el deudor, por cuando el hecho de incumplirlo le puede acarrear consecuencias funestas para su empresa y patrimonio. La

LC no prevé una sanción para el incumplimiento, excepto claro está la revocación del mismo lo cual ya es suficiente sanción. Estamos de acuerdo con este planteamiento y no creemos que sea necesaria otra sanción.

Respecto a los incumplimientos, las causas más frecuentes de los mismos son retrasos en los pagos de los plazos acordados, la imposibilidad de cumplirlos o la mala disposición del deudor de abonarlos. No todos tienen el mismo tratamiento. En cualquier caso la declaración de incumplimiento por parte del juez competente significa la rescisión del convenio concursal y, de hecho, la apertura de la oficina de la liquidación.

De hecho la liquidación del concurso, a nuestro entender, se trata de un proceso que de no mediar fraude, es consecuencia de la inviabilidad de la empresa y, consecuentemente, de un mal plan de viabilidad que no es objeto de sanción pero sí de liquidación de todos los activos de la empresa o del deudor afectados.



## CAPÍTULO III

### LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Generalidades sobre la Insolvencia. 2. Preconcurso y regulación de los acuerdos de financiación. 3. Regulación de los acuerdos de refinanciación. II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN, TÍPICOS Y ATÍPICOS. 1.- Tipos de acuerdos de refinanciación. III. LA COMUNICACIÓN DEL INICIO DE LAS NEGOCIACIONES. 1. Plazos 2. Financiación post concursal. 3. “Distressed debt” IV. PROCEDIMIENTO. 1. Forma de la comunicación. 2. Contenido. 3. Publicidad. 4. Legitimación. 5. Juez Competente. 6. Tramitación. V. EFECTOS. 1. Suspensión de la obligación de presentar concurso voluntario. 2. Prohibición del inicio de ejecuciones. 3. Duración de los efectos de la comunicación. VI. NEGOCIACIONES PREVIAS Y CONCLUSIÓN DEL ACUERDO. VII. IRRESCINDIBILIDAD DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN. 1. Protección Rescisoria. 2. Nombramiento de experto independiente. VIII. HOMOLOGACIÓN. 1. Acuerdos homologables. Disposición adicional Cuarta. 2. Acreedores que no han suscrito el acuerdo de financiación. 3. Ámbito de la homologación judicial. 4. Competencia para conocer de la homologación. 5. Procedimientos de homologación. A) Solicitud de Homologación. B) Competencia. C) Legitimación. D) Admisión a trámite. E) Publicidad. F) Resolución G) Impugnación. H) Incumplimiento. I) Prohibición solicitud de nuevas homologaciones. 6. Art. 71, bis LC.





## I. INTRODUCCIÓN.

### 1. Generalidades sobre la Insolvencia.

Según los datos correspondientes al segundo trimestre de 2014, de un total de 1870 concursos, solo 255 lo fueron de persona física (de los cuales solo 60 lo fueron de persona física que realiza actividad empresarial). Todos los demás concursos lo son de sociedades. Los datos no ha sufrido un cambio significativo tras la aprobación de la LE y el porcentaje es ridículo: 13% del total de concursos de persona física. El contraste con otros países es llamativo. En UK solo en el primer trimestre de 2014 se declararon 24.931 casos de insolvencia de persona física<sup>303</sup>.

El concepto de insolvencia es tan antiguo como la misma actividad empresarial y si se quieren buscar antecedentes la mejor referencia es el Derecho Romano que ya en el 118 a.C., y dentro de la conocida como *Lex Romana*, aparece codificada y con unas consecuencias penales que incluso para la época pueden considerarse como drásticas: el insolvente no sólo perdía sus bienes y estatus social sino que también su libertad y frecuentemente caía en la esclavitud<sup>304</sup>.

Lo más interesante del proceso concursal –utilizando términos modernos, *venditio bonorum* para los romanos del tiempo- es que básicamente se refleja en el actual: la autoridad delegada o *magister bonorum* que era uno de los acreedores, se hacía cargo de los bienes de cualquier tipo del deudor y se preocupaba porque no pudieran producirse alzamiento de bienes hasta que no se produjera la subasta de los mismos, que se adjudicaban al mejor postor.

---

<sup>303</sup> Vid. CUENA CASAS, M. “Reformas de la Ley Concursal e insolvencia de la persona física. La persona física insolvente, de nuevo olvidada.” *Revista CESCI de Derecho de Consumo*. Núm. 11. 2014, Pp.168 - 185.

<sup>304</sup> ALEMÁN MONTERREAL, A. *La Insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*. Santiago de Compostela, ed. Andavira, 2010, pp. 977-982

El dinero se prorrateaba entre los acreedores dado que en la mayor parte de los casos lo obtenido en la subasta no cubría la totalidad de la deuda.

La evolución de estas figuras y la aparición, ya desde la Edad Media, de otras figuras jurídicas como la participación del juez, los pactos de regulación entre las partes o la defraudación, conducen, a través del tiempo, a los modernos conceptos de insolvencia<sup>305</sup>.

En la actualidad el art. 2.2 LC dice que “se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”<sup>306</sup>. Se trata pues de un deudor que aun cuando su voluntad fuera cumplir con sus obligaciones no podría hacerlo.

Sin embargo, la doctrina no se pone de acuerdo sobre el tratamiento de la insolvencia en la LC:

*“La insolvencia de la persona física (empresaria o no) continúa siendo considerada por nuestro legislador como un problema menor y sigue centrándose en la insolvencia de sociedades, probablemente por el mayor impacto que el cierre de estas empresas puede tener en las cifras de desempleo, algo que, como he dicho, hay que valorar dada la proximidad de las elecciones generales.”*<sup>307</sup>

Otros juristas entienden que la LC “ha recurrido a la noción de insolvencia como concepto fundamental y nuclear de su sistema” y se ha inclinado por el sistema alemán que se basa en la situación económica con lo que en dicha ley “la insolvencia es la noción que contribuye a delimitar el presupuesto objetivo para iniciar el procedimiento concursal”<sup>308</sup>

---

<sup>305</sup> Vid. RODRÍGUEZ CONDE, C. *Los acuerdos de refinanciación en la reforma Concursal 2011*. Barcelona, ed. Bosch, 2012.

<sup>306</sup> Una frase que repite casi literalmente la definición de la Exposición de Motivos de la misma ley: “La unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones.”

<sup>307</sup> CUENA CASAS, M. *Reformas de la Ley Concursal e insolvencia de la persona física. La persona física insolvente, de nuevo olvidada*, op. Cit. 2014, p. 172.

<sup>308</sup> Vid. DÍAZ DE LA ROSA, A. La delimitación entre insolvencia concursal e insolvencia laboral, a la luz de la Ley 2272003 de 9 de julio, concursal. *Anuario de la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela*, 2005, pp. 281-297, p. 282.

Algunos definen la situación de insolvencia a través del deudor insolvente y desarrollan de manera clara y sintetizada las consecuencias de la situación de insolvencia:

*“En las situaciones de insolvencia, sin embargo, el deudor insolvente tiene una pluralidad de acreedores y no cuenta en su patrimonio con bienes suficientes para satisfacer todas las deudas que ha contraído frente a ellos, o prevé que no estará en condiciones de pagar a sus acreedores cuando llegue el vencimiento de los respectivos créditos. Cuando un deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, cualquiera de sus acreedores, o incluso el propio deudor, solicitarán la apertura de un procedimiento concursal, a través del cual podrá realizarse la ejecución concursal (o colectiva) de los bienes del deudor declarado insolvente para procurar a la colectividad de acreedores, en la medida de lo posible, el cobro ordenado de sus créditos, partiendo de un principio general de paridad de trato (par conditio creditorum).”<sup>309</sup>*

Por lo tanto se considera de insolvencia aquella situación en que se encuentra un deudor que no puede cumplir con sus obligaciones exigibles, o sea aquellas que vencen y puedan ser reclamadas por los acreedores. Sin embargo, hay que distinguir entre insolvencia e incumplimiento de las obligaciones. Todo insolvente incumple con sus obligaciones, pero no todos los que incumplen sus obligaciones son insolventes.<sup>310</sup>

Entendemos que el nuevo planteamiento de la insolvencia que se da en la LC es más práctica a todos los efectos que la anterior y, por tanto más eficaz. Ciertamente que, como se ha planteado, la disyuntiva entre insolvencia o incumplimiento de obligaciones, que son dos figuras diferentes, ha posibilitado que se dé prioridad en las actuaciones preconcursales a todas aquellas que conduzcan a la posibilidad de sanear la empresa.

---

<sup>309</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M. *Derecho Concursal. Concurso de acreedores*. Universidad de Murcia, 2014 <http://ocw.um.es>, p. 1.

<sup>310</sup> No toda situación de insolvencia deriva en un concurso. Por el art. 1.3 de la LC no pueden ser declaradas en concurso las “entidades que integran la organización territorial de Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”.

La gran importancia que se le da a los acuerdos de refinanciación son un ejemplo de este objetivo de la LC de sanear la empresa que si bien es muy factible si se da un incumplimiento de obligaciones debido a circunstancias temporales no lo es tanto si se declara la insolvencia. Por lo tanto parece, a nuestro juicio, más adecuada a este nuevo planteamiento la posición doctrinal representada por aquella parte de la doctrina que aboga por sanear la empresa de modo y manera que pueda seguir con sus actividades.

Respecto a la insolvencia, la LC considera la existencia de dos insolvencias la actual y la inminente que es definida por la LC art. 2.3 cuando *“se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”* O sea, el deudor que prevé un incumplimiento en sus obligaciones de pago.

Lo anterior no deja de ser una deseable simplificación de la tipología anterior del concepto de insolvencia que establecía el Código de Comercio en su art. 886, y que fue derogado por la LC en el que se establecían tres tipos de insolvencias: Fortuita, Culpable y Fraudulenta.<sup>311</sup>

La LC de 2003 establece dos modelos de concurso (art. 163) que a su vez califican dos modos de insolvencia: concurso fortuito y concurso culpable. Sin embargo esta tipología no vincula, según el mismo artículo, a la jurisdicción penal que sólo intervendrá en los casos que *“las actuaciones del deudor pudieran ser constitutivas de delito”* (art. 163.2 LC).

El concurso culpable (art. 164 LC) es aquel en que interviene dolo o culpa grave que ha agravado el estado de insolvencia. En el apartado 2 de dicho art. 164 LC se relacionan una serie de seis supuestos que califican como culpable un concurso si se incurre en ellos y que, en general, se refiere a

---

<sup>311</sup> La insolvencia fortuita era definida como: *a quien sobrevinieren infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas*. La culpable se refiere a operaciones en las que el quebrado hubiese incurrido en excesivos gastos, cedido mercancía a precios por debajo o a igual coste, compras por encima de la capacidad de realización o ventas y compromisos ruinosos con el objeto de dilatar la quiebra. En el segundo apartado se refiere al juego como causa culpable de una quiebra. La fraudulenta es referenciada a una serie de quince supuestos que entran en actividades claramente punibles y penales.

hechos punibles bien en la contabilidad, irregularidades en libros oficiales o alzamiento de bienes, entre otros.

En la ley de 2003 se apuesta por un procedimiento más dinámico y flexible y sitúa la prueba de los hechos en el solicitante del concurso, aun cuando le da la posibilidad de solicitar el concurso siempre que se base en hechos que, presuntamente, sean “*reveladores de la insolvencia*”.

En el caso que la solicitud de concurso la tramite el propio deudor, como se ha dicho antes, se trata de una insolvencia inminente y permite a dicho deudor anticiparse a la obligación que tiene de declaración de insolvencia según indica la ley citada.<sup>312</sup>

Si bien el deudor está obligado a colaborar con los órganos del concurso en todos los aspectos necesarios para “*la conservación y administración de la masa activa*”, también se considera que el deudor puede continuar sus actividades empresariales “*sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de éste*”<sup>313</sup>, aun cuando el juez decide sobre todos los actos y actividades que puedan producirse, permitirlos o establecer el cese de las mismas, siempre oyendo previamente al deudor y a los representantes de los trabajadores

## **2. Preconcuralidad y regulación de los acuerdos de financiación.**

La Ley 38/2011 de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, reforma y actualiza la normativa anterior por medio de disposiciones novedosas entre las que se encuentran, en lugar destacado, los instrumentos concursales que significan, en esencia, la homologación de los acuerdos de refinanciación de modo y manera que sean vinculantes, hasta cierto punto, también para aquellos acreedores que no estén conformes y que incluye, además el “*fresh money*” o dinero fresco.

---

<sup>312</sup> Respecto al concurso, la jurisprudencia dice: “...*el concurso no es un procedimiento a acudir en los supuestos en que sea preciso liquidar un patrimonio o en los casos de disolución de una sociedad sino que resulta pertinente, única y exclusivamente, en los supuestos en que concurre la situación de insolvencia*”, AP Baleares de 27 de enero 2010 (JUR 2010, 101507).

<sup>313</sup> CUENA CASAS, M. *Reformas de la Ley Concursal e insolvencia de la persona física. La persona física insolvente, de nuevo olvidada*, op. Cit. 2014, p. 172.

El objetivo de la ley según el preámbulo de la misma, es profundizar *en las posibles alternativas al concurso o los denominados institutos preconcursales*. Lo cual se implementa con *una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de financiación*. También se refiere a la incorporación de lo que llama el *privilegio del dinero nuevo*, o como se ha dicho antes dinero fresco.

Por otra parte, la ley 38/2011 intenta que las soluciones a la insolvencia no se alarguen en el tiempo, lo cual no sólo perjudica a los acreedores sino también al deudor. Y la solución es simplificar el procedimiento concursal lo que significa, a la vez, agilizarlo, redundando en beneficio de todas las partes.

Por lo tanto, los legisladores al aprobar la Ley 38/2011 pretendían implementar una serie de soluciones previas al concurso que no aparecían en la Ley 22/2003, soluciones de carácter privado y a través de acuerdos de refinanciación. Estas soluciones quisieron evitar los inconvenientes, en ocasiones insuperables, que comporta la situación de insolvencia y la publicidad negativa que implica un procedimiento concursal. Para ello se pusieron en práctica varias medidas que van desde incentivar la financiación de empresas en crisis hasta la simplificación de los procedimientos, pasando por simplificar también los requisitos para vender patrimonio que forme parte del activo de la empresa o del particular que haya entrado en insolvencia, o la implementación de procedimientos abreviados que están pensados, fundamentalmente, para las pymes, que no debe olvidarse significan la gran mayoría de las empresas españolas<sup>314</sup>.

Respecto a los acuerdos de refinanciación, la Ley 38/2011 presenta dos tipos. El primero aparece en el art. 71.6 LC que modifica el correspondiente de la LC y establece que no pueden ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación que han sido cerrados por el deudor y, en general, cualquier actividad de este siempre que respondan a un plan de viabilidad centrado y con posibilidades de mantener la actividad empresarial. Es necesario, según dicha ley, que el acuerdo sea suscrito por los tres quintos del pasivo y debe ser

---

<sup>314</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA, J. *Acuerdos de refinanciación, escudos protectores y garantías Reales*, www.mjusticia.gob.es, Madrid, 2012, p.7 y ss.

informado favorablemente por un experto independiente, el informe incluirá un juicio técnico basado en la información que se posea y la aportada por el deudor. Por último, el acuerdo debe ser formalizado en instrumento público. Hay que tener en cuenta que este art. 71.6 LC ha sido derogado por el RDL 4/2014 de 7 de marzo, como se verá más adelante.

Uno de los problemas que pueden surgir durante la negociación del acuerdo de refinanciación es que uno de los acreedores que no participen en dicho acuerdo inste concurso necesario. Para evitarlo la LC, en su art. 5 bis establece que el deudor tiene la posibilidad de poner en conocimiento del juzgado, al que le compete su caso, que está negociando con los acreedores, o una parte suficiente de ellos, un acuerdo de refinanciación.<sup>315</sup> Una de las características de esta disposición es que amplía considerablemente los dos meses previstos por la Ley para la solicitud de concurso necesario, dando otros tres más otro para solicitar el concurso, con lo que las partes tiene un tiempo más que prudencial para llegar a un acuerdo. Al tiempo que se bloquea para cualquier acreedor la posibilidad, durante este periodo de instar la declaración de concurso necesario. Este art. ha sido modificado por el RDL 4/2014, como se verá en su momento.

### **3. Regulación de los acuerdos de refinanciación.**

El DL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, en su exposición de motivos, justifica sus objetivos en función de las empresas que aun cuando no sean inviables, desde la perspectiva financiera, lo son desde el punto de vista de la capacidad de generar beneficios en el negocio. Y da dos soluciones: o solucionar el problema financiero o cerrar la empresa produciendo los quebrantos consiguientes al deudor y a los acreedores.

Fundamentalmente la reforma del art. 5 bis LC titulado de *Comunicación de negociaciones y efectos*, se redacta en la nueva ley disponiendo que hasta

---

<sup>315</sup> Art. 5.1 LC. “El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación 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.”

la finalización del acuerdo de refinanciación previsto en el art. 71 bis 1 LC, ya visto más atrás, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes, y tampoco las ejecuciones singulares, que promuevan los acreedores de pasivos financieros según lo que se dice en la DA 4ª de la LC.

Dicha disposición adicional dispone que, para homologar judicialmente el acuerdo de refinanciación, deberá ser respaldado por al menos el 51% de los pasivos financieros y que estos reúnan las condiciones que aparecen en el art. 71 bis LC, apartado 1, letra a) y los números 2 y 3 de la letra b).

El apartado 1 dice que no serán rescindibles los acuerdos de financiación que cumplan los requisitos siguientes:

a.- que conlleven la ampliación significativa del crédito disponibles o la modificación, o en su caso extinción, de las deudas sea por quita, por ampliación de los plazos de vencimiento o estableciendo un plan de viabilidad.

b.- siempre que con anterioridad al concurso, el acuerdo se haya suscrito por las tres quintas partes del pasivo en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación<sup>316</sup>. También será preciso que el auditor de cuentas emita la certificación sobre la suficiencia del pasivo exigido y que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público.

Esta DA 4ª ya fue objeto de reforma por el RDL 3/2009 de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

La nueva redacción aporta sencillez a los requisitos exigidos para la homologación<sup>317</sup> de los acuerdos de refinanciación al tiempo que los facilita. En

---

<sup>316</sup> “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.” (DP 4ª LC)

<sup>317</sup> “El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación se convierte así en una institución previa al concurso encaminada a lograr una general paralización de las ejecuciones instadas por las entidades financieras acreedoras y una espera en la exigibilidad de todos los créditos de estas acreedoras en los términos fijados en el acuerdo de refinanciación que se hubiese presentado a homologación.” LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El Proceso concursal*, ed. Thomson Reuters y Aranzadi, Pamplona 2012, p. 46.



el apartado segundo establece que los acuerdos de refinanciación así como otros negocios, actos y pagos realizados no estarán sujetos a la recesión prevista en el art. 71.1 LC cuando supongan los tres quintos del pasivo y sean informados por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor<sup>318</sup>. Todo ello no amplía demasiado los términos previstas por la LC sobre la refinanciación excepto que añade que en el caso que sea declarado el concurso, sólo la administración concursal podrá impugnar estos acuerdos.

Se ha señalado que el acuerdo de refinanciación siempre que sea homologado constituye un convenio de masa<sup>319</sup> que implica, si se han alcanzado los mínimos exigidos por la ley, a todos los acreedores, aun cuando según dicho especialista la eficacia del acuerdo de refinanciación homologado no cuenta para los avalistas o fiadores del deudor o sea a los obligados solidariamente, que deberán hacer frente a sus obligaciones.

En resumen, partiendo de la LC de 2003 y pasando por el RDL 3/2009, la Ley 38/2011 y terminando con el DL 4/2014, se ha tratado de una progresión en la promoción de los acuerdos preconcursales que, de manera amistosa, proponen las partes. Las razones son principalmente posibilitar que la empresa siga con sus actividades reduciendo en lo posible los costes económicos y, muy especialmente, los costes de reputación, en consecuencia la confianza de los proveedores y también clientes, que comporta siempre un procedimiento concursal. Independientemente de otras ventajas a considerar como la descongestión de los juzgados.

---

<sup>318</sup> Art. 71.1 LC. *“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.”* (RDL 3/2009 de 27 de marzo)

<sup>319</sup> *“El acuerdo de refinanciación, en la medida en que sea homologado, constituye un particular convenio de masa, que vincula, en cuanto a las esperas que se hubieren pactado, a todas las entidades financieras acreedoras del deudor, si se hubieran alcanzado- junto con otros requisitos- las mayorías exigidas en el artículo 71.6 LC. No obstante, el apartado 3 de la disposición adicional cuarta LC, condiciona el otorgamiento de la homologación a la apreciación por el juez de que el acuerdo no supone un “sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron”* LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El Proceso concursal*, op. Cit., p. 45.

Cierto que el proceso que llevó a la situación actual no fue sencillo y se debatió entre dos modelos, el francés con un procedimiento preconcursal o el italiano con los *llamados escudos protectores*.

Y no fue el único de las problemáticas que se plantearon ya que fue necesario decidirse por un tipo general de acuerdos extrajudiciales de refinanciación u otro particular. En el primero entrarían todos los acreedores y en el segundo solamente los financieros: bancos e intermediarios financieros.

El RDL 3/2009 se inclinó respecto a la protección de la refinanciación de deuda por el modelo italiano de los *escudos protectores*, el cual no parece que haya sido un éxito dados los números que ofrece el Colegio de Registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España para 2014 y anteriores<sup>320</sup>.

Es importante lo sucedido entre 2012 y 2013 respecto a los porcentajes de fases de liquidación y sobre el que el Colegio de Registradores dice:

*“En 2014 el porcentaje de fases de liquidación que provienen de una fase de convenio fracasada fue del 6,79%, una cifra algo superior a la correspondiente a 2013 (5,30%), pero dramáticamente inferior al 17,2% registrado en 2012, descenso que ha de atribuirse a la aplicación plena de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en 1 de enero de 2012, una norma que amplía los supuestos y avanza la apertura de las fases de liquidación reduciendo, en*

---

<sup>320</sup> Evolución de los procedimientos que alcanza Fase Sucesiva:

Fase de convenio: 7,53%

Fase de Liquidación tras fase de Convenio: 6,79%

Fase de Liquidación tras Convenio Aprobado: 4,16%

Fase de Liquidación Directa: 81,52%

Los porcentajes de los años anteriores no varían mucho respecto a las Fases de Convenio:

2006: 8,38%; 2007: 7,80%; 2008: 8,06%; 2009: 9,57%; 2011: 7,13%

El Colegio de Registradores no facilita datos para 2010, 2011, 2012 y 2013.

En números absolutos los procedimientos que llegan alcanzar la Fase Sucesiva en 2014 son:

- Inicio de la Fase de Convenio sin Fase de liquidación posterior: 344 7,53%

- Inicio de la Fase de Liquidación 4.224 92,47%

- Tras la apertura de Fase de Convenio en algún momento anterior: 310.

- Tras la firma del convenio en algún momento anterior: 190

- Directamente tras Fase Común: 3.724

TOTAL: 4.568 100%.

*consecuencia, la probabilidad de que se inicie una fase de convenio cuando no tenga posibilidades de prosperar.”*

Cierto que en las estadísticas del Colegio de Registradores se mezclan las fases iniciadas el año anterior, incluso dos años anteriores, y los números se valoran sobre el último año, pero en una serie de varios años se compensan los unos con los otros. En cualquier caso se evidencia la influencia de la Ley 38/2011 sobre los resultados y la escasa efectividad de las normas que afectan a los acuerdos de refinanciación.

Aunque también es cierto que en el año 2014 se produjo un espectacular descenso de las empresas concursadas evaluado por el Instituto Nacional de Estadística en un 28%, lo cual implica un no menos espectacular cambio de orientación teniendo en cuenta que los años anteriores experimentaron unos fuertes incrementos interanuales de:

2011: 19,8%; 2012: 37,3%; 2013: 11,7% (Fuente INE).

No parece pues que los acuerdos de refinanciación, aunque considerados positivos por buena parte de la doctrina<sup>321</sup> hayan dado los resultados que preveían los legisladores y los especialistas que avalaron su promulgación.

## **II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN, TÍPICOS Y ATÍPICOS.**

No hay, en la Ley Concursal, una definición clara del acuerdo de refinanciación y sin embargo sí aparece en el CC. En su art. 1255 se establece

---

<sup>321</sup> Vid SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J. *Refinanciación y reintegración concursal*. Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2009; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de Refinanciación. Propuesta de reforma legislativa*. Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

un principio muy general el cual, prácticamente, implica que las partes pueden establecer cualquier tipo de contrato siempre y cuando no sea contrario a las leyes, moral ni al orden público, que puede ser tan extenso como se desee o pueda materializarse.<sup>322</sup>

Sin embargo sí se encuentra en la LC, en su art. 5 bis, la metodología del proceso de la refinanciación de la que parece entenderse que este acuerdo puede haberse realizado antes de la insolvencia y estar en trámite. Aun cuando queda clara, por otra parte, la obligación del concursado de comunicar en el momento de declarar el concurso, y por supuesto después, de las negociaciones que mantiene con acreedores para la refinanciación.

La doctrina aporta varias definiciones sobre los acuerdos de refinanciación que van desde una tan escueta como alambicada “...se disponen los acuerdos pertinentes para conseguir un fin inmediato que permita la realización del fin último”<sup>323</sup>.

Hasta las descriptivas como “se trata de un instrumento que facilita la viabilidad y continuidad de la empresa, y que con los ingresos que genere se posibilite el pago total o parcial de la deuda”<sup>324</sup>

Algunos autores establecen una serie de características que entiende debe definir cualquier acuerdo de refinanciación. En primer lugar en realidad no se trata tanto de un pacto de refinanciación como de una serie de pactos de contenido distinto y distinta naturaleza jurídica que todos ellos, en conjunto, conforman el llamado pacto de refinanciación.

No existen unas normativas concretas sobre el contenido que debe incluirse en dichos acuerdos de refinanciación, el contenido es indeterminado y depende de la libre voluntad de las partes que pactan. Esto implica que no existe tampoco un modelo de acuerdo de refinanciación sino que en cada caso

---

<sup>322</sup> Art. 1255 CC.: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

<sup>323</sup> Vid. GARCÍA CRUCES, J. A. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, ed. Bosch, Valencia, 2013, pp. 67-93

<sup>324</sup> Vid. AZNAR GINER, E. *Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 24

se establecen y desarrollan los puntos que se cree necesario introducir en el acuerdo.

Lo cual si bien desde el punto de vista del acuerdo es eficaz no lo es tanto desde la rapidez necesaria para impedir que la situación patrimonial de la empresa se deteriore, ni de la operatividad de la empresa en esta fase. Además los acuerdos de refinanciación sirven para todo tipo de crédito, sea cual sea la garantía o la naturaleza de esta y de la sistematización que se haga del caso en el concurso.

Sí existen condicionantes aunque básicos. Por ejemplo, el que los acreedores tengan el derecho de vigilar la ejecución del acuerdo en todo momento, de manera que exista un control sobre el cumplimiento de los artículos del mismo según los establecido. Porque se supone que las dos partes tiene la obligación de cumplir los acuerdos y obrar de buena fe, es decir no tratar de adquirir más ventajas que aquellas que permita la ética comercial.

Entendemos que dentro de esta ética comercial se encuentra el principio de la capacidad de obrar que debe tener, o debe concedérsele, al deudor, de modo y manera que pueda continuar con su negocio sin cortapisas pero sí debe el deudor evaluar las consecuencias, tanto para la empresa como para el acuerdo de financiación, de la incidencia que sus inversiones tengan sobre el mismo. Es decir, que tenga un cuidado especial sobre la masa de capital disponible para sus operaciones, de manera que sólo podrá acometer aquellas que el capital disponible le permita realizar considerando el principio *par conditio creditorum*.

El acuerdo de financiación tiene varias consecuencias. Desde el punto de vista procesal, implica la suspensión de la obligación del deudor de solicitar concurso por la situación de insolvencia, por lo que evita la presunción de culpabilidad. Es lógico que se suspenda la obligación de declarar insolvencia por cuanto si hay acuerdo con los acreedores no existe insolvencia técnica (165.1 LC).

Por otra parte quedan paralizadas todas las ejecuciones que hubieran sido interpuestas por los acreedores financieros, con lo que el deudor adquiere

una segunda oportunidad lo bastante sólida para afianzar más su capacidad de recuperación<sup>325</sup>.

La LC, en su Exposición de Motivos entiende que la ley “*fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad goza de una gran amplitud*”, lo cual es una clara toma de posición del legislador a favor de los acuerdos particulares como instrumento más eficaz, y a la vez más garantista, para no deteriorar el patrimonio ni la capacidad de subsistir de la empresa o el deudor en el negocio.

La Ley 38/2011 introduce una tipología respecto a los acuerdos de refinanciación añadiendo a los acuerdo a) típicos los b) atípicos, los cuales no se adaptan a las normativas legales protegidas que aparecen en el art. 71.6 y de la DA 4ª de la LC, con lo que no están amparados bajo ningún escudo protector ante un posible concurso de acreedores, pero que se sustentan en la voluntad de las partes. Sin embargo el acuerdo puede ser válido.

a) Los acuerdos de refinanciación típicos, o sea los que en este caso cumplen los requisitos enmarcados en el art. 71.6<sup>326</sup> LC que se resumen, como ya se ha dicho, en la mayoría necesaria entre los acreedores, el informe de un experto independiente y la elevación a documento público, pueden acogerse a los beneficios de los escudos legales protectores, aun cuando hay diferencia entre los acuerdos de refinanciación que tienen carácter general y los que lo tienen particular. Los primeros vienen definidos por el art. 71.6<sup>327</sup> LC ya mencionado y los segundos por la DA 4ª de la misma LC.

b) Los acuerdos atípicos están sujetos al art. 71.1 LC, pero también a las presunciones legales de perjuicio *iuris tantum* que aparecen en el art. 73.3 LC o *iuris et de iure* del art. 71.2 LC.

---

<sup>325</sup> GÓMEZ HERNÁNDEZ, L. *Emprendimiento y concurso de acreedores*, ed. Universidad Pública de Navarra, Salamanca, 2014, p. 84

<sup>326</sup> Art. 71 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 72.*”

<sup>327</sup> El art. 71.6 ha sido modificado por la Ley 9/2015 de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal.

Sin embargo el 5 de septiembre de 2014 aparece el RD 11/2014, sexta vez que se modifica la Ley 22/2003<sup>328</sup>, trata especialmente sobre la manera de que las empresas económicamente viables puedan continuar con sus actividades, dado que no sólo esta continuidad es beneficiosa para dichas empresas sino también para la economía nacional, de manera muy concreta para el mantenimiento del empleo en un momento en que se establecen medidas con el objetivo de, por lo menos, preservar el empleo.

También introduce medidas para adaptar los privilegios jurídicos a la nueva situación económica respecto a los créditos privilegiados<sup>329</sup> que, en muchos casos, suponían el fracaso de los institutos concursales. En este caso se modifica la LC respecto al tercer párrafo del art. 90, que ahora dice que el privilegio especial sólo alcanzará la parte del crédito que no exceda el valor de la garantía que aparezca en la lista de acreedores. No sólo se reforma este párrafo sino también el tercero del mismo artículo; en dicha reforma se establece el valor de las garantías que fueran ofrecidas para asegurar los créditos que tengan la clasificación de privilegio especial. Y explica cómo deben considerarse los valores razonables de las prendas según su cotización en el mercado.

La doctrina entiende que es necesario diferenciar claramente un crédito con garantía real de un crédito privilegiado. Para que un crédito sea privilegiado es necesario que la garantía real cubra el monto de dicho crédito en determinada medida, y entonces el crédito puede considerarse privilegiado. Por lo cual el art. 90.3<sup>330</sup> LC sobra<sup>331</sup>. Este artículo 90.3 plantea el caso del importe del crédito que exceda del privilegio especial reconocido que será, según dicho apartado, calificado según su naturaleza, pero no indica si deberá

---

<sup>328</sup> Ley 38/2011; RDL 11/2004 de 5 de septiembre.

<sup>329</sup> “Piénsese que de no adoptarse una medida como la presente resulta que los créditos privilegiados pueden multiplicarse ad infinitum cuando su garantía recae sobre un mismo bien, sin que el valor de dicho bien se vea en absoluto incrementado” (Preámbulo del Real Decreto 11/2014).

<sup>330</sup> Art. 90.3 LC. “El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza.”

<sup>331</sup> CARRASCO PERERA, A. *Comentario a la Reforma Concursal del Real Decreto Ley 11/2014*, ed., Gómez Acebo y Pombo, Madrid, 2014, pp. 1-11

ser comunicado o se entenderá un cambio en las lista de acreedores que será realizada de oficio<sup>332</sup>.

Cierto que también pretende la nueva normativa respetar la naturaleza jurídica de las garantías reales<sup>333</sup>, pero según los valores reales del bien que garantiza y del que nace el privilegio. El problema es la definición del valor razonable, para lo cual hay que acudir al art. 94.5 LC que establece los criterios para evaluar dicho valor razonable<sup>334</sup>.

Por último, aparecen medidas nuevas con el objeto de flexibilizar las cesiones de unidades de producción o de partes de ellas.

En definitiva, se trata de facilitar, en lo posible y dentro de los límites del negocio jurídico establecido, las posibilidades de supervivencia de la empresa concursada y de proseguir una actividad de la empresa, en los casos en que esto sea posible, que repercute a nivel privado y público en beneficios para todos<sup>335</sup>.

También destaca, respecto a las modificaciones, la que se refiere a la ampliación del quórum en la Junta de Acreedores, ello implica que algunos grupos de acreedores sin derecho a voto hasta entonces adquieren este derecho; especialmente los que adquirieron sus derechos después de la declaración de concurso. Lo que trata el legislador es fomentar y para ello proteger un mercado de deuda que posibilite que la concursada obtenga liquidez, lo cual debería de redundar en un beneficio de la empresa y consecuentemente de la economía en general<sup>336</sup>.

---

<sup>332</sup> Ibidem, pp. 1-11

<sup>333</sup> “*Tampoco puede considerarse que la determinación del valor de la garantía sea un recorte del crédito garantizado. Es simplemente una valoración diferenciada del derecho principal y del derecho accesorio. No se pone en cuestión el derecho principal, sino que se permite aclarar qué parte del mismo se beneficiará del derecho accesorio y cuál no, debiendo en la segunda recibir el mismo trato que corresponda al crédito según su naturaleza.*” (Preámbulo del Real Decreto 11/2014).

<sup>334</sup> BLANQUER UBEROS, R. *Las garantías reales en el concurso*. Dykinson, Madrid. 2006, p. 95.

<sup>335</sup> CORDÓN MORENO, F. (2010). Algunas cuestiones procesales problemáticas en concurso de Acreedores. *Rev. Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá, núm III, pp. 25-45.

<sup>336</sup> GARCÍA CRUCES, J. A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, A. *La reforma de la Ley Concursal*. Cizur Menor, 2009 pp. 120 y ss.



Así mismo respecto a los acuerdos típicos introduce varios tipos que pueden reunirse dentro de un grupo de acuerdos de refinanciación ordinarios y son aquellos que responden a los mandatos del art. 71.1 bis LC. Estos tienen la ventaja para las partes que en caso de declararse el concurso no podrán ser rescindidos con lo que se benefician de lo que se ha venido en llamar “*escudo protector*”.

Uno de los tipos de acuerdo de refinanciación que se cataloga dentro de este subgrupo es el conocido como *fresh money*, caracterizado porque cumple con los presupuestos exigidos en el 71.1 bis LC y además implica, necesariamente, un ingreso en la tesorería del concursado, lo cual consolida un crédito que goza de especial protección si, dado el caso, el acuerdo fracasara. En este caso, y si se declara concurso, el crédito sería considerado crédito contra la masa<sup>337</sup>.

La doctrina se ha pronunciado respecto al *fresh money* con opiniones diversas, algunas matizando el efecto de esta modalidad de financiación y otras planteando los problemas que han producido, y siguen produciendo, las dudas que se detectan en el legislador y que se plasman en las diversas modificaciones de los artículos correspondientes ya citados.

El debate doctrinal originado por estos cambios se centra en lo poco atractivo que ha suscitado la fórmula de financiación tanto en el deudor que solicita la financiación como en los financiadores que encuentran, cuanto menos, arriesgado que se dude en las cantidades protegidas, la mitad, art. 84.11, como si son o no créditos contra la masa<sup>338</sup>.

---

<sup>337</sup> Aunque este artículo se modificó por el RDL 4/2014 de 7 de Marzo disponiendo que en caso de fracasar la declaración de concurso por la falta de acuerdo de refinanciación, sólo el 50% sería crédito contra la masa y el otro 50% privilegiado. Art. 84,11, reformado: 11.º 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 art. 71 bis o en la disposición adicional cuarta. En caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el art. 100.5. Esta clasificación no se aplica a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad.

<sup>338</sup> ALONSO LEDESMA, C., “Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos.” en PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores*, ed. La Ley,

A nuestro juicio la mejor solución sería la consideración de crédito contra la masa al 100% del mismo, solución que fomentaría las refinanciaciones y aclararía las actuales dudas a los financiadores y su reticencia a invertir en estas circunstancias. Por otra parte esta solución es la que se aplica en Italia o Francia, por ejemplo.

Otro de los tipos de los acuerdos típicos es el que cubre los acuerdos de refinanciación que se contemplan en el 71.2 bis LC. Son aquellos que cumplen una serie de condiciones que van desde incrementar la proporción de activo sobre la del pasivo existente previamente, hasta que el acuerdo haya obtenido la sanción de un instrumento público otorgado por la partes pasando por la proporción de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes y anteriores y el tipo de interés aplicable a la deuda creada y su proporcionalidad con los intereses aplicables a la deuda anterior. En realidad este subtipo de acuerdo si bien no cumplen exactamente los requisitos solicitados en 71.1 LC, sí los cumplen por acumulación de circunstancias.

Y, cerrando el apartado de la tipología de los acuerdos, hay una clasificación paralela de los mismos, derivada de la última reforma de la LC que los tipifica como acuerdos de refinanciación homologados o no homologados judicialmente. Estas disposiciones aparecen en la DA 4ª de la LC que implica una serie de requisitos cuyo cumplimiento permiten una tutela específica y gozan de una serie de ventajas.

### **1. Tipos de acuerdos de refinanciación.**

A partir del RDL 4/2014 (Ley 17/2014) desde una perspectiva jurídica se dan tres tipos de acuerdos de refinanciación: Colectivos, Singulares y Colectivos homologados judicialmente.

Aun cuando las denominaciones de estos tres tipos dentro de la doctrina son muy variadas y no siempre muy clarificadoras. En realidad los tres

---

*Madrid, 2012, pp. 287-363; PULGAR EZQUERRA, J. Fresh Money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, nº 16, 2012, pp. 67-83; MARTÍN MOLINA, P (Dir.) Una revisión de la Ley Concursal y su Jurisprudencia, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 421-489.*

aparecen en la LC., los dos primeros en el art. 71 bis y el tercero en la DA 4ª de dicha LC y, con algunas variaciones producto de modificaciones más o menos puntuales, se mantienen. En cualquier caso es importante considerar que el tercer tipo, los acuerdos de refinanciación colectivos homologados judicialmente, son los que están más protegidos por cuanto gozan de una protección total. Los otros dos, y pese a lo que parece una afirmación final en su redactado, gozan de una gran protección con matices<sup>339</sup>.

La DA 4ª de la LC define los acuerdos de refinanciación homologables judicialmente como aquellos que “...*habiendo sido suscritos por acreedores que representen al menos el 51% de los pasivos financieros, reúnan en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2º y 3º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis.*”

La Ley 38/2011 introdujo alguna restricción ya que si bien el juez debe otorgar la homologación si se cumplen los requisitos que más arriba se han explicitado, queda a su arbitrio la consideración que dicho acuerdo suponga “*un sacrificio injustificado*” para los acreedores, especialmente las entidades financieras, que lo firmaron, aun cuando las entidades financieras mantienen sus derechos frente a otros deudores o avalistas.

Los acuerdos de refinanciación colectivos aparecen en la legislación española a partir del RDL 3/2009, y si bien se han mantenido esencialmente hay algunos matices considerados que se han centrado en los acuerdos de refinanciación excluidos de la concursal, que han sido denominados singulares o no colectivos por contraposición, y su naturaleza es que no pueden rescindirse, o sea son irrescindibles, aun cuando no alcancen una mayoría cualificada de pasivo y, por ejemplo, un solo acreedor los suscriba, con lo que se alcanza lo conocido como “*puerto seguro*”.<sup>340</sup>

---

<sup>339</sup> Vid. GÁLVEZ DURAN, S. *La impugnación de los acuerdos de refinanciación, homologados judicialmente, en la reforma concursal del Real Decreto-Ley 4/2014*, ed. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2015, p. 3.

<sup>340</sup> “*En el apartado 2 del artículo 71 bis se introduce un nuevo supuesto en el cual los acuerdos alcanzados se declaran no rescindibles, sin necesidad de alcanzar determinadas mayorías de pasivo, constituyéndose en consecuencia un «puerto seguro» que permita la negociación directa del deudor con uno o más acreedores, siempre que signifiquen simultáneamente una mejora clara de la posición patrimonial del deudor, es decir, que no conlleven una merma de los derechos del resto de acreedores no*

### III. LA COMUNICACIÓN DEL INICIO DE LAS NEGOCIACIONES.

La solicitud de la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación debe hacerla el deudor, y no están legitimados para ello los acreedores, aun cuando sí les es posible, dada la gran libertad que la ley concede a las partes para la formalización de un acuerdo, incluir en el mismo la condición de que el dicho deudor solicite la mencionada homologación judicial.

Por otra parte, la LC en su Exposición de motivos destaca la *“conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores”*. La declaración de concurso puede hacerla el deudor en situación de insolvencia pero también cuando prevea razonablemente que puede llegar a ella<sup>341</sup>.

Las exigencias para formular la propuesta de convenio (art. 99 LC.) podrá tener distintas formas pero se realizará por escrito y firmada por el deudor o, si es el caso, por todos los acreedores proponentes o sus apoderados. La propuesta presentada será trasladada por el Letrado de la Administración de Justicia a las partes personadas.

Si la propuesta de acuerdo incluyera compromisos de pago con cargo a terceros como garantes o sumir obligaciones de este tipo, deberá estar firmada por el comprometiente o sus apoderados. Todas las firmas deberán estar legitimadas.

#### 1. Plazos

No se ha establecido un plazo para el vencimiento de la solicitud de homologación del acuerdo, aun cuando se entiende por el art. 5 bis LC que se comunicará en primer lugar al juzgado competente que están teniendo lugar

---

*intervinientes. Se configura de este modo una posibilidad más de acuerdo entre deudor y acreedor que es más restrictiva que la del apartado 1 del mismo artículo en cuanto a los supuestos pero más laxa en cuanto a los intervinientes.”* Exposición de motivos del Real decreto-Ley 4/2014 de 17 de marzo.

<sup>341</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*, op. Cit., pp. 88-114.

conversaciones en tal sentido. Hay un caso en que no es perceptiva esta comunicación del inicio o la existencia de negociaciones, cuando el deudor se encuentra en situación de insolvencia inminente y se puede solicitar sin más trámites la homologación del acuerdo.

El art. 5 bis 1 LC dice que el deudor debe comunicar al juzgado competente que ha iniciado negociaciones para un acuerdo de refinanciación. Dicha comunicación puede realizarse en cualquier momento antes del plazo de los dos meses siguientes al momento en que conoce o debió conocer su estado de insolvencia<sup>342</sup> según el apartado 2 de dicho art. 5 bis.

La ley permite que la comunicación tenga lugar cuando el deudor entiende que su insolvencia es inminente. Lo cual es una precaución para que la empresa conserve, en lo posible, su patrimonio sin mermar a consecuencia de un ejecutivo promovido por algún acreedor o una solicitud de declaración de concurso interpuesta por algún otro. Este tipo de peticiones ante el juez competente se suelen producir cuando uno de los acreedores se entera que el deudor está iniciando negociaciones con el objeto de alcanzar un acuerdo de financiación que le permita continuar en el negocio e intentar salvar la empresa<sup>343</sup>.

Sobre la comunicación al juez competente, el RDL 4/2014 realiza una reforma parcial al art. 5 bis de la LC que posibilita demorar la obligada declaración del concurso del anterior 5 de la LC; también impide a los acreedores demandar antes del plazo determinado por el ex art. 15.3 LC y que soliciten concurso necesario. De esta manera con la reforma indicada se garantiza el tiempo necesario para formalizar el acuerdo de refinanciación.

Sin embargo se establecen dos condiciones según se trate de un deudor con garantía real o no o en el caso que sean pasivos financieros. En el caso de los acreedores sin garantía real quedan suspendidas las ejecuciones judiciales de bienes y se suspenden las que se estén tramitando. En el caso de

---

<sup>342</sup> Art. 5.2 LC. “Salvo prueba en contrario, se presumirá 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.”

<sup>343</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *Propuesta de reforma legislativa*, ed. Dykinson, Madrid. 2010, p. 49.

los acreedores con garantía real, suele resolverse con paralizar las actuaciones hasta que hayan transcurrido los plazos legalmente previstos<sup>344</sup>.

Respecto a los pasivos financieros, estén o no garantizados, se paralizan las ejecuciones singulares promovidas, en el caso que se demuestre que el 51% de los pasivos financieros respaldan el inicio de las negociaciones conducentes a la firma del acuerdo de refinanciación, que además se hayan comprometido a que, mientras dure la negociación, no se realicen ejecuciones individuales<sup>345</sup>.

Por otra parte es necesario que estas ejecuciones sean sobre activos “*que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*” y será el Letrado de la Administración de Justicia quién publique el extracto de la resolución por cual se deje constancia de la comunicación que el deudor presente. En el caso que se presente un supuesto de negociación de acuerdo extrajudicial de pagos por el notario o el registrador mercantil se actuará de acuerdo con lo indicado por el reglamento. (Art. 5.3 LC.).

Aun cuando si el deudor se opone a dicha publicación y lo solicita de manera taxativa al Letrado de la Administración de Justicia, no se publicará, quedando en manos del deudor la publicación o no del concurso. Lo cual se sitúa a medio trayecto entre el sistema antiguo de confidencialidad y secreto y el moderno de dar publicidad. El problema reside en que dicha publicación deriva, en muchos casos, en un perjuicio sobre la solvencia del deudor y le traba sus pasos por el mercado del crédito<sup>346</sup>.

En resumen, la comunicación se concreta, con las últimas novedades, en limitarse a dar conocimiento al juzgado competente del inicio de las negociaciones, o su continuación según el caso, entre el deudor y los acreedores con el objetivo de llegar a un acuerdo de refinanciación de manera

---

<sup>344</sup> A este respecto vid. CARRASCO, A. Ejecución de garantías reales, impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía en la reforma concursal del RDL 4/2014. En *Anuario de Derecho Concursal*, nº 32, Mayo - Agosto 2014.

<sup>345</sup> PULGAR EZQUERRA, J. Ponencia sobre refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal. *Diario La Ley*, nº 8271, 2014, pp. 1- 36, p. 4.

<sup>346</sup> PULGAR EZQUERRA, J. *Ponencia sobre Refinanciación...*, art. Cit., pp. 4 - 5.

que el deudor bloquea por una parte la obligación de instar declaración de concurso durante tres meses, si está en insolvencia y, por otra, paraliza cualquier solicitud de concurso que pudiera presentar otro u otros acreedores legitimados durante el plazo de suspensión. Además de supeditar las presentadas posteriormente a la solicitud de concurso realizada por el deudor dentro del mes siguiente a los tres meses de plazo y suspensión de su obligación de presentar concurso (art.15.3 LC)<sup>347</sup>

Un problema debatido por la doctrina y es si la comunicación se presenta en estado de insolvencia inminente, “...*el plazo de los tres meses determinado por el Art. 5 bis 4 LC comienza a contar desde el momento de la presentación, y “no desde aquel (momento) en que pudiera verificarse la situación de insolvencia actual.”*<sup>348</sup>.

Gran parte de la doctrina están de acuerdo con esta interpretación de la ley. Los plazos comienzan a contarse desde el momento de la presentación. Lo cual parece que ha contribuido a reducir el número de concursos y aumentar el de los acuerdos de refinanciación<sup>349</sup>.

Lo cual parece implicar que si a los tres meses no se alcanza, por el deudor y los acreedores, ningún acuerdo la insolvencia inminente se convierte en actual y terminado dicho plazo de tres meses se alarga un mes para solicitar la declaración del concurso. Transcurridos estos tres meses y si la insolvencia inminente no ha llegado a insolvencia actual, el deudor no tiene obligación de solicitar concurso<sup>350</sup>.

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal establece nuevas modificaciones sobre los acuerdos de financiación,

---

<sup>347</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J., La tramitación del incidente de calificación del concurso. En GARCÍA-CRUCES, J. A. *Insolvencia y responsabilidad*, ed. Civitas y Thomson Reuters, Pamplona 2012, pp. 105-172.

<sup>348</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*, op. Cit., p. 50.

<sup>349</sup> DÍAZ REVORIO, E., Efectos de la comunicación pre-concursal en las ejecuciones singulares contra el deudor. En AA.VV. *El procedimiento concursal en toda su extensión*. Dykinson, Madrid. 2014, pp. 43-52  
PULGAR EZQUERRA, J. La Ley 9/2015, de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 23, 2015, pp. 1 - 3; AZNAR GINER, E. *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 29 42.

<sup>350</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*, op. Cit., p. 50.

aunque especialmente respecto a las votaciones y a la determinación de los valores de los bienes. La modificación más importante, a nuestro entender, aparece en el art. 5 bis y es la que determina que en caso de controversia le corresponde al juez del concurso la competencia para determinar si un bien es o no necesario para la continuidad de la actividad del concursado.

También lo es la modificación introducida en la disposición adicional cuarta que aclara el régimen de votación los acuerdos sindicados y lo comentado en este texto anteriormente sobre el valor razonable de los bienes que se han dado en garantía

## **2 Financiación post concursal.**

No acaban las posibilidades de lograr refinanciación con la presentación del concurso. La Ley 38/2011, posibilita que declarado el estado de concurso, puedan los concursados negociar nuevas formas de financiación. Estas posibilidades ya existían en la LC, sólo que a partir de la Ley 38/2011 son reformadas y agilizadas.

Por una parte el art. 68 LC da la posibilidad de rehabilitar préstamos cuyo vencimiento se haya adelantado por impago de cuotas de amortización o intereses devengados, siempre que haya tenido lugar en los tres meses anteriores a la declaración de concurso. Hay otra condición y es que antes de finalizar el plazo establecido para presentar la comunicación de créditos, se notifique al acreedor, se abone las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación del préstamo y asuma los futuros pagos a cargo de la masa. Sin embargo no podrá realizarse la rehabilitación si el acreedor se oponga y haya, anteriormente a la apertura del concurso, iniciado acciones reclamando el pago contra el deudor o un codeudor solidario.

El art. 99 LC, por otra parte, que ya ha sido estudiado con referencia a los requisitos necesarios para la solicitud de homologación de los acuerdos preconcursales, se habla del compromiso que pueden asumir terceros respecto a la financiación.



También debería incluirse entre las posibilidades de refinanciación después de la tramitación el concurso, lo que se plantea en el art. 100.5 LC. Dicho artículo dice que en el caso de establecer un plan de viabilidad de la empresa concursada que incluya financiarse, en todo o parte, por la generación de recursos a través de la continuidad de la empresa, a la citada propuesta debe añadirse un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y cómo se obtendrán y *“en su caso, los compromisos de su presentación a terceros”*. Y añade que los créditos que se concedan al concursado para la financiación del plan de viabilidad se liquidarán según los términos del convenio.

La Ley 38/2011 también reforma el primitivo redactado de la LC en el sentido de fomentar el interés del acreedor en el cobro de sus inversiones y lo hace por la llamada predeductibilidad *ex lege* lo cual cambia la clasificación de los créditos y entran a formar parte de los créditos contra la masa también los contraídos post concurso. Según el art. 84.2.5 LC se considerarán créditos contra la masa *“los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso”*.

De todas formas, el DL 4/2014 cambia parte de la redacción del 84.2 LC estableciendo que serán considerados créditos contra la masa: *“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”*.

No queda muy clara esta disposición por cuanto según la DA 2ª del RDL 4/2014 esta disposición no entraría en vigor hasta dos años después de promulgado dicho decreto-Ley. Y especifica que durante el transcurso de dicho

plazo de dos años, se aplicará el régimen jurídico que relaciona<sup>351</sup> En el apartado 3 de dicha disposición adicional se establece que estos créditos pasados dos años desde la fecha de concesión serán considerados créditos contra la masa según los términos indicados en el apartado 2 del art. 84 LC.

### 3. “Distressed debt”

Sólo a título de complemento a lo desarrollado se incluye en este apartado el llamado “*distressed debt*”, una figura jurídica del derecho anglosajón que implica el mercado de deuda, o sea que el crédito que un acreedor posee puede cederse a un tercero. También es cierto, como casi todo en las normativas concursales, que ya la LC se refería a la cesión de crédito aunque precisamente no la alentaba, en el sentido que incluía normativas que restringían la acción de los detentadores de este tipo de créditos en el proceso judicial.

Un ejemplo en el art. 122.1 LC que impide el derecho de voto en la junta de acreedores, incluidas las subordinadas, de las personas que “*hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración del concurso*”. Sí podrán votar si son titulares de otros créditos. Lo cual implica que reconoce el derecho de los acreedores a vender sus créditos aunque les limita los derechos de representación a los nuevos propietarios no reconociéndoles titularidad<sup>352</sup>.

La reforma del 11/2014 modifica el art. 122.1 LC en el sentido siguiente:

---

<sup>351</sup> DA 2ª apartado 1. “1º 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. 2º 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. 3º Los intereses devengados por los nuevos ingresos de tesorería a los que se refieren los números anteriores tendrán la calificación prevista en el número 3º del artículo 92 de la Ley Concursal. 4º 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”.

<sup>352</sup> AZNAR GINER, E. *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales...* op. Cit., p. 31.

*“No tendrán derecho de voto en la junta los titulares de créditos subordinados incluidas, en particular, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso”.*

Muy probablemente la intención del legislador es impedir en lo posible operaciones especulativas con los créditos del concursado, lo que vulneraría el espíritu de la ley que pretende dar una nueva posibilidad al deudor de reflotar su empresa. El acaparamiento de créditos suficientes en manos de un inversor y que este pudiera legitimarse, y consecuentemente votar por sus créditos en la junta de acreedores, sería peligroso para la consecución del objetivo de la ley.

Resumiendo, los nuevos conceptos legales sobre el tema están contenidos en las reformas que promueven el RD 3/2009 de 27 de marzo, que modifica la LC, en un intento de promover la financiación de las empresas en situación económica y financiera grave de manera que se agilicen los trámites, los costes, la refinanciación y la eficacia de las actuaciones emprendidas por deudor y acreedores con el fin de lograr que la empresa sea operativa.

Por su parte la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, trata de facilitar las soluciones extrajudiciales de las empresas en situación de insolvencia inminente, de manera que pueda soslayar la declaración de concurso y continúe sus actividades como tal empresa.

Otro de los objetivos es el de abreviar los procedimientos concursales de manera que se ahorre en tiempos y en costes, principalmente a través de los concursos abreviados que se implementarán en función de variables como el número de trabajadores, o la situación de la empresa. Se trata, pues, de sostener al deudor y darle la posibilidad de continuar su actividad económica aun cuando se entiende que en breve pasara de la situación de insolvencia inmediata a actual. Todo ello por medios de mecanismos concursales de modo que ayudando al empresario deudor pueda paliarse, en lo posible, la crisis de la economía del país, que es el objetivo reiterado de estas leyes que reforman la Concursal.

Por último el RDL 4/2014 de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, implica un cambio de mayor envergadura respecto a las operaciones de refinanciación. Para ello, y dentro del espíritu que marca la Unión Europea, se han introducido en nuestra legislación formulas y modelos de resolución de este tipo de situaciones de los países de nuestro entorno más próximo, tanto geográfica como culturalmente, como pueden ser Francia, Italia o figuras del derecho anglosajón, de las que ya se han visto alguna en este trabajo.

El objetivo es el mismo del de todas las reformas que se han realizado sobre este asunto en concreto desde la publicación de la LC, facilitar de la mayor manera posible la solución a los problemas financieros del deudor, que la empresa siga sus actividades y que los acreedores recuperen sus créditos.

Para ello se modifica el 5 bis de la LC como ya se ha visto y se incentiva a los acreedores y a los nuevos inversores a refinanciar, regulando muy favorablemente a la nueva financiación reconociéndole el carácter de crédito contra la masa en un 100%.

No han sido estas leyes las únicas que han reformado en los últimos años la LC respecto a los convenios. La Ley 9/2015 de 26 de mayo de medidas urgentes en materia concursal<sup>353</sup>, reforma de forma importante algunas de las anteriores disposiciones en materia de acuerdos de refinanciación ampliando, con matices, algunos efectos del convenio a acreedores con privilegios, incluso de derecho público, y agilizó la transmisión de unidades productivas del deudor. Todo ello con el objetivo de facilitar que las empresas viables desde la perspectiva económico-financiera puedan continuar sus actividades. Lo cual implica que los intentos anteriores con las leyes y decretos ya vistos, no obtuvieron el éxito deseado y esperado<sup>354</sup>.

El Preámbulo de la Ley 9/2015 se refiere de manera concreta a la ley 17/2014 explicando que, en esta última, se establecían las premisas básicas

---

<sup>353</sup> La base de esta ley es el RDL 11/2014 que ya se ha visto.

<sup>354</sup> A este respecto Vid. GONZÁLEZ PEREIRA, F. *Nueva Reforma de la Ley Concursal. Ley 9/2015 de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal*. Cuatrecasas, Madrid, 2015.

sobre el régimen de los convenios preconcursales.<sup>355</sup> Respecto a la Ley que prologa entiende que el objetivo es flexibilizar la *“transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad ya que en la actualidad existen algunas trabas”* que dificultan la venta.

Por lo que las modificaciones que aparecen en esta Ley se introducen con el objetivo de *“facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general”*. Lo cual, como se ha dicho, es un objetivo recurrente en los últimos años, más concretamente desde 2009 sin que se haya podido solucionar la problemática que plantean los sucesivos Preámbulos y Exposiciones de Motivos.

Las modificaciones que la ley 9/2015 introduce en los acuerdos de financiación son, esencialmente, las siguientes:

.- En primer lugar el deudor en su comunicación al juzgado deberá relacionar los procedimientos ejecutivos contra su patrimonio que se siguen con la expresa indicación de los bienes que considera, y el por qué, necesarios para poder mantener sus actividades profesionales o empresariales.

.- Las controversias que surjan respecto a si el bien relacionado es necesario o no para la continuidad de las actividades de la deudora serán resueltas por el juez competente en la causa.

.- El juez que conozca la ejecución será el encargado de suspender su tramitación con la presentación de la resolución del secretario del juzgado competente para conocer del concurso.

---

<sup>355</sup> *“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 preconcursales. 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).”* (Preámbulo Ley 9/2015).

.- Las paralización de las ejecuciones, cuando sean suscitadas por los acreedores financieros, incluirá también a las ejecuciones judiciales y a las extrajudiciales sobre cualquier de los bienes del deudor, siempre que el 51% de los acreedores de pasivo financiero apoye expresamente el inicio de las negociaciones del acuerdo de refinanciación<sup>356</sup>.

También hay modificaciones respecto a que la propuesta de convenio debe incorporar, ahora, las quitas o esperas<sup>357</sup> y podrán añadirse propuestas alternativas para todos los acreedores, sean de la naturaleza que sean, excepto los acreedores públicos. (art.100.2 LC).

También se modifica el quorum de la junta de acreedores dado que se incluyen ahora a los acreedores privilegiados y la Junta de acreedores se considerará constituida cuando hubiera *representación de la mitad del pasivo que pueda ser afectado por el convenio, exceptuando a los acreedores subordinados* (art. 116.4 LC).<sup>358</sup>

Así mismo se modifica la evaluación de las propuestas de convenio sobre el plan de pagos y el plan de viabilidad y se dan normativas tanto para el caso en que el plan sea aprobado como cuando sea rechazado.

Respecto a las mayorías necesarias para aceptación de propuesta de convenio es necesario el 50% del pasivo ordinario si dicha propuesta contienen quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito, esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos

---

<sup>356</sup> GONZÁLEZ PEREIRA, F. *Nueva Reforma de la Ley Concursal. Ley 9/2015 de 25 de mayo de medidas urgentes en material concursal*. Op. Cit., pp. 1-9; PULGAR EZQUERRA, J., *La Ley 9/2015, de reforma urgente concursal...*, art. cit., p. 2.

<sup>357</sup> Modificaciones al art. 100 de la LC. «1. *La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas.* 2. *La propuesta de convenio podrá contener, además de quitas o esperas, proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.*”

<sup>358</sup> Art. 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 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*”.

o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo (art. 124 LC.).

En el caso que la propuesta del acuerdo contenga esperas con un plazo de más de cinco años pero no superior a los diez, quitas superiores a la mitad del importe del crédito será necesario el 65% del pasivo ordinario para constituir mayoría suficiente para su aprobación. Estos son los aspectos más destacados de la Ley 9/2015 respecto a los acuerdos de financiación.

#### **IV. PROCEDIMIENTO.**

##### **1. Forma de la comunicación.**

La comunicación de negociaciones y efectos se contempla en el art. 5 bis de la LC, como ya se ha dicho. En el apartado primero de dicho artículo y ley, se dice que el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para el caso, que ha iniciado las pertinentes negociaciones para llegar, con los acreedores, a un acuerdo de refinanciación que le permita presentar una PAC de acuerdo a lo establecido por la Ley.

Si se trata de solicitar un acuerdo extrajudicial de pago, y cuando el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el fedatario público, que puede ser un notario o el registrador mercantil, al que se haya demandado la designación del mediador concursal, comunicará, de oficio, la apertura de negociaciones al juzgado competentes.

Con las reformas en vigor, la comunicación se limita a notificar al juzgado competente el inicio de las negociaciones entre las partes *“a los efectos de suspender el deber de instar la declaración de concurso del deudor durante el plazo de tres meses, en el caso de encontrarse en situación de*

*insolvencia actual, y de repeler toda solicitud de concurso que eventualmente pudieran presentar otros legitimados...*<sup>359</sup>

Esta comunicación puede tener lugar antes del vencimiento del plazo de dos meses que aparece en el art. 5 LC. En el caso que se comunique antes no “será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario”.

El plazo comienza a contar para la prohibición de las nuevas ejecuciones, ya que estas no pueden presentarse desde el momento en que se presente la comunicación. Sin embargo el plazo para las ejecuciones que estén en trámite de ejecución se suspenderán cuando se presente la resolución del Letrado de la Administración de Justicia que deje constancia de la comunicación.

Una parte de la doctrina opina que esta diferencia parece ser un error del legislador que puede provocar considerables consecuencias prácticas especialmente en los juzgados con fuerte carga de trabajo. En este caso puede mediar un amplio espacio de tiempo desde la presentación de la comunicación hasta que el Secretario resuelva teniéndolo por comunicado<sup>360</sup>.

Desde esta postura se señala que el plazo finalizará cuando se produzca uno de los siguientes supuestos:

.- Al formalizarse el acuerdo de refinanciación o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, lo cual como hemos visto también supondrá la prohibición de estas ejecuciones singulares.

.- Se llegue a un acuerdo extrajudicial, lo que impide asimismo las ejecuciones singulares.

.- Se hayan producido las adhesiones establecidas para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, lo que debe dar lugar a la solicitud de convenio voluntario, siendo además un acto extrajudicial carente de

---

<sup>359</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*, op. Cit., p. 50.

<sup>360</sup> DÍAZ REVORIO, E. *Efectos de la comunicación pre-concursal en las ejecuciones singulares contra el deudor*, ed. Dykinson, Madrid, 2014, p. 48



publicidad por lo que no parece lógico que la obtención de las adhesiones implique sin más el alzamiento de las suspensiones.

.- Que se declare concurso, lo que impide las ejecuciones singulares<sup>361</sup>.

Como ya se ha dicho, la comunicación bloquea las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes del deudor que sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional hasta el momento en que se produzcan una o más de las siguientes circunstancias explicitadas en el 5 bis 4 LC:

.- Que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el art. 71 bis 1 LC.

.- Que se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación.

.- Que se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos.

.- Que se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio.

.- Que tenga lugar la declaración de concurso.

Este bloqueo de las actuaciones contra el deudor tiene efectos *ope legis*, sin resolución estimatoria del Tribunal y las solicitudes de los acreedores toparán con lo decidido en el art. 15.3 LC<sup>362</sup>, que de hecho bloquea toda actuación durante tres meses.

## 2. Contenido.

El contenido de la comunicación contendrá las referencias de la totalidad de actuaciones ejecutivas que el deudor soporta contra sus bienes con expresa

---

<sup>361</sup> DÍAZ REVORIO, E. *Efectos de la comunicación pre-concursal...*, ob. Cit, p. 48.

<sup>362</sup> Art. 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”.

declaración de cuáles de estos bienes considera necesarios para la continuidad de su negocio. Lo cual constará en el decreto de recepción del secretario judicial. Este decreto, y el carácter de necesario de algunos de los bienes, es recurrible ante el juez competente.

En el caso de que no se recurra, o no sea admitido el recurso, se suspenderán todas las ejecuciones de bienes, aun cuando si el juez resuelve que los bienes no son necesarios para seguir en el negocio empresarial quedarán anuladas las restricciones sobre los mismos dentro de los plazos de tres meses más otro hábil.

Asimismo no podrán iniciarse, y las iniciadas quedarán suspendidas, las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, que hayan incoado los acreedores pasivos financieros. Con una limitación que consiste en si el 51% del pasivo financiero ha apoyado de manera explícita el inicio de las negociaciones para un acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no realizar ninguna acción mientras las partes negocian. Sin embargo los procedimientos de ejecución que deriven de créditos de derecho público quedan excluidos de lo dispuesto en dicho art. 5 bis LC.

Respecto al bloqueo de las actuaciones ejecutorias hay que tener en cuenta que se refiere a las judiciales pero no a las administrativas, por lo que se supone que estas están permitidas y este supuesto se confirma en gran medida cuando en el art. 5 bis 4 LC, dice: *“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”*.

Respecto a las restricciones al art. 5 bis LC: *“Estas disposiciones no impedirán 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 referidos en el número primero... estas ejecuciones no*

se despacharán, pero se tendrán por iniciadas a efectos de prohibición de pieza separada del apartado tercero del artículo 57 LC.”<sup>363</sup>/<sup>364</sup>

### 3. Publicidad

La publicidad de la comunicación será realizada en el Registro Público Concursal por el Letrado de la Administración de Justicia. Lo publicado será un extracto de la resolución con el objeto que quede constancia de que ha sido presentada. Aunque es posible que se solicite que la comunicación de negociaciones tenga carácter reservado para no interferirlas lo cual implicará que no se publique el extracto de la resolución<sup>365</sup>.

La publicidad de las actuaciones respecto a la materia jurídica que ocupa a este apartado, se contempla en el art. 23 LC que ha sido reformado por alguna otra ley posterior como la 3/2009 o la 38/2011. El citado art. 23 LC indica en su primer apartado que la publicidad de declaración de concurso y las notificaciones, comunicados y trámites de procedimiento, se realizarán a través de medios telemáticos, informáticos y electrónicos eso sí, garantizando la seguridad e integridad de las comunicaciones.

El principal medio de publicidad será, como es habitual, el BOE y se publicarán solamente los datos esenciales para la identificación del

---

<sup>363</sup> Art. 57 LC. Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales

“1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.

3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada”.

<sup>364</sup> DÍAZ REVORIO, E. *Efectos de la comunicación pre-concursal...*, op. Cit., p. 46

<sup>365</sup> “El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento. No regula la Ley nada más respecto del carácter reservado pero considero que si el mismo se acuerda por el Secretario competente, deberá no sólo dejar de remitir las comunicaciones al Registro Público Concursal, sino adoptar las medidas necesarias para la verdadera virtualidad del carácter reservado del expediente. Lo contrario puede producir, especialmente en provincias de menor dimensión, que el efecto pernicioso en el mercado de la publicidad de la situación preconcursal (cierre de líneas de crédito, desincentivo de proveedores y clientes...) frustre los objetivos de la negociación y no se consiga evitar el concurso precisamente por la publicidad del precurso”, DÍAZ REVORIO, E. *Efectos de la comunicación pre-concursal...*, op. Cit p. 49.

concurado: *número de Identificación Fiscal, el juzgado al que compete el caso, el número de autos, el Número de Identificación General del procedimiento, la fecha del auto de declaración del concurso, el plazo establecido para la comunicación de los créditos la identidad de los administradores concursales, el domicilio postal y la dirección electrónica señalados para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos de conformidad con el artículo 85, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concurado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.* La ventaja que ofrece el BOE respecto a la publicidad es que esta es gratis, por lo que reduce los costes del proceso.

El juez está facultado para aprobar la publicidad complementaria que considere, a solicitud del interesado o de oficio, si prevé que es necesaria para la difusión de los actos del concurso. Siempre que se pueda se utilizará la vía telemática para el traslado de los datos del juzgado a los medios de publicidad respectivos.<sup>366</sup>

El resto de resoluciones serán publicitadas en el RPC y en el tablón de anuncios del juzgado. En resumen, que hay tres medios para la publicidad de las actuaciones concursales que deben ser publicitadas:

En primer lugar el BOE ya mencionado y explicitado. La importancia de la publicación en el BOE no sólo es la obligatoriedad que establece la ley, sino que la fecha de publicación produce una serie de efectos: a partir de dicha fecha se inicia el cómputo del plazo para el deudor que no se haya personado en los concursos, para plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria (art. 12.1 LC); asimismo inicia el cómputo del plazo del recursos de reposición y apelación del Auto de Declaración de concurso para aquellas partes que estando legitimadas no han comparecido (art. 20.2 LC.); también fija

---

<sup>366</sup> Art. 23.3 LC. *“Excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, quien deberá remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes.*

*Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente por el Secretario judicial a los medios de publicidad.”*

el inicio del plazo de 15 a 30 días para que los acreedores comuniquen sus créditos al juzgado pertinente (art. 21.1.5 LC).

El segundo de los medios en que puede insertarse publicidad es el RPC, que se crea por la DA 3ª de la LC.

Y, en tercer lugar, hay una serie de instrumentos para publicitar y seguir el desarrollo del concurso: tablón de anuncios del juzgado, publicidad complementaria, aun cuando la que sigue siendo la más visitada por los interesados es el tablón de anuncios del Juzgado.

La publicidad complementaria se refiere a cualquier medio, por lo general la prensa escrita, que, por las razones que sean, tanto el juez de oficio o a instancia del interesado, podrá aprobar la publicidad por estos medios si lo considera importante para el más amplio conocimiento de los actos del concurso.

#### **4. Legitimación.**

Respecto a la legitimación se contempla en el art. 193 LC en el que se consideran como partes demandas aquellas contra las que se dirija la demanda y las que sostengan posiciones distintas a lo solicitado por la actora. Por otra parte también se establece que cualquier persona comparecida en forma tendrá derecho a intervenir en el incidente concursal defendiendo las posiciones de una u otra parte. Por último las partes deberán responder a las demandas a las que se opongan, en caso de una acumulación de demandas y a expresar claramente la tutela que soliciten. Si no se hace así, el juez puede rechazar su intervención sin posterior recurso.<sup>367</sup>

---

<sup>367</sup> Art. 193 LC. Partes en el incidente

*“1. En 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.*

*2. 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.*

*3. Cuando en un incidente se acumulen demandas cuyos pedimentos no resulten coincidentes, todas las partes que intervengan tendrán que contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención lo permitiese, y expresar con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten. De no hacerlo así, el juez rechazará de plano su intervención, sin que contra su resolución quepa recurso alguno.”*

Se plantea de entrada un problema: que sean partes “*cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora*”<sup>368</sup> Lo cual lleva a que de seguirse literalmente la disposición EDL 2003/29207, parece que sea de rigor demandar a toda persona o entidad afectada de manera directa o indirecta por la tutela que se pretende. Lo cual crearía un problema para constituir la relación jurídica procesal pues podría alegarse, prácticamente siempre, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no demandar a quien corresponda, sea empresa o individuo, que pueda estar afectado por el fallo<sup>369</sup>.

Todo ello determina que hay varias posturas doctrinales sobre la interpretación de este artículo y más en concreto sobre quién adquiere legitimación y quién no. Si bien parece que queda claro que se trata de “*cualquier persona comparecida en forma*”, una parte de esta doctrina acepta que la simple personación de un acreedor o persona que acredite interés legítimo en la sección de calificación ya legitima su condición de parte, otros entienden que no se justifica.

Un sector de la doctrina entiende que cualquier acreedor o persona que acredite un interés legítimo puede personarse en la sección de calificación, lo que determina su condición de parte. Lo cual le habilita para presentar reclamaciones y recurrir la sentencia que se dicte, en su día. Pero no es la única opinión doctrinal, para otros especialistas el hecho de que se limite la personación a la alegación, por escrito, de sus pretensiones y aquello que considere importante para la calificación del concurso como culpable según lo indicado en el art. 164.2 LC, o que presente causa imputable al concursado que cumpla también los supuestos de dicho artículo, podría plantear la duda de si la personación en la sección sería o no como una auténtica parte<sup>370</sup>.

Sin embargo, el DL 3/2009 superó en buena parte la polémica entre los juristas al reformar el art. 168.1 LC en el sentido de que todo aquel que

---

<sup>368</sup> HURTADO YELO, J.J. “Problemas de legitimación en el incidente concursal.” *Revista de jurisprudencia*, nº 2, de 15 de septiembre de 2014, pp. 19-23.

<sup>369</sup> HURTADO YELO, J.J. “Problemas de legitimación...”, art. Cit., pp. 19-23

<sup>370</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*, op. Cit., p. 119.

acreditase su condición de acreedor o su interés legítimo podía “*personarse y ser parte en la sección*”. Dicho de otra forma, la personación implicaba que se era parte.

En el fondo el problema no estaba tanto en quién podía ostentar legitimidad para personarse sino en la renuencia de los poderes legislativos a admitir que los acreedores pudieran adquirir la dicha legitimación de manera suficiente como para ejercitar pretensiones de condena que pudieran llegar a significar la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación.

Sin embargo, la regulación del nuevo régimen de responsabilidad concursal varía de las anteriores respecto a la calificación del concurso como culpable. Las abolidas por la nueva ley basaban en otro tipo de intereses, más de carácter público, dicha calificación del concurso como culpable y las consecuencias que se producían por dicha calificación<sup>371</sup>.

Es importante considerar que la LC ha eliminado, en la práctica, toda referencia de la calificación del concursado como culpable del Código Penal y lo ha centrado en el ámbito jurídico de lo privado, cuyo objetivo es reintegrar los bienes a la masa y cubrir con cargo a los bienes de los deudores que fueran declarados culpables.

La inhabilitación que se incluye en la legislación mencionada puede considerarse que está, también, más cerca del ámbito jurídico de lo privado que del penal, cumpliendo a la vez una función punitiva y una preventiva.

El art. 172 bis LC que contempla la legitimación de responsabilidad concursal, establece en su apartado 2 que la legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponde a la administración judicial. Y que:

*“Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento.”*

---

<sup>371</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*, op. Cit., p. 123

El 172.2 LC establece la inhabilitación de las personas condenadas a administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, aun cuando una parte de la doctrina considera que es más una tutela judicial, para cuyo ejercicio se encuentran legitimados la administración concursal y el Ministerio Fiscal y también los acreedores y aquellos que acrediten un interés legítimo<sup>372</sup>. Queda clara, pues, la legitimación del concursado y la del Ministerio Fiscal que responde al interés público.

Pero aún queda la legitimación del acreedor para instar declaración de concurso. Para ello no es necesaria cualquier otra característica más del crédito, su naturaleza o la cuantía. Es más, no siquiera es necesario de que el crédito reclamado por el acreedor esté vencido para que este legitimado dicho acreedor como tal.<sup>373</sup> Es importante destacar que el acreedor tiene la facultad de instar el concurso, lo cual implica que es factible para el acreedor amenazar al deudor con instar la declaración de concurso, con lo que dicha legitimación se convierte en una herramienta de presión.

Esto para la doctrina significa la creación de un mercado de créditos, como ya se ha dicho anteriormente, dado que el valor de mercado de los créditos puede ser rentabilizado negociando una quita con el empresario, pero lo que no puede hacer el que detenta la propiedad del crédito pero no es titular original del mismo, es instar el concurso por que la LC no le concede legitimidad en el art. 3.2 LC<sup>374</sup>

El Art. 3.1 LC le da prioridad al deudor respecto a la declaración de concurso, aun cuando no es el único legitimado ya que incluye que también lo están los acreedores y el mediador judicial. El mediador judicial es una figura que se regula en el Título X, donde se ve el acuerdo extrajudicial de pagos.

---

<sup>372</sup> Ibidem, pp. 123-124

<sup>373</sup> Art. 19.4 LC. “En caso de falta de consignación y en los que, a pesar de haber sido efectuada, el acreedor se hubiera ratificado en la solicitud, así como cuando el crédito del instante no hubiera vencido o no tuviera éste la condición de acreedor, el Juez oír a las partes y a sus abogados sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso y decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se propongan en este acto, acordando la práctica inmediata de las que puedan realizarse en el mismo día y señalándose por el Secretario judicial para la de las restantes el más breve plazo posible, sin que pueda exceder de 20 días”.

<sup>374</sup> Art. 3.2 LC. “Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento”.



Corresponde al deudor que pretende alcanzar un acuerdo extrajudicial solicitar su nombramiento.

No parece que distorsionase mucho el proceso que lo pudieran solicitar, asimismo, los legitimados para solicitar concurso o, en todo caso, el legitimado que haya solicitado el concurso, sea el deudor o los acreedores, por ejemplo. O que en todo proceso que de acuerdo extrajudicial de pagos se nombrase de oficio un mediador.

Por otra parte, no se legitima al acreedor que en los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud de declaración de concurso *adquiriese el crédito por acto intervivos y a título singular, después de su vencimiento*. Se supone que con ello se trata de evitar que pudiera un acreedor, o un tercero, tomar una posición dominante en el proceso concursal e incidir de manera sustancial en las diversas posibilidades de solucionar el problema planteado por la falta de liquidez o de capacidad financiera del deudor beneficiándose. Es decir que se trata de proteger al deudor de posibles especuladores.

Hay otros actores legitimados para solicitar la declaración de concurso como los socios de una persona jurídica o los responsables de manera personal de las deudas de dicha persona jurídica. Lo cual es lógico dado que ellos son los responsables de la persona jurídica.

Asimismo lo son los acreedores del deudor que haya fallecido, sus herederos y el administrador de la herencia. Todos ellos pueden solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada. *“La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.”*

## **5. Juez Competente.**

El art. 8 de la LC dice que son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. Y su jurisdicción es exclusiva y excluyente en las materias siguientes:

.- Acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.

.- 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. Sin perjuicio de que cualquiera de estas medidas suponga modificar las condiciones establecidas en los convenios colectivos aplicables.

.- Todas las ejecuciones frente a los bienes y derechos del contenido patrimonial del concursado.

.- Toda medida cautelar que afecte el patrimonio del concursado, excepto las exclusiones del párrafo 1º de este precepto y las adoptadas, en su caso, por los árbitros en las actuaciones arbitrales, pero sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.

.- Las que le atribuye la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica gratuita.

.- Las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora.

.- Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.

Parte de la doctrina, sobre este primer apartado del art. 8 LC se ha preguntado por qué no se han exceptuado de la jurisdicción del juez, en este caso, acciones de carácter personal como pueden ser derechos de la persona y especialmente los derechos fundamentales como los del honor, intimidad, propia imagen, entre otros de la misma naturaleza. Dado que estas acciones

pueden causar pretensiones de tipo resarcitorio o que sean sujetas de indemnizaciones<sup>375</sup>.

El siguiente art. 9 LC, se pronuncia sobre la extensión de la jurisdicción del juez que llega a todas las cuestiones prejudiciales civiles, excepto las excluidas del artículo anterior, las administrativas o las sociales relacionadas directamente con el concurso y cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. También se establece en este artículo que las decisiones sobre las cuestiones a las que se refiere al apartado anterior no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca.

Queda claro, pues, que de acuerdo con el art. 8 LC el juez tiene competencia objetiva sobre todas las acciones civiles que se relacionen con el patrimonio del concursado excepto 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 de Enjuiciamiento Civil*”.

No son de su competencia, sin embargo, las acciones que el concursado ejerza sobre terceros, aun cuando afecten de alguna manera a su patrimonio o aquellas que puedan tomarse contra terceros relacionados como avalistas.

Sí tiene competencia, no obstante, sobre las acciones que puedan producirse contra terceros relacionados con el concursado siempre que estas tengan incidencia sobre la masa activa del concurso. Por lo general se refiere a los responsables subsidiarios de los créditos de la sociedad concursada.

Respecto a la competencia territorial corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor sus intereses principales. En caso que el deudor tenga sus intereses principales en un territorio y su domicilio en otro lugar, puede elegir el acreedor solicitante cualquiera de los dos (Art. 10 LC). Se entiende como centro de los intereses principales el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual. Aunque no se diga con precisión se entiende la

---

<sup>375</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. Art. 8, en *Derecho Concursal Público* FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (coord.), ed. Iurgium, Madrid, 2004, p 118 y ss.; QUINTANA CARLO, I. *Las Claves de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 15-72

dirección postal de sus negocios o domicilio social, que es la localización que da el art. 10.1 LC a la persona jurídica deudora<sup>376</sup>.

A efectos del concurso se incluirán todos los bienes del deudor incluso aquellos que estuvieran dentro y fuera de España.

En cualquier caso si se presentarán al tiempo dos o más solicitudes de declaración de concurso en dos o más juzgados competentes, será preferente el que hubiera recibido la primera solicitud de declaración.

El art. 12 LC concede al deudor plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria dentro de los cinco días siguientes a que hubiera sido emplazado. Lo mismo podrán hacer los restantes legitimados para solicitar declaración de concurso en el plazo de 10 días desde la publicación ordenada en el art. 23 LC.<sup>377</sup>

La interposición de la declinatoria no suspenderá el procedimiento concursal. El juez está obligado en todo caso a oír al Ministerio Fiscal sobre la cuestión de competencia planteada, y sólo después se pronunciará sobre la cuestión. *En caso de que estime la cuestión de competencia, deberá inhibirse a favor del órgano al que corresponda la competencia, con emplazamiento de las partes y remisión de lo actuado.* Aunque se estime la declinatoria, todo lo actuado en el concurso será válido.

---

<sup>376</sup> Otro de los puntos destacados en la doctrina es la diferencia que se establece entre los dos concursos que pueden establecerse si el deudor tiene intereses en España y en el extranjero. En el caso que el domicilio principal de sus intereses sea España, el concurso que se inste en este país se considerará concurso principal y el instado en el ámbito internacional se considerará concurso territorial. En el caso que el deudor tenga sus intereses principales en otro país se considerará el concurso en dicho país como principal y el de España como territorial. La doctrina, además, considera que puede existir un concurso principal en un país y varios territoriales en otros países. ARRAIZA JIMÉNEZ, P. La dimensión internacional del concurso de acreedores, en MARÍN MOLINA, P. B.; CARRE DÍAZ- GÁLVEZ, J. M. del y LOPO LÓPEZ, M.A. (coords.) El procedimiento en toda su dimensión, ed. Dykinson, Madrid. 2014, pp. 293-302.

<sup>377</sup> Art. 23 LC. *“El extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el “Boletín Oficial del Estado”, y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el juzgado competente, el número de autos y el Número de Identificación General del procedimiento, la fecha del auto de declaración de concurso, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, la identidad de los administradores concursales, el domicilio postal y la dirección electrónica señalados para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos de conformidad con el artículo 85, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.”*

## 6. Tramitación.

La presentación de la propuesta de convenio supone el inicio de la segunda fase del proceso concursal. Aunque las tres fases de que se compone el proceso no necesariamente deben desarrollarse sucesivamente.

La LC establece un único procedimiento que presenta variables para solucionar todos los casos diferentes que puedan presentarse. Los arts. 183 al 198 de la LC, establecen las normas sobre la tramitación del procedimiento concursal. En el 183 se determinan las secciones del procedimiento de concurso en las que se establecen los requisitos relativos a la declaración de concurso, la administración concursal y la determinación de la masa activa entre otros de menor importancia.

El RDL 4/2014 (RDRR), establece el Letrado de la Administración de Justicia ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución de manera que quede constancia de la comunicación que el deudor ha presentado. En el caso de la negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos, también se ordenará por el notario o el registrador mercantil, la publicación de dicho acuerdo extrajudicial. A la vista de lo que dice el art. 7.1 del Real Decreto 829/2013 de 15 de noviembre, por el que se regula el RPC y lo previsto en el art. 5 de la LC, no queda muy clara la situación por lo que una parte de la doctrina aboga por una nueva regulación<sup>378</sup>

Una vez realizada la solicitud el Letrado de la Administración de Justicia debe dictar la oportuna resolución, excepto en el caso que el juzgado no sea competente procediendo en esta caso a no admitirla. Y ordenará la publicación de un extracto en el RPC. La doctrina opina que una vez realizada la comunicación no es posible desistir de las mismas ya que al formalizarse dicha comunicación produce automáticamente efectos. Con lo cual no conduce a

---

<sup>378</sup> DÍAZ EXCHEGARAY, J.L. *Los acuerdos de Refinanciación*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor. 2015, p. 144.

nada admitir una renuncia que no tendría la mínima consecuencia para el deudor<sup>379</sup>.

El art. 184 LC establece que en todas las secciones son parte el deudor y los administradores judiciales sin necesidad de comparecencia. En la sección sexta también lo será el Ministerio Fiscal. En el caso de que se derive responsabilidades por abono de salarios o indemnizaciones laborales, será citado como parte el Fondo de Garantía Salarial<sup>380</sup>.

El deudor estará en todo caso asistido por un procurador y un letrado. Lo cual también vale para todos los legitimados y cualquier acto que quieran plantear. Pero sin necesidad de comparecer en forma podrán comunicar créditos, formular alegaciones e intervenir en la junta.

Aun cuando lo dicho en este artículo lo es sin perjuicio de lo establecido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social respecto a la defensa de los trabajadores, según lo dictaminado en el apartado 6 de dicho artículo.

---

<sup>379</sup> AZNAR GINER, E. *Refinanciaciones de la deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2014, p. 32; GARCÍA-CRUCES, J.A. Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación. En *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI, homenaje al Prof. Carlos Fernández –Novoa*. Marcial Pons. Madrid. 2011, pp. 731-742

<sup>380</sup> Uno de los supuestos planteados por la doctrina es si un trabajador puede estar legitimado para instar el concurso de su empleador y si es preciso que sea asistido por un procurador y un letrado. El artículo 184.3 LC dice que *“Para solicitar la declaración de concurso, comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración, los acreedores y los demás legitimados actuarán representados por procurador y asistidos de letrado. Sin necesidad de comparecer en forma, podrán, en su caso, comunicar créditos y formular alegaciones, así como asistir e intervenir en la junta.”* Con lo cual la respuesta sería que es preciso que inste el concurso representado por procurador y letrado. Pero el art. 184.6 LC remite a la Ley de Procedimiento Laboral, hoy Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y de acuerdo con lo establecido en su art. 18 sí puede hacerlo sin el concurso de procurador y letrado. Si bien la doctrina está dividida, la jurisprudencia no es mucho más clara y el Juzgado de lo mercantil de Vitoria en auto de 14/12/2005 dice: *“sólo se mantiene la representación legal de los trabajadores en las materias sociales ‘entregadas’ al Juez de concurso y que afectan a los asalariados en relación contractual, mientras que en el resto del procedimiento, empezando por su constitución, los trabajadores se reputan acreedores individuales”*. Pero el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao en sentencia de 19/05/2006 establece lo contrario ya que dicta que el trabajador puede instar concurso de su empleador sin necesidad de procurador o letrado. Nuestra opinión es que respecto a instar el concurso del deudor el trabajador debe ceñirse a lo que dice el art. 184.3 LC, es decir asistido por el letrado y representado por el procurador, dado que no se trata de un procedimiento laboral que derive de su condición de asalariado sino de la iniciación de un procedimiento concursal en el que estaría legitimado en función de la LC en tanto y cuanto es acreedor. Otra cosa son los derechos que tiene respecto a los artículos 64 y 195 de la LC que se refieren los contratos de trabajo y a incidentes concursales en materia laboral, en este caso se aplicaría el art. 184.6 LC.

El apartado 7 es puramente instrumental y establece las actuaciones del Letrado de la Administración de Justicia en el caso que el deudor no pueda ser localizado ni le lleguen los emplazamientos.

El art. 185 LC se refiere al derecho que tienen los acreedores no comparecidos en forma a solicitar el examen de los documentos que consten en autos sobre sus créditos respectivos.

El siguiente artículo, el 186 LC, ordena que una vez declarado el concurso el Letrado de la Administración de Justicia impulsará de oficio el proceso. El juez, por su parte, resolverá sobre el desistimiento o la renuncia del solicitante del concurso, previa audiencia del resto de acreedores. Durante la tramitación del proceso, los incidentes, salvo decisión del juez, no tendrán carácter suspensivo. Y las decisiones deberán dictarse sin dilación, o sea a la mayor rapidez posible.

El art. 187 LC entiende de la extensión de las facultades del juez del concurso respecto a la habilitación de días y horas precisos para practicar las diligencias necesarias y urgentes, que también podrá realizar el Secretario del juzgado en los casos que se especifica.

Y, por último, respecto a la prejudicialidad penal, vista en el art. 189 LC, se determina que la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provoca la suspensión de la tramitación del mismo.

## **V. EFECTOS.**

A partir del día siguiente a la publicación de la sentencia en el BOE se sustancian los efectos de la homologación.

Los acreedores de pasivos financieros que no hubiesen suscrito el acuerdo, pero que estén afectados por el mismo y la homologación

correspondiente, detentarán sus derechos *frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a fiadores o avalistas* y estos no podrán referirse al acuerdo de refinanciación o a los efectos de la homologación que pudieren perjudicar a los primeros. Aquellos que sí hubiesen suscrito el acuerdo de refinanciación condicionan *el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas* a lo acordado en la respectiva relación jurídica.

Por otra parte el juez puede cancelar los embargos que ya se hubieran ejecutado como consecuencia de deudas que estén afectadas por el acuerdo de refinanciación.

La homologación judicial tiene tres limitaciones a juicio de la doctrina: el alcance u objeto, los sujetos a los que afecta y el plazo en el que surte efectos.

Respecto al alcance, la LC, con las reformas que a lo largo de los años han sido incorporadas, se concreta a los efectos del aplazamiento de las deudas que abarque el acuerdo de refinanciación a los acreedores que no hayan aprobado el acuerdo o estén disconformes con el mismo. No están obligados aquellos acreedores que ostenten deudas de otro tipo, como pueden ser laborales o de proveedores. Es decir que el acuerdo de refinanciación y sus acreedores voluntarios o no son los que detentan deudas financieras, no otro tipo de compromisos<sup>381</sup>.

No toda la doctrina está de acuerdo con las soluciones dadas en esta limitación a la problemática que supone coordinar los intereses de la deudora respecto a sus posibilidades de continuar en actividad y los correspondientes a los diversos tipos de acreedores, que desde el principio tienen diversos derechos sobre el activo de la concursada. Parte de la misma entiende que la mejor resolución hubiese sido que el acuerdo de refinanciación se hubiera

---

<sup>381</sup> GARCÍA CRUCES, J. A. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, op. Cit., p. 11; CAMPUZANO A.B. *Legislación concursal*, op. Cit., p. 7.



impuesto a todos los acreedores, independientemente de la garantía real que ostentasen<sup>382</sup>.

Sin embargo, obligar a aquellos acreedores no financieros sería, en muchos casos, situarles en una posición muy difícil para la continuidad de sus propias actividades. El legislador, parece, ha querido que fueran los acreedores financieros de los que se supone mayor poder económico, los que asumieran la carga de ofrecer una nueva oportunidad a la concursada y, a la vez, solucionar, en parte o todo, la problemática creada para el resto de los acreedores.

Los afectados son, principalmente, aquellos que tenían ejecuciones individuales en proceso o que disintiendo de la homologación las habían iniciado. Parece que el juzgado competente puede paralizar en dos momentos estas ejecuciones<sup>383</sup>.

Con carácter preventivo y temporal cuando el juez, una vez examinada la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación, dicta una providencia admitiendo a trámite dicha homologación y declarando la paralización de las ejecuciones singulares. Esta paralización es provisional y queda pendiente de perfeccionarse *hasta que se acuerde la homologación* (DA 4ª, apartado 5 LC). Su objeto, entendemos, es evitar tensiones durante las negociaciones que provocarían entre los acreedores suspicacias sobre las posibilidades de llegar a un acuerdo<sup>384</sup>.

El segundo momento es cuando el juez otorga la homologación de acuerdo con lo que se indica en el apartado 6 de la DA 4ª LC, dicha resolución se tomará por el trámite de urgencia en el plazo de quince días.

---

<sup>382</sup> CALBACHO LOSADA, F., Homologación de los acuerdos de refinanciación. *Actualidad Jurídica*. 2011, pp. 180 a 186, p. 182 “... la solución idónea habría sido que el acuerdo de refinanciación hubiera podido imponerse a todos los acreedores, con independencia de la garantía que tuvieran. Al fin y al cabo, por mucha garantía real que tengan, lo único que se pretende es que un acuerdo adoptado por una mayoría reforzada que permite a la sociedad deudora eludir el concurso se pueda imponer a todos los acreedores a los que el acuerdo va dirigido”.

<sup>383</sup> PULGAR ESQUERRA, J. *La Ley 9/2015, de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito*, op. Cit., p. 3 - 5.

<sup>384</sup> GARCÍA CRUCES, J. A., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, op. Cit., pp. 67-93. y PULGAR EZQUERRA, J. *La Ley 9/2015, de reforma urgente concursal...*, art. cit., p. 1, *Ponencia sobre Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal*, art. Cit, p. 2.

La razón de esta disposición es clara, reside en sustentar el acuerdo de homologación que sin la paralización de las ejecuciones de hecho imposibilitaría su aplicación y lo dejaría, de hecho, sin objeto.

Respecto a los plazos del proceso, el apartado 6 de la citada DA 4ª indica que la resolución por la que se apruebe la Homologación debe seguir el trámite de urgencia, resolverse en un plazo de quince días y publicarse en el RPC y en el BOE, por lo que la homologación se produce desde el día siguiente a su publicación en estos dos órganos<sup>385</sup>.

Se plantea aquí una cierta confusión, pues la LC dice que a partir del momento en que se publica los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación, la hayan suscrito o no, podrán impugnarla, aunque con los motivos limitados a lo indicado en el primer párrafo del apartado 7 de la DA 4ª LC. Para ejercer este derecho a impugnación disponen de quince días a partir de la publicación.

El juez dispondrá de treinta días para resolver las impugnaciones que se presenten y deberá resolver en este plazo sin que quepa posibilidad de recurso de apelación, publicándose en los mismos medios de la resolución de homologación.

El problema se plantea al determinar cuándo se perfecciona la homologación: en la primera publicación o cuando se publica la resolución sobre las impugnaciones presentadas. Ciertamente debido al poco tiempo que se establece entre la presentación de impugnaciones no tiene demasiado sentido cuál es el momento en que tiene efecto la homologación. Por otra parte sólo podría ser efectiva para la reanudación de los procesos judiciales de ejecuciones singulares sobre los bienes del concursado y difícilmente tendría en un mes una operatividad y, siquiera, posiblemente llegarían a reiniciarse<sup>386</sup>.

---

<sup>385</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos*, en Anuario de Derecho Concursal, núm. 32, 2014, pp. 93 y ss. DÍAZ REVORIO, E., *Efectos de la comunicación pre-concursal en las ejecuciones singulares contra el deudor*, op. Cit., pp. 43-52 y DIEZ ECHEGARAY, J.L., *Los acuerdos de refinanciación*, op. Cit., pp. 44-49

<sup>386</sup> GARCÍA CRUCES, J. A., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de empresas en crisis*, op. Cit., pp. 67-93; LEÓN F. J. “La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”, *ADC*, nº 33, septiembre-diciembre 2014, op. Cit., pp. 126-142; PIÑEL LÓPEZ, E., *Los requisitos de las*

El apartado 8 de dicha DA 4ª LC dice que los efectos de la homologación se producen desde el día siguiente de la publicación de la sentencia en el BOE<sup>387</sup>, en este caso significaría que desde este momento se inician los efectos de la homologación, pero el apartado 5 se refiere que a los efectos de la paralización de las ejecuciones la homologación será desde el momento en que se presente a trámite.

Todo ello lleva a ciertas dudas sobre la aplicación de la homologación, que tienen, repetimos, una importancia relativa por cuanto el tiempo que transcurre entre la publicación de la otorgación y la sentencia es mínimo. En cualquier caso, entendemos que los efectos tienen eficacia para la homologación desde que el juez sentencia sobre las impugnaciones, pero que los acreedores no conformes no pueden actuar hasta la sentencia sin la correspondiente autorización del juez.

### **1. Suspensión de la obligación de presentar concurso voluntario.**

El art. 5 bis LC en su apartado 1 establece que el deudor debe dar conocimiento al juzgado competente para la declaración del concurso que se han iniciado negociaciones para llegar a un acuerdo de refinanciación según lo previsto por el art. 71 bis 1 y la DA 4ª LC. Esta comunicación, por el apartado 2 del mismo artículo, si se formula antes del vencimiento del plazo establecido en el art. 5 LC, que es de dos meses, aun cuando desde que *“hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”*, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

Es decir que la principal consecuencia de la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores para llegar a un acuerdo de refinanciación, es la supresión, por lo menos de manera temporal, del plazo de dos meses desde la fecha que se ha indicado: desde que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Ciertamente es una fecha cuanto menos difícil

---

refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11, 2009, pp. 35 y ss.

<sup>387</sup> DA 4ª, apartado 8 LC. *“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.»*

de precisar, por cuanto su conocimiento es difícil de comprobar y el deber de conocerlo más si cabe.

Esta disposición está dentro del espíritu de las modificaciones de la ley para proteger al deudor y con ello su patrimonio con el objeto que pueda hacer frente a sus obligaciones con los acreedores y evitar el deterioro de dicha masa patrimonial que pueda acaecer en el transcurso del procedimiento. Lo que se pretende con esta supresión temporal de la obligación de presentar concurso voluntario es, evidentemente, darle tiempo al deudor para organizar sus contactos con los acreedores e intentar llegar a un pacto extrajudicial de pagos e incluso una propuesta de quitas que le permitan seguir con la empresa y hacer frente, en un futuro más o menos próximo, a sus obligaciones<sup>388</sup>.

Para ello el deudor necesita tiempo que le permita acordar sin más agobios que los estrictamente necesarios, por lo que la ley le dispensa temporalmente y le difiere el plazo hasta cuatro meses, tres y uno más, si no ha llegado a acuerdo alguno con los acreedores, en que puede solicitar la declaración de concurso según el art. 5 bis 5 LC, excepto en el caso que ya hubiere salido del estado de insolvencia.

Lo que hace la regulación es ofrecer al deudor un periodo de tres meses que es suficiente, a juicio de la doctrina, para llegar a un acuerdo, y se le da otro mes para que pueda ultimar la tramitación de su solicitud concursal. En realidad como dicen algunos tratadistas si se añaden unos a otros los plazos que se prevén en la ley concursal, el deudor puede disponer de hasta seis meses como máximo<sup>389</sup>.

---

<sup>388</sup> En este sentido se pronuncia PULGAR ESQUERRA, J., *La ley 9/2015, de reforma urgente concursal, comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito*, op. Cit., p. 1 - 2; AZNAR GINER, E. *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, op. Cit., p. 29. En la que dice: “El deudor que se encuentra en situación de insolvencia actual, debe presentar su concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o devenido conocer su insolvencia (art.5.1 LC) y se me antoja que dentro de tan escaso plazo resulta complicado negociar con sus acreedores una propuesta anticipada de convenio. Por el contrario, si el deudor atraviesa dificultades económicas puede plantearse capar tal situación mediante la consecución de un acuerdo de refinanciación e, incluso, si es insolvente, un acuerdo extrajudicial de pago concertado con sus creadores.”.

<sup>389</sup> AZNAR GINER, E. *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, op. Cit, p. 31, “Si la comunicación se presenta el día en que vence el plazo de dos meses del art. 5.1 LC con que cuenta el deudor para presentar el concurso y, posteriormente, agota los tres

Desde luego, mientras no se agote el plazo de tres meses no se admitirán solicitudes de concurso de otros legitimados para hacerlo, aun cuando las solicitudes que se produzcan se retendrán hasta que venza el plazo establecido y se entre en el mes hábil que prevé el art. 15.3 LC<sup>390</sup>.

Estas solicitudes junto a las que se presentaron, si fuere el caso, anteriormente, se unirán a los autos lo cual evita que repercutan en las negociaciones para la refinanciación. Lo que también entiende así la jurisprudencia como la AJM núm. 1 de Bilbao de 2 de junio de 2009 núm. 576/2009 (EDJ 2009/110574)<sup>391</sup> en la que reafirma la doctrina de que se considerará dentro del plazo previsto concurso voluntario.

En el caso que no se llegue a un acuerdo entre el deudor y los acreedores, si el primero presenta solicitud de concurso se tramitará como concurso voluntario, lo cual implica que se retrotrae el momento de la solicitud al de la comunicación que el deudor hizo en su día del inicio de las comunicaciones, según se interpreta lo indicado en el art. 22.1 LC<sup>392</sup>. Esta ha sido también la interpretación de la jurisprudencia<sup>393</sup> y la mayor parte de la doctrina.

---

*meses para negociar la propuesta anticipada de convenio, el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pago y el mes adicional para instar su concurso, presentándose la solicitud el último día, lo dicho, seis meses desde que conoció su situación de insolvencia”*

<sup>390</sup> Art. 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”.

<sup>391</sup> “...el nuevo artículo 5.3 LC ha establecido una excepción al deber de solicitar la declaración de concurso que problema el artículo 5.1 LC. Si la regla del artículo 5.1 LC es que el deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, al poner en conocimiento del juzgado, conforme al nuevo artículo 5.3 LC, que se han iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenios e aplaza tres meses tal obligación, con la consecuente matización de la aplicación de la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165.1 LC y la consideración del concurso como voluntario, pero a solicitudes posteriores...”

<sup>392</sup> Art. 22.1 LC. “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.

*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”.*

<sup>393</sup> SAP de Sevilla de 17 de Diciembre de 2013 (JUR 2014, 104241), núm. 624/2013, rec.5929/2013 (EDJ 2013/304285). “...la retroacción a la que se refiere el invocado artículo 22 tiene por objeto únicamente la calificación del concurso como voluntario, en el caso de que el deudor hubiera efectuado comunicación prevista en ese artículo 5,3 (actualmente 5 bis, tras promulgación de Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio), equiparándose a estos solos efectos

También han surgido dudas sobre este precepto en la doctrina, especialmente sobre en qué momento el deudor debe comunicar que la negociación ha fracasado y, por lo tanto, solicitar concurso. La pregunta que se hace la doctrina es si debe solicitar concurso en el momento en que conozca que la negociación ha terminado sin acuerdo o puede esperar a que concluya el plazo de tres meses<sup>394</sup>.

A nuestro juicio el deudor no tiene obligación de instar concurso hasta que transcurra el plazo establecido por la ley dado que puede intentar, en el tiempo que media para terminar el periodo de gracia, realizar nuevos acuerdos sobre otras bases, o quizás las mismas con matices, para alcanzar un acuerdo con los acreedores. En definitiva el más interesado en llegar a este acuerdo es el mismo deudor, y desde luego, en segundo lugar los acreedores, y agotar el periodo establecido puede ser una segunda o tercera oportunidad para llegar a un acuerdo.

No hay que olvidar que las intenciones del legislador son potenciar al máximo las posibilidades de que el deudor puede continuar con su negocio y mantener la actividad del mismo. Ciertamente el acuerdo de homologación tiene un claro fin último que es el pago de la deuda, pero también tiene otro fin mediano mantener la empresa para poder pagar esta deuda y mantener la actividad económica<sup>395</sup>.

---

*de calificación del concurso como voluntario, la citada comunicación previa a la solicitud de concurso por el propio deudor. Pero de ello no se infiere que, una vez el concursado es declarado, esa declaración tenga carácter retroactivo. Por la sola declaración de concurso, precedida de la referida comunicación de situación de insolvencia, no cabe admitir retroactividad en relación a los efectos derivados del dictado de esa resolución, y en concreto, en particular a una posible rehabilitación de contratos previamente resueltos”.*

<sup>394</sup> ÁVILA DE LA TORRE, AL. El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial, en GARCÍA CRUCES (dir.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de empresas en crisis*. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 45-66

<sup>395</sup> RUIZ DE LARA, M. Ponencia ejecución del auto de homologación de acuerdos de refinanciación previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal. En MARTÍN MOLINA, P.B., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. Y LOPO LÓPEZ M. A. *El procedimiento concursal en toda su dimensión*. Dykinson, Madrid, 2014, p. 30. “El objetivo del acuerdo (de homologación) ha de ser el logro de la continuidad de la actividad empresarial del deudor. Si bien debe destacarse que el Acuerdo de refinanciación tiene una finalidad solutoria. El acuerdo de refinanciación se alcanza siempre con la finalidad de atender el pago de lo debido por el deudor refinanciado a sus acreedores. Lo anterior no empece para que el acuerdo atienda igualmente- otra exigencia, pues ha de permitir y hacer posible la continuidad de la actividad empresarial del deudor. Ahora bien, esta finalidad- si así se quiere calificar-

## 2. Prohibición del inicio de ejecuciones.

Dentro del espíritu que anima la ley concursal, especialmente en las últimas modificaciones, no tendría el mínimo sentido que se permitieran procedimientos como las ejecuciones de bienes mientras se procede a una negociación cuyos fines, por lo menos en teoría, tiende a lograr dos efectos positivos: permitir la continuidad del negocio del deudor y facilitar el cumplimiento de sus obligaciones para con los acreedores.

Si en el mismo periodo de tiempo se realizaran los dos ejercicios, negociaciones y ejecuciones, crearían un clima de desconfianza por una parte y de indecisión producto del desconocimiento de las resoluciones judiciales sobre los patrimonios por otra, que de hecho impedirían llegar a cualquier acuerdo de refinanciación.

Lo cual se demostró en la práctica cuando todavía no se había regulado en el sentido actual estos efectos y cualquier acreedor podían instar ejecución antes o durante la tramitación de los acuerdos de refinanciación. Era una clara laguna en la legislación que finalmente se ha resuelto<sup>396</sup>.

El actual art. 5 bis 4 LC dice que desde el mismo momento de la presentación de la comunicación del deudor del inicio de las negociaciones para alcanzar un 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*.

Hay una precisión muy importante: la paralización de las ejecuciones sólo se refiere a aquellos que *resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial*, lo cual deja a criterio del juez cuáles son estos bienes o hasta donde llega el concepto. Queda más claro que la

---

*conservativa tiene un puro carácter mediato para poder alcanzar el fin último del acuerdo, que no es otro que el pago de lo debido.*"

<sup>396</sup> ÁVILA DE LA TORRE, A., *El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial*, En GARCÍA CRUCES (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de empresas en crisis*, op. cit. pp 45-66; SENES, C. *La limitación del derecho a la ejecución forzosa...*, op. Cit., pp. 73-83; PULGAR EZQUERRA, J., *La ley 9/2015, de reforma urgente concursal, comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito*, op. Cit., pp. 31-53.

suspensión abarca todas las ejecuciones sean del tipo que fueren siempre que sean necesarias para la actividad empresarial, sean ordinarias, garantías reales o cualquier otro tipo.

Por otra parte, el mismo apartado del art. 5 bis LC, suspende todas las ejecuciones en tramitación con la presentación de la resolución del Letrado de la Administración de Justicia que da constancia de la comunicación<sup>397</sup>.

El dicho art. 5 bis LC hace una referencia directa a las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales promovidas por los acreedores de pasivos financieros siempre que se acredite, por medio de un documento, que el 51% por lo menos de tales pasivos apoyan expresamente el inicio de las negociaciones para llegar a un acuerdo de refinanciación: *“comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.”*

Sin embargo se dan dos supuestos que suponen excepciones a las suspensiones de las ejecuciones<sup>398</sup>. En primer lugar los acreedores que posean una garantía real sobre su crédito pueden ejercitar la acción real sobre los bienes y derechos en los que recaiga su garantía aun cuando 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”*<sup>399</sup>.

Además de este tratamiento especial, no se opta por la prohibición de presentar e iniciar ejecuciones como en el caso general, sino de paralizarlas. Por otra parte, en este caso de las garantías reales se seguirá el art. 568.1

---

<sup>397</sup> Según lo indicado en el artículo 565 de la LEC.

<sup>398</sup> RUIZ DE LARA, M. *Ponencia ejecución del auto de homologación de acuerdos de refinanciación previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal*, op. cit., p. 31. *“El fundamento de tal previsión, reside en la primacía que el legislador ha venido a operar al interés colectivo de los acreedores, sobre el particular de las entidades financiera disidentes, con salvaguarda de los beneficios y privilegios que otorgan las garantías reales, al amparo de la experiencia de que aquél gozará de mayor protección en la medida en que se garantice la continuidad de la actividad del deudor, todo ello en aras a satisfacer los créditos de sus acreedores.”*

<sup>399</sup> La Exposición de Motivos del RDL 4/2014 dice *“En concordancia con lo anterior, se prevé la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a determinados acreedores con garantía real y se simplifica el procedimiento de homologación, en el que el juez conoce directamente de la solicitud, en aras a garantizar la celeridad y flexibilidad buscada en esta fase preconcursal y en el que únicamente tendrá que comprobar la concurrencia de las mayorías exigidas para acordar la homologación”*



LEC<sup>400</sup> en el que se hace mención del art. 57.3 LC. Además en el mismo art. 568 LEC en su segundo párrafo se refiere a la suspensión que decretará el Letrado de la Administración de Justicia de la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto conste en el procedimiento la declaración de concurso. Y añade que cualquier actuación del procedimiento ya iniciado que se dirija contra bienes hipotecados o pignorados se sujetará a lo que se indique en la LC.

La doctrina, por lo general, destaca la falta de precisión sobre cómo operarán estas suspensiones respecto al deudor y a cuál de los juzgados corresponde acordar las suspensiones: el mercantil al que el deudor ha presentado la comunicación de inicio de las negociaciones o al que entiende de las ejecuciones en trámite y, por último, la falta de unas instrucciones procedimentales para seguir dichos trámites<sup>401</sup>.

Uno de los problemas que se suscitan es quién de los dos jueces debe decidir qué bienes son necesarios para la actividad profesional o empresarial. Parte de la doctrina considera que es una de las atribuciones del juez que ostente la jurisdicción o sea el juez ejecutor<sup>402</sup>. El art. 568.2 de la LEC dice que es el Letrado de la Administración de Justicia quién decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se encuentre. También parte de la doctrina entiende que la suspensión de la ejecución debe solicitarse en el juzgado que la tramita a través de una comunicación de la representación procesal del

---

<sup>400</sup> Art. 568.1 LEC. “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 art. 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 art. 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución”.

<sup>401</sup> Una parte de la doctrina considera que deberá mediar un acuerdo preconcursal para que se acepte la suspensión de cualquiera de las ejecuciones en el juzgado en que esta ejecución se siga, sin que intervenga el juzgado de los mercantil más que por la intervención habilitante necesaria de la declaración de constancia de la comunicación efectuada por el deudor, según YAÑEZ EVANGELISTA, J. y NIERO DELGADO, C., Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos. *ADCo*, n.º. 32, mayo-agosto 2014, pp. 155-193

<sup>402</sup> SENES, C. *La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efectos de la comunicación de negociaciones con acreedores*, op. cit., pp. 73-83.

deudor en el que se acredite la necesidad de los bienes relacionados para la continuación de la actividad profesional o empresarial<sup>403</sup>

Por nuestra parte entendemos, como se ha dicho anteriormente, que se trata de un concepto muy amplio e indeterminado que será necesario aclarar en cada caso, dado que los bienes necesarios dependen, en buena parte, del tipo de profesión y actividad que realice el deudor. Lo cual implica que en cada caso deberá tomarse una decisión, desde luego por el juez ejecutor sobre el que recaerá tal responsabilidad. Ciertamente que los datos con que contará dicho juez ejecutor no serán muchos, pero deberá tomar la decisión sobre ellos. Por otra parte, la carga de defender la necesidad de tal o cual bien para la continuidad de la actividad del deudor recae sobre este<sup>404</sup>. Por último, quedan excluidos los créditos de derecho público.

### **3. Duración de los efectos de la comunicación.**

Ya nos hemos referido anteriormente a algunos de los efectos de la comunicación por lo que en este apartado se tratará de aquellos que han suscitado mayores controversias en la doctrina.

En primer lugar aparecen en la legislación diferentes tratamientos respecto a los tiempos para la prohibición de iniciar nuevas ejecuciones frente a la suspensión de las ya iniciadas; ya que en el primer caso no podrán iniciarse desde el momento en que se presente la comunicación y en el segundo caso quedarán suspendidas en el momento en que se presente la

---

<sup>403</sup> DÍEZ ECHEGARAY, J.L. *Los acuerdos de refinanciación*, op. cit., p.82 y p. 150.

<sup>404</sup> SENES, C. *La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efectos de la comunicación de negociaciones con acreedores*, op. Cit., pp. 73-83 “La competencia del juez ejecutor 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.”

resolución del Letrado de la Administración de Justicia constatando la comunicación. Parte de la doctrina entiende que es un error del legislador cuya consecuencia depende de la perspectiva en que se plantee la crítica<sup>405</sup>

Cuatro son los supuestos que plantea la doctrina respecto a la finalización de los plazos:

1.- En el momento en que termine positivamente el acuerdo de refinanciación. Este momento puede considerarse el que se admita a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación. Dicho hecho prohíbe las ejecuciones singulares

2.- Cuando se adopte el acuerdo extrajudicial. Hecho que también prohíbe las ejecuciones singulares.

3.- Cuando se haya llegado al número de adhesiones precisas para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio. Aunque esta posibilidad no es muy realizable por cuanto se trata de un acto extrajudicial sin publicidad, lo cual prácticamente lo descarta.

4.- Cuando se declare concurso. También suspende las ejecuciones singulares<sup>406</sup>.

Estos supuestos corresponden a los que aparecen en el apartado 4 del art. 5 bis<sup>407</sup> LC que hace una referencia al art. 71 bis 1 LC.

No queda claro pues cuál es el momento en que terminan los efectos de la comunicación en función de los distintos escenarios, aun cuando la legislación establece un término en el apartado 5 del art. 5 bis LC en el que se

---

<sup>405</sup> DÍAZ REVORIO, E. *Efectos de la comunicación pre-concursal en las ejecuciones singulares contra el deudor*, op. Cit., pp. 43-51 “...puede tener una muy importante consecuencia práctica en aquellos órganos judiciales en los que por la carga de trabajo medie un amplio lapso de tiempo desde la presentación de la comunicación hasta la resolución del Secretario teniéndolo por comunicado.”

<sup>406</sup> MARTÍN MOLINA, P.B., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. y LOPO LÓPEZ M. A. *El procedimiento concursal en toda su dimensión*. Dykinson, Madrid, p. 48.

<sup>407</sup> ) Art. 5 bis LC. “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”.

determina que transcurridos “tres meses desde la comunicación al juzgado del inicio de las negociaciones de un acuerdo de refinanciación, o extrajudicial de pagos o las consecución de los porcentajes necesarios para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso.”

Pero tiene un mes hábil más para presentar dicho concurso. Mes durante el cual puede seguir con sus negociaciones para salvar sus intereses y evitar entrar en concurso.

Otra de las controversias, aunque de menor importancia, es si el deudor está obligado a agotar los tres meses en las conversaciones para llegar a un acuerdo de refinanciación. No nos parece que sea el caso y el deudor, como legitimado para comunicar el inicio de conversaciones tendentes a obtener refinanciación, también lo está para terminar o considerar por terminadas dichas conversaciones cuando lo considere oportuno dado que el plazo de tres meses debe considerarse como un plazo máximo para negociar pero no un periodo de obligatorio de negociaciones. En este mismo sentido opina la mayor parte de la doctrina<sup>408</sup>. Termina este artículo con dos disposiciones que afectan a la comunicación de diferente manera. La primera afecta más al concurso ya que la declaración de concurso el deudor puede obviarla en dos supuestos: si ya la hubiera solicitado el mediador concursal o si el deudor ya no se encontrará en situación de insolvencia. La segunda es que no podrá formular ninguna otra comunicación el citado deudor hasta que haya transcurrido el plazo de un año.

---

<sup>408</sup> QUINTANS EIRAS, R. *Luces y sombras en la reforma de la propuesta anticipada de convenio. En El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro en homenaje al prof. FERNÁNDEZ NOVOA*. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 755-768; GARCÍA CRUCES, J. A. *Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación*, op. Cit., pp. 731 y ss.; AZNAR GINER, *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, op. Cit., p 28-34. ; DIEZ ECHEGARAY, J.L. *Los acuerdos de refinanciación* op. Cit., p.91-94

## VI. NEGOCIACIONES PREVIAS Y CONCLUSIÓN DEL ACUERDO.

La ley no indica de una manera expresa cuándo deben iniciarse las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, sí indica que deberán haber comenzado antes de que el deudor ponga en conocimiento del juzgado competente que está negociando con los deudores (art. 5 bis 1 LC) y también establece un plazo máximo de tres meses para llevar a cabo la negociación (art. 5 bis 5 LC).

La doctrina entiende que esta negociación entre las partes, deudor y acreedores, que se establece para llegar a un acuerdo de refinanciación no son por sí mismo un negocio jurídico, dado que de ellas no se deducen efectos jurídicos, por lo menos inmediatamente por cuanto no se ha establecido entre dichas partes una relación jurídica<sup>409</sup>

Se aduce, por parte de la doctrina, que en esta primera fase de la negociación no existe voluntad para vincularse jurídicamente por lo que falta el elemento volitivo para crear una vinculación efectiva<sup>410</sup>. Con lo cual no estamos muy de acuerdo por cuanto sí existe una voluntad de llegar a un acuerdo y voluntad de llegar, por lo menos de aquellos que se vinculan con la negociación, no, desde luego, de los que la rechazan y no la suscriben en su momento. Por ello no les vincula necesariamente a un acuerdo final, ya que pueden rechazar un acuerdo o no suscribirlo. Los únicos límites que tienen son los que imponen las leyes, la moral o el orden público según el art. 1255 CC.

No parece que si bien las negociaciones y lo en ellas tratado tiene cierta trascendencia dentro del marco jurídico si se llega al porcentaje de suscripciones requerido, impliquen que todo lo tratado deba asumirse como una responsabilidad precontractual, dado que esta siempre estará subordinada a las intenciones y decisiones finales de cada uno de los acreedores y su

---

<sup>409</sup> AZNAR GINER, E. *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, op. Cit, pp. 28.34.y DÍEZ ECHEGARAY, J.L. *Los acuerdos de refinanciación*, op. Cit., pp. 91-94

<sup>410</sup> DÍEZ ECHEGARAY, J.L. *Los acuerdos de refinanciación*, op. Cit, pp. 91-94

voluntad o no de suscribir el contrato. El art. 1258 del CC dice que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan. Y deben regirse por el principio de que según su naturaleza, sean *conformes a la buena fe, al uso y a la ley*, que también indica el citado artículo.

Algunos especialistas hacen mucho hincapié en la buena fe que debe presidir las negociaciones y la lealtad que deben mostrar unos y otros en la intención de encontrar la mejor solución para todos los actores de dichas negociaciones en conjunto. Lo cual se ha revelado más como un deseo que como una realidad. Los acreedores por lo general actúan en función de sus posibilidades de recuperar los créditos y sólo en el caso que se vislumbre la posibilidad de que a través de una refinanciación y el mantenimiento de las actividades de la empresa puedan recuperar dichos créditos aceptarán los sacrificios que comporte su participación en tal refinanciación<sup>411</sup>.

En cualquier caso y como demostración de una generalizada desconfianza entre sí de los actores de estas negociaciones, no es infrecuente que configuren un documento previo entre ellos en el que se comprometen a seguir una reglas de conducta, buena fe y lealtad en las negociaciones que se lleven a cabo con el objeto de llegar a un acuerdo en la refinanciación. Documentos que son más frecuentes en las negociaciones preconcursales que afectan a las grandes empresas que cuando se trata de pymes. Incluyen este tipo de documentos compromisos, generalmente por parte del deudor, a presentar toda la información que se le requiera respecto al negocio, autorizar una *due diligence* (auditoria) de su negocio, no otorgar nuevas garantías reales o personales, no repartir dividendos, no saldar deudas y comprometerse a no presentar concurso sin notificarlo anteriormente a los acreedores que se encuentren negociando. Por parte de los acreedores se les exige en este tipo de documentos no iniciar acciones judiciales para recuperar su crédito, no instar el concurso necesario y no ejecutar las garantías que pudiera tener su

---

<sup>411</sup> GARCÍA VICENTE, J.R. Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual. En GARCÍA CRUCES, J.A. *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de la empresa en crisis.*, Hospitalet de Llobregat, 2013, pp. 67-93, y AZNAR GINER, E. *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, op. Cit., p. 28

crédito. También suele incluirse el deber de secreto por parte de los acreedores sobre las informaciones no públicas del deudor<sup>412</sup>.

Algunos de estos supuestos ya están contemplados por las leyes respecto a las negociaciones de cualquier tipo, como la veracidad de los datos proporcionados por las partes y la obligación, en el caso de las refinanciaciones, de dar las informaciones solicitadas.

Lo que se trata, pues, es de garantizar que ninguno de los agentes que intervienen en la negociación pueda aprovecharse de alguna ventaja para que el deudor le liquide su crédito total o parcialmente o que el deudor se endeude más, lo que contribuiría a una minusvaloración de los créditos detentados por el resto de acreedores.

## VII. IRRESCINDIBILIDAD DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.

Los problemas que en los anteriores ordenamientos legislativos creaba la condición de rescindibles de los bienes del deudor, que éste había dispuesto para evitar su entrada en la masa activa de su patrimonio, con la retroacción de las operaciones por las que dicho deudor vendió estos bienes, se evidenciaron tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Las nuevas regulaciones a partir de la LC clarificaron en buena parte este tipo de actuaciones y, especialmente, los límites de la acción en el tiempo que siempre fueron una de las problemáticas más discutidas<sup>413</sup>.

---

<sup>412</sup> AZNAR GINER, E. *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, op. Cit., p. 28-29; NIETO DELGADO, C. *La refinanciación como alternativa al concurso*, op. Cit., pp. 13-28 y DIEZ ECHEGARAY, J.L. *Los acuerdos de refinanciación*, op. Cit., pp. 57-76

<sup>413</sup> SAP Asturias de 15 de julio de 2010: "... cabe admitir que el pago de una obligación ya vencida y exigible realizado por el deudor fallido a uno de sus acreedores con anterioridad a la declaración de concurso puede tenerse como perjudicial cuando suponga un sacrificio patrimonial injustificado, lo que así ocurriría cuando se traduzca en una indebida alteración de la par conditio creditorum (repárese en que el art. 71-2 in fine LC., permite aplicar un concepto amplio del concepto de perjuicio, comprensivo

Los arts. 71 y 71 bis de la LC entienden de las acciones de reintegración el primero y del llamado régimen especial de algunos de los acuerdos de refinanciación. En el primero de los artículos se establece que *serán rescindibles aquellos actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso*. Lo que ya delimita en el tiempo la rescindibilidad de dichos actos lo cual era demandado por la doctrina. Esta rescindibilidad lo es aun cuando en el negocio no hubiera intervención la intención fraudulenta<sup>414</sup>. Dada la dificultad por lo general de probar esta intención fraudulenta en una venta realizada dos años antes, periodo en que la empresa pudiera estar muy lejos del concurso, entendemos que prueba la tutela que el legislador quiere ejercer a favor de los acreedores al preservar la masa activa.

Sin embargo queda el problema del concepto de perjuicio sobre la masa activa que difícilmente puede precisarse dado que se trata de un concepto cuanto menos indeterminado<sup>415</sup>, vinculado con lo antes dicho del momento en que se realiza el negocio que minusvalora o se considera minusvalora el patrimonio del futuro concursado.

A este respecto nos parece importante la crítica que hace parte de la doctrina, con la que coincidimos. Dice que la propia jurisprudencia no se muestra muy de acuerdo ni con la acepción estricta de perjuicio ni con la amplia<sup>416</sup>. Parte de la doctrinase refiere a la sentencia antes vista SAP de

---

*también de la lesión en la masa pasiva donde residencia la par creditorum) en tanto que trato de favor injustificado a ese acreedor que ve satisfecho su crédito de manera preferente frente al resto de acreedores que acuden al concurso y cuya expectativa de cobro se ve disminuida ante una masa activa menguada precisamente por dicho acto de disposición patrimonial”*

<sup>414</sup> Sentencia A.P. Las Palmas 389/2013 de 29 de octubre 389/2013. Fundamennto juridico. “11) *Que no es necesaria la concurrencia de elemento intencional de causación del perjuicio o de fraude, para el éxito de las acciones de reintegración, exigiéndose tan solo el perjuicio para la masa activa, con la finalidad de tutelar a todos los acreedores, siendo una concreción del principio de paridad de trato de todos los acreedores cuando se llega a la situación de concurso de acreedores, destacando que el perjuicio no equivale a estado de insolvencia del deudor en el momento en que realizó el acto impugnado y que el acto puede ser perjudicial aunque no exista relación causal entre acto y estado de insolvencia determinante del concurso”.*

<sup>415</sup> SAP de Barcelona 6 de febrero de 2009 (58/2009). “*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”*

<sup>416</sup> SAP Pontevedra núm. 251/2013 de 31 de mayo de 2013. “*viene realizando llamativos esfuerzos argumentales para restringir el concepto amplio de perjuicio, introduciendo matizaciones, incluso con*



Barcelona 6 de febrero de 2009 58/2009 y la inclusión en la misma del concepto del “*sacrificio patrimonial injustificado*” que supone el acto para el deudor, más tarde concursada, y, por lo tanto, para la masa activa del concursado<sup>417</sup>

Quizás a nuestro juicio el mejor planteamiento respecto a lo tratado es el que propone la STS 652/2012 de 8 de noviembre de 2012 que propone analizar “*el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva...(o sea)...si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha*”, es decir, si en el momento de realizar el negocio que dos años después reduce la masa activa estaba o no en situación de insolvencia<sup>418</sup>.

Una vez planteada la rescindibilidad de los actos perjudiciales para la masa activa, pasamos a la irrescindibilidad de los acuerdos de refinanciación que se contemplan en el art. 71 bis LC. En este caso la problemática aparece ya en los anteriores planteamientos dado que si no se blindaban de alguna manera, respecto a dicha rescindibilidad, los acuerdos de refinanciamiento, podían estos anularse o salir muy perjudicados ante la retroacción de lo acordado.

Dado que el objetivo del legislador era facilitar en lo posible los acuerdos de refinanciación que podían mantener la empresa en activo, los puestos de trabajo y la capacidad de la misma para hacer frente a sus deudos en un plazo razonable<sup>419</sup>, había que blindar los acuerdos tomados en las negociaciones al

---

*criterios de no fácil identificación en el propio sistema legal, como sucede...cuando se acuña el concepto de patrimonial injustificado como exigencia adicional para apreciación del perjuicio”.*

<sup>417</sup> AZOFRA VEGAS, F, *La Hipoteca flotante*, ed. Dykinson, Madrid, 2015, p.488.

<sup>418</sup> SAP Barcelona de 13 de enero de 2010 (AC2010/d324) “*Más controvertido resulta apreciar el perjuicio en el caso de que los pagos hubieran sido de obligaciones debidas, vencidas y exigibles, antes de la declaración de concurso, pues aunque, en principio, todos estos pagos constituyen lógicamente una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se puede considerar injustificado este sacrificio patrimonial, presupuesto necesario para que exista perjuicio para la masa. La injustificación de estos pagos podría derivar de que supusieran al mismo tiempo una alteración de la par conditio (sic) creditorum, tal y como recordamos en la Sentencia de 8 de enero de 2009*”

<sup>419</sup> 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

efecto. El RDL 3/2009 de 27 de marzo ya se pronuncia en este sentido y establece la irrevocabilidad de dichos acuerdos<sup>420</sup> siempre y cuando el acuerdo de refinanciación sea suscrito por los tres quintos del pasivo del deudor en el momento de la suscripción del acuerdo, que dicho acuerdo sea informado por un experto independiente y que el acuerdo se formalice en un instrumento público.

La norma, como entiende la doctrina, tiene un carácter de protección de los acuerdos de refinanciación en los que el legislador pone gran parte de su confianza en la mejora de las situaciones preconcursales. Lo cual parece un acierto del legislador por cuanto proporciona un instrumento que anteriormente no existía y que impedía el buen desarrollo tanto de las negociaciones de refinanciación como el buen fin de las mismas.

La actual legislación recogida en el art. 71 bis LC establece que no serán rescindibles los acuerdos de refinanciación, los pactos, negocios, actos y pagos, “cualquiera que sea su naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos...” en determinados supuestos que se verán a continuación.

## **1. Protección Rescisoria.**

El apartado 3 del art. 71 bis LC dice que los acuerdos que son regulados en dicho artículo pueden ser impugnados según lo dispuesto en el siguiente artículo el 72 de la LC que contempla la legitimación y el procedimiento.

La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y las de impugnación que puedan ejercitarse contra los acuerdos de refinanciación contemplados en el artículo anterior 71 bis LC, recae en la administración judicial.

---

posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos. Exposición de Motivos del Real decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

<sup>420</sup> SÁNCHEZ –CALERO GUILARTE, Refinanciación y reiteración concursal, *ADC*, n° 20, 2010, pp. 8-38 y PULGAR ESQUERRA, J. Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de escudos protectores, *Diario La Ley*, n° 6963, junio 2008, pp. 1 y ss.

Añade una disposición que nos parece una protección del acuerdo de refinanciamientos: que la acción rescisoria sólo puede fundamentarse en el incumplimiento de las acciones previstas en el art. 71 bis LC, además la prueba del incumplimiento recae en quién ejercita la acción.

Cierto que en el apartado 1 del 72 LC se admiten como subsidiarios de la administración concursal a los acreedores, siempre que esta no haya actuado dentro de los dos meses siguientes a sus requerimientos por escrito de una acción concreta para rescindir o impugnar .

Es decir que se acepta una impugnación de los acuerdo con las consecuencias que ello conlleva, siempre que se hayan incumplido los requisitos necesarios para que se produzca la homologación de los acuerdos de refinanciación. Lo cual *sensu contrario* quiere decir que si se cumplen los requisitos establecidos en la norma los acuerdos de refinanciación no pueden rescindirse. Dicho de otra manera, la protección es total dado que si no se cumplen todas las condiciones que establecen las leyes para los acuerdos de refinanciación estos no tienen validez por lo que no existen y si son válidos no son rescindibles.

## **2. Nombramiento de experto independiente.**

El RDL 4/2014 de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, significó la supresión del experto independiente que se exigía en el art. 71.6 LC, el cual fue sustituido por un auditor de cuentas, aunque se trata de una sustitución condicionada<sup>421</sup>.

Entendemos que el legislador proporciona una ayuda al deudor y a los acreedores para que, a través de un experto, se ratifiquen en sus acuerdos una vez analizado el informe de dicho experto. De manera que si el informe

---

<sup>421</sup> Condicionada dado que podrían solicitar el nombramiento de un experto independiente los acreedores para que informe sobre “*el carácter razonable e independiente 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.*” (Apartado 4 del art. 71 bis LC).

contuvieses alguna reserva o indicación que ellos no hayan tenido en cuenta puedan resolverla o incorporarla al acuerdo, si así lo consideran.

No hay una normativa respecto a cuál debe ser el criterio del nombramiento. Ciertamente dice la legislación que el nombramiento corresponde al registrador mercantil del domicilio del deudor, pero no quién ni cómo debe ser este experto. Lo único que dice es que el nombrado será un profesional que *“resulte idóneo para la misión”*.

No indica la titulación que debería tener, ni su experiencia, ni cuáles serían los criterios y normas por las que debería regirse su función. Más bien parece que deja en manos del registrador la elección del tipo de experto en función de la actividad sectorial del deudor, lo cual tampoco es un error ni mucho menos.

Asimismo no queda claro quién asume el coste de los honorarios de este profesional y la doctrina duda entre el deudor y los acreedores, aunque parece lo más lógico, a nuestro juicio, que sea el propio deudor o la empresa concursada, la que se haga cargo de estos honorarios. En cualquier caso, la figura del experto independiente ha quedado, a partir de la reforma de 2014, como accesorio.

## **VIII. HOMOLOGACIÓN.**

El RDL 4/2014 de 7 de marzo establece en su Introducción cuatro premisas que justifican su aprobación:

1.- En primer lugar la necesidad de salvar la mayor parte posible de las empresas que puedan entrar en concurso dados dos factores: el enorme número de empresas que no soportan un proceso concursal y terminan desapareciendo y el hecho de que muchas de estas empresas son operativas,

o sea que tienen capacidad de generar beneficios pero se encuentran con un problema de financiación que les obliga a entrar en una situación concursal<sup>422</sup>.

Por otra parte, salvar a este tipo de empresas y permitir que sigan con sus negocios potencia la economía del país y contribuye a crear empleo. Ciertamente que ello comporta la necesidad de aliviar la deuda de la empresa y satisfacer a los acreedores. Lo cual sólo es posible a través de un acuerdo de refinanciación en la que las dos partes deben acordar una solución que satisfaga a ambos.

2.- En segundo lugar, sin embargo, no es este el único factor que permitiría esta salvación de muchas empresas amenazadas de entrar en concurso. Uno de los problemas que intenta solucionar el presente Decreto-Ley 4/2014, es la rigidez de los mecanismos legales que condicionan llegar a acuerdos de refinanciamiento y que impiden, en muchas ocasiones, que la voluntad de las partes se materialice a causa de problemáticas normativas.

Para ello el citado Decreto Ley se propone eliminar las incertidumbres legales que se plantean en transcurso de los acuerdos de refinanciación y en su homologación judicial. Las limitaciones jurídicas con que se contaba y la seguridad jurídica necesaria para llegar a estos acuerdos, precisaban de nueva normativa, que se incluyen en el DL 4/2014. Y como dice el propio Decreto Ley: *Por este motivo, siempre que los acuerdos reúnan los requisitos previstos en este real decreto-ley no se verán sometidos al riesgo de rescindibilidad que tanto ha retraído hasta ahora la actuación de las partes en fase preconcursal.*

3.- En tercer lugar, otra de las situaciones que se pretende solucionar con esta nueva legislación, son los privilegios reconocidos que estaba obstaculizando y, en muchos casos impidiendo, los acuerdos preconcursales,

---

<sup>422</sup> PÉREZ BENÍTEZ, J., La nueva regulación de los acuerdos de refinanciación, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 1, 2014, p..... “El elevado grado de endeudamiento del sector privado se ha traducido en un fuerte apalancamiento de las empresas españolas y una clara dependencia de los recursos de financiación procedentes del exterior. La crisis financiera internacional afectó de forma muy intensa a las entidades nacionales y ello se transmitió de forma directa a la estructura del capital especialmente de las pymes, que pronto se vieron ante unas necesidades angustiosas de financiar el circulante. El excesivo nivel de morosidad alejó los gastos y los pagos, y la crisis de financiación del sector público incentivó la tragedia.”.

[http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos\\_de\\_refinanciacion\\_11\\_685180006.html](http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos_de_refinanciacion_11_685180006.html)

Consultado 17/10/2016

como el caso de los deudores con garantía real o sin garantía real, que situaba a los primeros “*inmunes a los cuerdos homologados*”, además era necesario también evaluar que no todos los acreedores con garantía real tenían los mismos privilegios. Tampoco quedaba nítidamente clara la distinción entre obligación principal y obligación accesoria, lo cual planteaba problemas en los acuerdos de refinanciación.

4.- En cuarto lugar, la premisa se refiere a la necesaria flexibilización de las transmisiones de los negocios o parte de ellos, unidades de producción, como otra forma de refinanciación de las empresas de referencia<sup>423</sup>.

La homologación de acuerdos de financiación se ha creado con el objeto de proporcionar a las empresas en difícil situación financiera una herramienta que posibilite, desde la perspectiva operativa, y que tenga la capacidad de obtener beneficios, la recuperación y facilitar su continuidad en la industria manteniendo su contribución a la economía nacional y salvando los puestos de trabajo que mantiene.

La homologación es un procedimiento judicial que sigue el Juzgado de lo Mercantil que sea competente quien supervisa el acuerdo y lo homologa si este cumple con todos los requisitos que exige la LC 22/2003 y las modificaciones que a lo largo de los años se han incorporado al texto primitivo.

Tres son las grandes ventajas que aparecen en la Ley 4/2014 modificando la anterior LC y que consolidan la homologación como uno de los instrumentos que permitirán, con casi toda seguridad, reducir el fracaso general de las acciones que se han tomado, hasta el momento, para salvar a empresas en concurso.

1.- En primer lugar la ampliación de la homologación a todos los acreedores financieros, incluidos los que no suscribieron el acuerdo de

---

<sup>423</sup> CERVERA, M., El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación, *ADC*, nº. 33, septiembre-diciembre 2014, pp, 111 y ss; LEÓN F. J. *La ineficacia de los acuerdos de refinanciación*, op. Cit., pp. 126-142.; GÁLVEZ DURÁN, S. *La impugnación de los Acuerdos de refinanciación, homologados judicialmente, en la reforma concursal del real Decreto-ley 4/2014*, op. Cit., pp. 47-59 y PULGAR ESQUERRA, J. *La ley 9/2015, de reforma urgente concursal, comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito*, op. Cit., pp. 1-2

refinanciación. Eso sí, siempre que se cumplan los requisitos que se establece en la Ley.

2.- En segundo lugar, las ejecuciones singulares contra él o la concursada se cancelan, siempre que dichas ejecuciones afecten al Acuerdo de Refinanciación.

3.- Por último no es posible rescindir los Acuerdos de Refinanciación homologados, aun cuando lo solicite la administración concursal<sup>424</sup>.

### **1. Acuerdos homologables. Disposición adicional Cuarta.**

La LC no define qué es un acuerdo de refinanciación aun cuando sí establecer una serie de condicionantes que de alguna manera lo delimitan. Por lo que se puede, teniendo en cuenta esta delimitación, opinar sobre el concepto de estos acuerdos, lo que ha hecho ampliamente la doctrina y que se verán en los siguientes apartados y en relación con los diversos contenidos de la normativa que se analiza.

En realidad para de alguna manera entender la naturaleza de estos conceptos hay que remitirse al art. 1255 del CC en el que se permiten realizar cuantos pactos consideren necesarios las partes siempre que se atengan a las leyes, moral y orden público vigente. Los acuerdos de refinanciación son, pues, tan amplios como quieran las partes que intervienen: el deudor y los acreedores.

La DA 4ª de la LC, contempla la homologación de los acuerdos de refinanciación<sup>425</sup> que podrán homologarse siempre que sean suscritos por al

---

<sup>424</sup> MARTÍN MOLINA, P. B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. y LOPO LÓPEZ, M. A., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*. Dykinson. Madrid. 2014, pp. 357-362 y RUIZ DE LARA, M. Ponencia ejecución del auto de homologación de acuerdos de refinanciación previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal. En MARTÍN MOLINA, P.B., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. Y LOPO LÓPEZ M. A. *El procedimiento concursal en toda su dimensión*. Dykinson, Madrid, 2014. p.30

<sup>425</sup> PÉREZ BENÍTEZ, J., La nueva regulación de los acuerdos de refinanciación, *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 1, 2014, "La LC de 2003 no define que sea un acuerdo de refinanciación, limitándose a establecer determinadas exigencias adicionales, bien para proteger los acuerdos del riesgo de rescisión, bien para determinar las circunstancias de una posible homologación judicial. Sin embargo, del texto literal de la ley podemos conocer que, desde el punto de vista objetivo, se trata de acuerdos por los cuales el deudor obtiene una ampliación significativa de crédito disponible o bien la modificación de las obligaciones ya contraídas, bien mediante una prórroga en el vencimiento, bien mediante el

menos el 51 por ciento de los pasivos financieros y en el momento de su adopción se den las condiciones siguientes:

a.- Que se dé una ampliación significativa del crédito disponible, que se hayan acordado aplazamientos de los vencimientos del plazos de los pagos o la sustitución de dichos vencimientos por otros que posibiliten una mayor viabilidad de la empresa respecto a cumplir con sus nuevos compromisos a corto y medio plazo o que se hayan condonado todos o parte de las deudas (art. 71 bis a) de la Ley 22/2003).

b.- También se exige para homologar el acuerdo que el auditor de cuentas certifique sobre la suficiencia del pasivo que se exige para que se homologue dicho acuerdo, que como ya se ha dicho es del 51% sobre los pasivos financieros; que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se adjuntarán todos los documentos necesarios para justificar el contenido y el cumplimiento de los requisitos explicitados (art. 71 bis b, 2 y 3 LC). Los acuerdos de refinanciamiento aprobados por mayoría no podrán rescindirse<sup>426</sup>.

c.- La negociación del acuerdo de refinanciación no es un acto cerrado y que se estructura por unos condicionantes rígidos, sino que es flexible, se trata de una negociación y por lo tanto depende de las partes y de las especiales circunstancias que se dan, tanto en su planteamiento –dependiendo del deudor y de las circunstancias en que se halle- como en su resolución –que depende de las necesidades y situaciones de los acreedores- Por lo que cada caso tiene características especiales.

Respecto al cómputo de la mayoría establecida en la DA 4ª apartado 1 LC no se considerarán los pasivos financieros que detenten acreedores que

---

*establecimiento de nuevas garantías, bien a través de su novación extintiva, contrayendo nuevas obligaciones en sustitución de las ya existentes.”*

[http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos\\_de\\_refinanciacion\\_11\\_685180006.html](http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos_de_refinanciacion_11_685180006.html)

Consultado 17/10/2016.

<sup>426</sup> PULGAR ESQUERRA, J. *Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: Escudos protectores en el marco del RDL 3/2009*, op, cit., pp. 49-134 y BAUTISTA SAGUES, F. Aspectos prácticos de las reestructuraciones, *RMV*, nº 4, 2009, pp. 84 y ss.,



sean personas vinculadas al deudor o sociedad deudora de acuerdo con el apartado 2 del art. 93 LC, pero si podrán ser afectados por la homologación<sup>427</sup>.

En el caso que el concursado sea una persona natural, se considerarán personas especialmente relacionadas con el concursado las siguientes según el art. 93.1 LC:

1º.- El cónyuge del concursado, pareja inscrita o la personas o personas que convivan *con análoga relación de afectividad*, que hubieran convivido en los dos años anteriores a la declaración e concurso.

2º.- Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado del concursado y de cualquier otra persona que se cite en el apartado primero.

3º.- Los cónyuges de los citados en el apartado segundo

4º.- Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los tres apartados anteriores, o sus administradores de hecho o de derecho. Se entiende que el concursado tiene control cuando se cumpla lo dispuesto en el art. 42.1 del Código de Comercio<sup>428</sup>.

5º.- Las personas jurídicas que integren el mismo grupo empresarial controlado por el concursado.

---

<sup>427</sup> El art. 93.2 LC dice que se considerarán personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: Los socios que lo sean respecto a las responsabilidades y aquellos que teniendo o no responsabilidades, tengan un cinco por ciento del capital social siempre que la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial o un diez por ciento si no tuviera valores admitido en dicho mercado. Si los socios son personas naturales tendrán la misma consideración de “especialmente relacionadas con el concursado” las que lo sean con los socios. También se considerarán como tales personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, los administradores, de derecho o 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. Y, por último las sociedades que compartan con la concursada, grupo y sus socios comunes, en ciertas circunstancias.

<sup>428</sup> El art. 42.1 del Código de Comercio dice que existe “un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a.- Posea la mayoría de los derechos de voto; b.- Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c.- Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d.- Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración...

6º.- Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho.

La DA 4ª también dispone serán considerados acreedores de pasivos financieros *los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera* y quedan excluidos de esta consideración los acreedores que ostenten créditos laborales, derivados de operaciones comerciales y de pasivos de derecho público.

En el caso de los acuerdos que deban estar sujetos a un pacto de sindicación la mayoría a la que deberán sujetarse todos los acreedores para obligarse al acuerdo de refinanciación, será del 75% del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación. Hay una excepción a esta norma, y es que el pacto de sindicación contemple una mayoría que obligue inferior a dicho 75%.<sup>429</sup>

Aquellos acreedores que no detenten pasivos financieros ni pasivos de derecho público podrán adherirse voluntariamente al acuerdo de refinanciación homologado sin que sus pasivos se tendrán en cuenta para el cómputo de las mayorías establecidas<sup>430</sup>.

Respecto a los acreedores que detenten garantías reales, la DA 4ª define el valor de la garantía real que tiene cada acreedor como: *“el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que 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”*<sup>431</sup>.

---

<sup>429</sup> PÉREZ BENÍTEZ, J., La nueva regulación de los acuerdos de refinanciación, *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 1., 2014,

[http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos\\_de\\_refinanciacion\\_11\\_685180006.html](http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos_de_refinanciacion_11_685180006.html)  
Consultado 17/10/2016. y QUINTANS EIRAS, R. *Luces y sombras en la reforma de la propuesta anticipada de convenio*. En *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*. Libro en homenaje al Prof. CARLOS FERNÁNDEZ NOVOA, pp. 755-768.

<sup>430</sup> Este apartado de la Disposición adicional cuarta, corresponde a las modificaciones introducidas por la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

<sup>431</sup> Y se entiende por valor razonable:

Los informes que se especifican en b y c no serán necesarios si los valores que se citan ya han sido evaluados por un experto independiente en los seis meses anteriores al inicio de las negociaciones para el acuerdo de refinanciación. Tampoco será necesario que se realice. Ningún informe cuando se trate de efectivo<sup>432</sup>, saldos de cuentas corrientes o imposiciones a plazo fijo<sup>433</sup>.

Tampoco la LC especifica de manera muy clara cuáles son las garantías reales en la DA 4<sup>a</sup>, aun cuando lo clarifica más en el art. 56 LC cuando se refiere a la paralización de las ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas cuando unas y otras sean necesarias para la continuidad de la actividad profesional<sup>434</sup>.

Por otra parte el acreedor con una garantía real que no acepte el acuerdo de refinanciación se verá, con las últimas modificaciones de la ley, obligado a aceptar el acuerdo siempre que se cumplan los porcentajes explicitados por dicha ley. Es cierto que la ley, tal y como está redactada, es cuanto menos de difícil comprensión respecto al sistema que introduce, pero en cualquier caso cuestiona los derechos especiales de los acreedores con garantías reales por lo menos en parte<sup>435</sup>.

---

a.- Respecto a los valores mobiliarios que coticen en mercado secundario, regulado o de instrumentos de 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.*

b.- Respecto a los bienes inmuebles, la evaluación que dé una sociedad de tasación homologada e inscrita en el correspondiente registro del banco de España.

c.- Respecto a otro tipo de bienes, el valor será el determinado en el informe que emita un experto independiente según las normativas de valoración reconocidas.

<sup>432</sup> Se establecen dos casos especiales: 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 párrafo primero, sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente.

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 acuerdos sindicados.

<sup>433</sup> Este apartado de la Disposición adicional cuarta, corresponde a las modificaciones introducidas por la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

<sup>434</sup> PULGAR EZQUERRA, J. *Acuerdos de refinanciación, escudos protectores y garantías reales*, op. Cit., pp. 1-39

<sup>435</sup> NIETO DELGADO, C. *La refinanciación como alternativa al concurso*, op. Cit., pp. 13-28“...La disposición adicional 4<sup>a</sup> introduce un nuevo y complejo sistema conforme al cual los acreedores con

## 2. Acreedores que no han suscrito el acuerdo de refinanciación.

Los acreedores que detenten pasivos financieros pero que no hayan aceptados los acuerdos o que se han opuesto a los mismos y que los créditos que poseen no tengan 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 el 60% de los acreedores de pasivo financiero, con aplazamientos de menos de cinco años o la conversión de la deuda en préstamos participativos también para menos de cinco años. Se entiende que se refiere al principal, intereses o cualquier cantidad adeudada.

b.- En el caso de que el acuerdo haya sido aprobado por el 75% de acreedores de pasivo financiero se tomarán las medidas siguientes:

1º.- Las esperas con plazos de cinco años o más, pero no superiores a diez en ningún caso.

2º.- Las quitas.

3º.- La conversión de la deuda en acciones o participaciones de la sociedad concursada. En este caso<sup>436</sup>:

.- Por un lado los acreedores que no hayan aceptado el acuerdo de refinanciamiento podrán optar entre la conversión de deuda en capital o *una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que*

---

*garantían real se considerarán a todos los efectos (en particular, en cuanto a la extensión del acuerdo a disidentes y ausentes) como titulares de créditos carentes de ese privilegio, por la parte de la deuda que exceda del valor que haya de atribuirse a la garantía conforma a una serie de reglas instituidas en la propis disposición”*

<sup>436</sup> PÉREZ BENÍTEZ, J., La nueva regulación de los acuerdos de refinanciación, art. Cit. “La capitalización de deuda se ha revelado como uno de los mecanismos más efectivos para lograr la refinanciación, al que se ha acudido frecuentemente en la práctica, sobre todo en supuestos en los que las probabilidades de recobro del crédito para el acreedor eran muy limitadas. El efecto inmediato es una mejora en la estructura financiera de la sociedad deudora, que ve un correlativo aumento de sus fondos propios mediante la ampliación del capital social y la reducción correlativa de su pasivo financiero. La nueva ley incentiva de forma muy intensa este mecanismo con medidas comunes para todos los acuerdos de refinanciación; junto a ellas habrán de tenerse en cuenta las medidas específicas que en relación con la capitalización se establecen para los acuerdos homologados, como se ha visto.” [http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos\\_de\\_refinanciacion\\_11\\_685180006.html](http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos_de_refinanciacion_11_685180006.html)  
Consultado 17/10/2016

les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. En el caso que el acreedor no indique expresamente que prefiere la transformación en capital se entenderá que opta por la segunda opción.

.- Y por otro, el acuerdo de aumento de capital para asumir la conversión de la deuda y la consiguiente capitalización de los créditos debe adoptarse por la mayoría prevista en las siguientes leyes: artículos 198 y 201.1 de la LSC, (Decreto Ley 1/2010 de 2 de julio)<sup>437</sup>

4º.- La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o superior pero menos de diez años, en obligaciones convertibles, préstamos subordinados, préstamos con intereses capitalizables o de cualquier otro instrumento financiero del mismo rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

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

### **3. Ámbito de la homologación judicial**

La homologación judicial incluye a los acreedores de pasivos financieros que no hayan o que estén disconformes con el acuerdo de refinanciación y sobre el crédito que no supere la garantía real y estos se verán afectados por lo dicho en el apartado 3º siempre que los efectos de dicho apartado se acuerden por las mayorías que siguen, *calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas*:

a.- El 65% respecto a las medidas expuestas en la letra a) del apartado tercero, anteriormente analizado.

b.- El 80% respecto a las medidas previstas en la letra b) del apartado tercero, anteriormente analizado.

---

<sup>437</sup> A efectos del art. 301.1 LSC, se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles.

#### **4. Competencia para conocer de la homologación.**

La competencia para conocer sobre esta homologación corresponde al juez de lo mercantil que sea competente para la declaración del concurso de acreedores.

Lo podrá solicitar el deudor o cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciamiento. Los documentos que deberán adjuntarse a la solicitud serán:

1.- Acuerdo de refinanciación.

2.- Certificado del auditor que acredite las mayorías que la ley exige para sustanciar los acuerdos de refinanciación.

3.- Los informes que se soliciten a los expertos independientes y que se relacionan en el apartado 4º.

4.- De la certificación del acuerdo de aumento de capital si se ha acordado.

También las certificaciones de tasación y los informes que se citan en el apartado 2º.

Una vez el juez tenga toda esta documentación *dictará la providencia y admitiéndola a trámite declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación.*

Una vez dictada la providencia el Letrado de la Administración de Justicia ordenará su publicación en el RPC, en cuyo anuncio se incluirán todas las identificaciones que indica la ley que estarán a disposición de los acreedores en el juzgado mercantil que sea competente.

Una vez cumplimentados estos pasos el juez, cuando considere que se han cumplido todos los condicionantes incluidos en el apartado 1º de la DA 4ª, otorgará la homologación y declarará la extensión de efectos correspondiente siempre que el auditor certifique las mayorías requeridas que se han explicitado anteriormente.

Dicha resolución que apruebe la homologación del acuerdo será adoptada por trámite de urgencia, en un plazo de quince días, y publicada en el RPC en el BOE

## **5. Procedimientos de homologación**

### **A) Solicitud de Homologación.**

No queda muy claro en qué momento puede realizarse la solicitud de homologación. Según el art. 71 bis 1 LC, parece que los acuerdos de refinanciación pueden ser suscritos con anterioridad a la declaración de concurso, dado que a partir de este momento se dice que no serán rescindibles. Tampoco se establece un determinado plazo para solicitar la homologación del acuerdo de refinanciación, aunque sí se dice que en el momento de la declaración de concurso puede incluir en la misma que ha iniciado negociaciones con los acreedores financieros para llegar a dicho acuerdo.

Hubiese sido importante fijar exactamente por lo menos una determinada demora para presentar la solicitud de homologación por los efectos que trae consigo, entre ellos y el más importante detener todas las acciones ejecutivas contra los bienes del deudor. Muy probablemente el plazo para solicitud la homologación debería ser de tres meses, el mismo que tiene el deudor para llegar al acuerdo de refinanciamiento, aun cuando también puede entenderse este como el plazo máximo que le da la ley al deudor, además del mes hábil siguiente que le da el art. 5º bis LC, después del fracaso de un acuerdo de refinanciación, para solicitar la declaración de concurso.

Aunque también podría tomarse como periodo en el que puede hacer la solicitud los dos meses que da la Ley al deudor para instar su concurso voluntario a partir del momento en que sabe que está en insolvencia o debe saber.

Se sobrentiende que si se ha alcanzado un acuerdo, la comunicación puede hacerse en cualquier momento a partir de que se haya suscrito el

acuerdo de refinanciación dentro de los tres meses de plazo. O eso parece dar a entender la Ley.

El legitimado para realizar la solicitud de homologación es el deudor y todos los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación. La solicitud deberá ir acompañada por los documentos que se establecen en la DA 4ª, apartado 2 y los que se relacionan en el art. 71 bis 4 LC.

Con esta comunicación el deudor logra una serie de ventajas que están justificadas por el objeto del acuerdo de refinanciación, que es la continuidad de la empresa. Entre ellos y en primer lugar la comunicación protege el patrimonio de los procedimientos de ejecución individual; los cuales se suspenderán si ya están iniciados y no podrán iniciarse si no lo están<sup>438</sup>.

## **B) Competencia**

La competencia corresponde al juez de lo mercantil (art. 8 LC). Y esta jurisdicción es exclusiva y excluyente en las acciones civiles que impliquen actuaciones contra la masa patrimonial del concursado y las acciones sociales relativos a la modificación o suspensión de los contratos de trabajo en los que el concursado sea empleador.

También son competencia del juez cualquier ejecución a los bienes y derechos *de contenido patrimonial concursal, cualquier que sea el órgano que lo hubiere acordado*. Así mismo todas las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado excepto aquellas que sean competencia de otros jueces.

Las acciones que signifiquen reclamación de deudas sociales contra los socios subsidiarios de los créditos de la sociedad deudora, independientemente de la fecha en que han sido contraídos, y *las actuaciones tendentes a reclamar a los socios de la entidad deudora el desembolso de las*

---

<sup>438</sup> CERDÁ, F. La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no participantes, *ADCo*, n° 33, septiembre-diciembre 2014, pp. 143-165; CERVERA, M., El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación, *art. cit.*, pp. 111-123 y GARCÍA MARRERO, J. Los acuerdos de refinanciación. En PRENDES CABRIL y MUÑOZ PAREDES (direcs.) *Tratado judicial de insolvencia*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 299-303



*aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias* (art. 8 LC).

La jurisdicción del juez de lo mercantil se extiende a cuestiones prejudiciales civiles aun cuando las decisiones sobre esta cuestión no serán de aplicación fuera del proceso concursal en que se produzcan.

La competencia será la del juez de lo mercantil en cuyo territorio el concursado tenga la mayor parte de sus intereses, especialmente el domicilio social de la empresa. En el caso que o coincidan los dos conceptos, domicilio social y la mayor parte de sus intereses, el acreedor solicitante podrá elegir entre los dos jueces<sup>439</sup>.

### **C) Legitimación.**

La Legitimación queda expresada en la DA 4ª 5 LC en que dice que *“la solicitud podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación”*. Esta disposición aparece en la Ley 17/2014 de 3 de abril por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

En realidad la legislación actual no hace un hincapié especial respecto a la legitimación porque parece, más bien, que los legisladores la den por sentada derivada tanto del art. 5 bis de la LC como en la DA 4ª LC. Por otra parte la doctrina entiende que no es necesaria la concurrencia de una insolvencia actual ni inminente para solicitar la homologación de un acuerdo de refinanciación.

Entendemos, pues, que como ya se ha dicho, el legislador ha intentado facilitar llegar al acuerdo de homologación y para ello ha incluido en la

---

<sup>439</sup> CALBACHO LOSADA, F., *Homologación de los acuerdos de refinanciación*, art. Cit., p. 181 y ss.; AZNAR GINER, E., *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, op. Cit. p. 32; DIEZ ECHEGARAY, J. L., *Los acuerdos de refinanciación*, op. Cit., p. 142 y PÉREZ BENÍTEZ, J., *La nueva regulación de los acuerdos de refinanciación* op. Cit., [http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos\\_de\\_refinanciacion\\_11\\_685180006.html](http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos_de_refinanciacion_11_685180006.html) Consultado 17/10/2016

legitimación a todos aquellos actores que directamente se hallan afectados por el proceso de homologación<sup>440</sup>.

#### **D) Admisión a trámite.**

De acuerdo con la DA 4ª apartado 5 LC, el juez una vez formulada la solicitud por el deudor o uno de los acreedores que haya suscrito el acuerdo de refinanciación y comprobadas las mayorías “*dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación*”.

Con esta disposición el legislador quiere potenciar por sobre la anterior normativa las refinanciaciones en general pero especialmente las bancarias, y encontrar un instrumento que prevenga e incluso sustituya el concurso judicial que tantos problemas plantea a todos los agentes que intervienen en el mismo, desde el deudor hasta los tribunales pasando, naturalmente, por los acreedores.

Tanto los primeros como los últimos ven como la dilación y procedimientos del concurso conducen casi indefectiblemente a una minoración de los activos del deudor lo cual implica una reducción de las posibilidades del monto de la deuda acreditada por cada uno de dichos acreedores<sup>441</sup>.

---

<sup>440</sup> CERVERA MARTÍNEZ, M., *Procedimiento de solicitud de homologación judicial del acuerdo preconcursal de financiación*, op. Cit., pp. 195 y ss.; CERVERA, M. *El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación*, op. Cit., pp. 111-123 y PÉREZ BENÍTEZ, J., *La nueva regulación de los acuerdos de refinanciación* op. Cit.

[http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos\\_de\\_refinanciacion\\_11\\_685180006.html](http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/acuerdos_de_refinanciacion_11_685180006.html)

Consultado el 17/10/2016.

<sup>441</sup> DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. y LOPO LÓPEZ, M. A., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, 2014, pp. 13 - 28. “*A dichas refinanciaciones se les dota de un incisivo y eficaz instrumental, destinado tanto a proteger su gestación (paralización de ejecuciones singulares asociada a la presentación de comunicaciones de preinsolvencia) como a acentuar su fuerza para doblegar a acreedores disidentes y ausentes en cuanto a efectos mucho más amplios a que una simple espera (quitas, capitalizaciones de deuda, etc.), incluyendo a aquellos que hasta ahora disfrutaban de posiciones casi inmunes al concurso (los acreedores con garantía real).*” OLIVENCIA RUIZ, M., *Concurso y precurso*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 22, 2015, p. 15 - 16. “*Es notorio el favorable tratamiento de los créditos públicos que la LC de 2003, si no taló, al menos “podó”. Un ejemplo paradigmático: la simple comunicación del deudor al juzgado del inicio de negociaciones para un acuerdo de refinanciación determina la imposibilidad de iniciar ejecuciones “judiciales” de bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor o, en su caso, la*

Por otra parte, el juez, a partir de la nueva legislación, se limita a comprobar si se cumplen los requisitos exigidos para la homologación, que perceptivamente deben aportarse y los informes que hayan sido emitidos por los expertos independientes<sup>442</sup>, según lo dispuesto en el art. 71 bis LC. En caso que tras la comprobación se valide este cumplimiento se admite a trámite.

En este caso se paralizan, de acuerdo con la providencia que se dicte, las ejecuciones contra los bienes del deudor que estuvieran en curso hasta la homologación del acuerdo, con lo que se evitan los problemas suscitados por la anterior legislación que los suspendía por un mes, lo que comportaba, en el caso de retrasos del juez en adoptar una resolución, problemas de difícil solución que ponían en peligro la culminación del acuerdo.

A partir de este punto, que para la doctrina queda claro, sin embargo se suscitan dos dudas<sup>443</sup>. En primer lugar la legislación no se pronuncia sobre qué ocurre si los requisitos solicitados, y que debe revisar el juez competente, no son correctos o no están completos. Por lo general la doctrina entiende que el juez dará un tiempo prudencial para subsanar los defectos de los mismos o presentar alguno que pueda faltar<sup>444</sup>.

Por otra parte la ley tampoco define el concepto de pasivo financiero, es decir ¿qué pasivos se incluyen? Lo cual ha conducido a discrepancias en la doctrina sobre el tema e incluso en la jurisprudencia<sup>445</sup>.

---

*suspensión; pero no afectará a los procedimientos de ejecución de créditos de derecho público. Es decir, que la ejecución de uno de éstos, cualquiera sea su naturaleza y cuantía, prevalece sobre la conservación de la empresa que la norma dice proteger.”*

<sup>442</sup> En realidad se ha suprimido en la última reforma la intervención del experto independiente como obligatoria, sí puede solicitarse su intervención de acuerdo con el art. 71 bis 4 LCon, pero se le ha sustituido por un certificado que debe ser expedido por un auditor de cuentas en el que se garantice que ha sido suscrito por la mayoría del pasivo financiero exigido.

<sup>443</sup> GARCÍA CRUCES, *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de empresas en crisis*, op. Cit. pp. 67-93; AZNAR GINER, E., *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, op. Cit., p 41; CERVERA, M., *El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación*, art. cit., pp. 111-123 ; LEÓN F. J. *La ineficacia de los acuerdos de refinanciación*, op. Cit., pp. 126-142

<sup>444</sup> DIEZ ECHEGARAY, J.L. *Los acuerdos de refinanciación*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 144. “...parece que en estos supuestos el juez podría conceder un plazo para subsanar los defectos detectados y si no sé cumplimentara debería dictar una resolución entiendo en forma de auto, inadmitiendo la homologación contra el que cabría recurso de apelación.”

<sup>445</sup> La LC en su DA 4ª 1.3 dice: “A los efectos de esta Disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores

## E) Publicidad.

Cuando ya haya sido admitida a trámite la homologación solicitada, el secretario judicial, a través de una providencia, ordenará que se publique dicha resolución en el RPC. En esta providencia se incluirán los siguientes datos:

- 1.- Identificación del deudor.
- 2.- El juez competente.
- 3.- Número del procedimiento judicial de homologación.
- 4.- Fecha de acuerdo de refinanciación.

5.- 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.

Sin embargo contra lo que ocurre con el art. 5 bis LC no parece que la nueva normativa permita que el deudor pueda solicitar el carácter reservado de la comunicación, es decir evitar la publicación de la resolución, desde luego hasta que el acuerdo haya sido suscrito<sup>446</sup>.

La obligación de publicar la admisión a trámite de la homologación aparece también en el art. 23 LC.<sup>447</sup>

---

*por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público". Es la única indicación que se hace, aunque para buena parte de la doctrina es suficiente, por exclusión, ya que quedan excluidos los pasivos financieros por operaciones comerciales, laborales y de derecho público.*

<sup>446</sup> Art. 5.3 LC. "*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. El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento*".

<sup>447</sup> El auto de declaración del concurso así como el resto de resoluciones concursales que conforme a las disposiciones de esta Ley deban ser objeto de publicidad, se insertarán en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

## F) Resolución

Como ya se ha dicho, el juez otorgará la homologación tras comprobar que se dan todos los requisitos que se establecen en el apartado primero de la DA 4ª de la LC y declarará la extensión de los efectos que corresponda siempre y cuando el auditor certifique que se dan las mayorías requeridas en los apartados tercero y cuarto (DA 4ª LC). La doctrina entiende<sup>448</sup> que el juez no puede decidir sobre la homologación si se presentan los requisitos suficientes sino que está obligado a concederla<sup>449</sup>.

Cierto que los acreedores de pasivos financieros que no hubieran firmado el acuerdo de homologación pueden impugnarlo dentro de los quince días que sigan a la publicación del mismo (DA 4ª apartado 7 LC), encontrándose en el mismo caso los que hubiesen mostrado su disconformidad, pero se ha eliminado la anterior disposición en que podía anularse la homologación si el acuerdo fuese considerado, por el juez, un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras, aunque si podrá considerarse si lo alega alguno de los acreedores en su impugnación<sup>450</sup>.

La impugnación sólo puede sustentarse en la concurrencia de los porcentajes exigidos en la disposición y serán tramitadas como incidencia concursal conjuntamente, y la sentencia resolutive se dictará en un plazo máximo de treinta días no siendo susceptible de recurso de apelación.

La resolución por medio de la cual se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se aprobará en el plazo de quince días por medio de trámite de urgencia y será publicado, como también se ha dicho, en el RPC en

---

<sup>448</sup> CERVERA, M. El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación, art. cit., pp. 111-123 y GARCÍA MARRERO, J. Los acuerdos de refinanciación en PRENDES CABRIL y MUÑOZ PAREDES (direcs.), *Tratado judicial de insolvencia*, ed Aranzadi, Cizur Menor, año y pp. 299-303.

<sup>449</sup> DÍAZ ECHEGARAY, J. L. Los acuerdos de refinanciación, op. Cit., p. 95

<sup>450</sup> DÍAZ ECHEGARAY, J. L. *Los acuerdos de refinanciación*, op. Cit., p. 145. “La reforma ha eliminado el control inicial de oportunidad previsto en la anterior regulación, de forma que el juez ya no podrá denegar la homologación por considerar que el acuerdo supone un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedores que no lo han suscrito, convirtiéndose en un control ex post para el caso de que lo alegue alguno de los acreedores en su impugnación. Parece lógica esta supresión, sobre todo si se tienen en cuenta la capacidad de los operadores intervinientes en estos acuerdos”.

el BOE por medio de un extracto, con los datos que se indican más arriba que son los requerido para el trámite de admisión de la solicitud.

En realidad esta parte del proceso de homologación es puramente instrumental y no plantea ningún problema doctrinal, aun cuando pueden surgir impugnaciones por motivos formales, por lo que parte de esta doctrina<sup>451</sup>

### **G) Impugnación.**

Los acreedores de pasivos financieros que no hayan aceptado el acuerdo de homologación pero que estén o se consideren afectado por dicha homologación, podrán impugnarla dentro del plazo de quince días que comienza a contar desde el de la publicación. La impugnación sólo podrá fundamentarse en la *conurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido*. (DA 4ª apartado 7 LC).

Las impugnaciones se tramitarán en conjunto por el procedimiento del incidente concursal, y se trasladarán al deudor y al resto de los acreedores que hayan aprobado el acuerdo de refinanciación y que detentan el derecho a oponerse a la impugnación. La sentencia que resuelva la impugnación debe dictarse en un plazo de 30 días y no será apelable dándosele la misma publicidad que en el caso de la aprobación judicial de la homologación.

Consecuentemente no están legitimados los acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o terceros que no estén afectados por el acuerdo de una manera directa, por ejemplo los acreedores laborales o los proveedores que acrediten una deuda. Y el deudor o el acreedor que haya solicitado la homologación, y sólo él, detentará la legitimación pasiva no los demás acreedores que hayan suscrito o no el acuerdo de refinanciación.

---

<sup>451</sup> CERVERA, M., *El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación*, art. Cit., pp. 111 - 123 y CERVERA MARTÍNEZ, M., *Procedimiento de solicitud de homologación judicial del acuerdo preconcursal de financiación*, art. cit., pp. 195 y ss. La analista considera que es conveniente ante cualquier posibilidad de impugnar por motivos formales el proceso de homologación del acuerdo de refinanciación, sería conveniente una notificación del acuerdo una vez fuera este suscrito y comunicada la presentación en el juzgado.

Cierto que el segundo párrafo del apartado 7 de la DA 4ª LC que se está comentado no aclara mucho, sino más bien introduce cierta confusión: “*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*”<sup>452</sup>.”

El plazo en que los acreedores que no hayan firmado el acuerdo de homologación o hayan expresado su oposición al mismo, puedan ejercer el derecho de impugnación es, como ya se ha dicho, de quince días desde el siguiente a la publicación de la resolución del juez otorgando la homologación del acuerdo de refinanciación. Como se da el caso que la disposición indica que es preceptivo publicarlo en el RPC y en el BOE, se entiende que es sobre el día de publicación en este último sobre el que se computan dichos quince días. Y se entiende que no se computan los días judicialmente inhábiles.<sup>453</sup>

La doctrina ha planteado, como ya se ha dicho, una objeción al proceso de homologación e impugnación del acuerdo de refinanciación. La homologación, según el apartado sexto de la DA 4ª LC, se produce cuando el juez otorga la dicha homologación, siempre y cuando se reúnan los requisitos exigidos por la Ley y será publicitada en el RPC y en el BOE. La resolución de la impugnación debe realizarse por medio de una sentencia.

Parece ser que en el primer caso el legislador ha querido distinguir entre los dos conceptos lo cual no tendría demasiado sentido por lo que la doctrina se inclina por identificar los dos conceptos como sinónimos, por lo menos para el legislador. Porque dado que se produce una impugnación y hay una

---

<sup>452</sup> GÁLVEZ DURÁN, S. *La impugnación de los Acuerdos de refinanciación, homologados judicialmente, en la reforma concursal del real Decreto-ley 4/2014*, Barcelona: UPF, 2015, p. 40. “Una interpretación literal de la norma significaría considerar al deudor y a todos los acreedores participantes en el acuerdo legitimados pasivos y, por consiguiente, la omisión de emplazar a cualquiera de los litisconsortes supondría una falta de litisconsorcio pasivo necesario. Este resultado de extrema gravedad y el hecho de que el legislador haya manifestado expresamente la voluntad de simplificar el procedimiento de homologación hacen decantarnos por una interpretación sistemática de la norma, que reduzca la condición de demandado al deudor o acreedor que instó la homologación y que conceda el estatus de intervinientes, con el privilegio de que se les notifique el escrito o escritos de impugnación, a los acreedores participantes en el acuerdo, para que puedan intervenir conforme el art. 13 LEC.”

<sup>453</sup> Art. 133.2 LEC. “En el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles”.

sentencia sobre la impugnación se entiende que hay una sentencia sobre la homologación<sup>454</sup>.

Otro de los problemas surgidos con el apartado 7 de la DA 4ª LC se refiere a las causas en que puede apoyarse la impugnación, que son dos: *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.*

Se trata de una revisión restrictiva de las posibilidades de impugnar la homologación. Respecto a la concurrencia debe ser verificada por el letrado de la administración de justicia y según el informe del experto independiente. Los porcentajes que se dan en la disposición citada son claros y los requisitos también por lo que por este lado las impugnaciones sólo pueden presentarse por errores en los cálculos porcentuales o diferencias de montos de créditos computables.

Respecto a lo que la ley llama *carácter desproporcionado del sacrificio exigido* “los impugnantes deberán poner de manifiesto bien la inexistencia de garantías constituidas a su favor, a diferencia del resto de entidades financieras, o bien la concentración de duda en la entidades financiera que no han suscrito el acuerdo de refinanciación, frente a la atomización de la misma en las que sí lo han suscrito”<sup>455</sup>

Aun cuando no se indica ante qué tribunal hay que presentar la impugnación, se sobreentiende que es el mismo que ve el proceso de homologación y ha dictado la resolución por la que se homologa el acuerdo de refinanciación. Además es lógico porque si deben tramitarse conjuntamente sería, cuanto menos, un considerable retraso que pudieran presentarse en

---

<sup>454</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, ed. Thomson Reuters y Aranzadi, Pamplona, p. 66. “*En definitiva, la resolución que homologa el acuerdo de refinanciación reviste siempre la forma de sentencia. No se señala expresamente en la ley que frente a tal sentencia no cabe recurso alguno. Tal previsión sólo se hace en relación con la sentencia que resuelve la impugnación de la homologación. No parece que en la intención del legislador estuvieses el permitir un recurso de apelación contra la sentencia de homologación. Carecería de sentido, en tal caso, la regulación que se hace de la impugnación de la homologación. Lo cierto es que el cúmulo de defectos técnicos en la regulación es notable y no parece sino traslucir una redacción precipitada de la disposición adicional cuarta que no ha sido perfeccionada durante la tramitación parlamentaria.*”

<sup>455</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, op. cit., p. 66.



diversos juzgados. Pero también, al ser tramitadas conjuntamente, habrá que esperar a que transcurra el plazo de quince días después de la publicación para tramitarlas y deben hacerlo como incidente concursal, lo cual tampoco queda muy claro dado que: “el incidente concursal es cauce procesal que se desenvuelve en el seno de un concurso ya declarado, mientras que la impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación se produce antes de que el concurso haya sido declarado”<sup>456</sup>.

Además se dará traslado de todas las impugnaciones al deudor y al resto de acreedores “*que son parte del acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación*”. Esto si bien parece importante para los dichos acreedores y deudor, no deja de ser una ampliación del trabajo que en el caso de un concurso importante puede significar realizar el traslado a un elevado número de acreedores. Lo que significa que dichos acreedores se consideran sujetos pasivamente legitimados en la impugnación, si bien lo que puede ser correcto en muchos casos puede ser un inconveniente en la necesaria, rápida y eficaz resolución del proceso<sup>457</sup>.

Una revocación de la homologación del acuerdo de financiación no produciría más efectos que la anulación de los acuerdos de refinanciación en el caso, claro está, que estos estuvieran condicionados a la homologación, lo cual es probable. En el caso que no estuvieran condicionados, se mantendrán los acuerdos con las quitas y esperas establecidas que obligarían a los firmantes, pero no a las entidades financieras que no hubiesen aceptado el acuerdo de refinanciación.

Por otra parte se reanudarían las ejecuciones paralizadas con la presentación del acuerdo de homologación y, además, aquellos acreedores

---

<sup>456</sup>Ibidem, p. 68.

<sup>457</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*, op. Cit, p. 68. “*La consideración de todos los acreedores como legitimados pasivos resulta muy inconveniente. La simple omisión de alguno de ellos supondría la falta del debido litisconsorcio pasivo. Sin embargo, debe advertirse que en la impugnación no se discute la validez del acuerdo de refinanciación, sino tan sólo la posibilidad de extensión de la espera pactada a quienes no han sido parte en el acuerdo de refinanciación. Parece lógico entender que la legitimización pasiva corresponde únicamente al deudor que instó la homologación del acuerdo.*”

que habían visto paralizar sus ejecuciones podrían pedir, de acuerdo con el art. 713 de LEC<sup>458</sup> las reparaciones por daños y perjuicios que indica la citada Ley.

En el caso que se desestime la impugnación la situación quedará según la otorgación de homologación que el juez realizó en su momento y que se refleja en el apartado 6 de la DA 4ª LC<sup>459</sup>.

## **H) Incumplimiento.**

Si se diere el caso de que el deudor incumpliese los términos del acuerdo de refinanciación, cualquiera de los acreedores que lo han suscrito o se han adherido al mismo podrán solicitar la declaración de incumplimiento, por un procedimiento semejante al incidente concursal, del que se dará traslado a las partes: deudor y todos los acreedores comparecidos. También pueden solicitar la declaración de incumplimiento aquellos acreedores que no se hayan adherido al acuerdo.

Cuando se declarase, por sentencia que no puede ser recurrida, incumplimiento de acuerdo de refinanciación, los acreedores podrán solicitar concurso de acreedores e iniciar los procesos de ejecución singular.

En el caso de que se ejecuten las garantías reales se aplicarán las reglas siguientes:<sup>460</sup>

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

---

<sup>458</sup> Art. 713 LEC. “*Petición de liquidación y presentación de relación de daños y perjuicios.1. Junto con el escrito en que solicite motivadamente su determinación judicial, el que haya sufrido los daños y perjuicios presentará una relación detallada de ellos, con su valoración, pudiendo acompañar los dictámenes y documentos que considere oportunos. 2. Del escrito y de la relación de daños y perjuicios y demás documentos se dará traslado por el Secretario judicial a quien hubiere de abonar los daños y perjuicios, para que, en el plazo de diez días, conteste lo que estime conveniente.*”

<sup>459</sup> RODRÍGUEZ CONDE, C. *Los acuerdos de refinanciación en la reforma Concursal*, op. Cit., pp 21 y ss.; PULGAR ESQUERRA, J., *La Ley 9/2015, de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito*, art. Cit., pp. 31-53 y GONZÁLEZ PEREIRA, F. *Nueva Reforma de la Ley Concursal. Ley 9/2015 de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal*, ed. Cuatrecasas, Madrid, 2015, pp. 3-4

<sup>460</sup> Excepto en el caso de que se hubiese previsto en el acuerdo las normas que se seguirían en el caso de incumplimiento, que se ejecutarían estas.

sobrante a los efectos de los arts. 674<sup>461</sup> y 692.1<sup>462</sup> de la LEC, 133<sup>463</sup> de la Ley Hipotecaria y concordantes.

b.- En el caso de que la cantidad obtenida en la ejecución fuera menor que la deuda pero mayor que si se aplicara en apartado 4 de esta misma DA cuarta, se considerará que no hay sobrante ni remanente, haciendo el acreedor suyo toda la cantidad resultante de la ejecución.

c.- En el caso que la cantidad obtenida fuera inferior a la resultante del apartado 4 citado, se considerará como parte remanente del crédito la diferencia entre ambas.

Otras acciones de impugnación se regirán por lo dispuesto en el art. 72.2<sup>464</sup> LC.

---

<sup>461</sup> Art. 674 LEC. “A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, el Secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados. También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación. A instancia de parte, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se remitirán electrónicamente al Registro o Registros de la Propiedad correspondientes”.

<sup>462</sup> Art. 692.1 LEC. “1. El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra”.

<sup>463</sup> El testimonio expedido por el Secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del decreto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento en el que se consignará, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación.

<sup>464</sup> Art. 72.2 LC. “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.

Termina esta DA 4ª con dos mandatos: que una vez solicitada una homologación no será posible solicitar otra hasta transcurrido un año y que no podrán rescindirse los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente<sup>465</sup>.

Una vez establecido y suscrito el acuerdo de refinanciación, y lógicamente homologado por el juez, las partes están obligadas a su cumplimiento y los acreedores. Mientras el deudor cumpla con las obligaciones que refleja el dicho acuerdo, los acreedores deberán también ceñirse al mismo. Esto vale tanto por las esperas, como para los abonos de las refinanciaciones si éstas fueran ampliaciones del crédito y se establecieran a plazos. Pero queda claro que la homologación obliga a todos aquellos que están como sujetos activos o pasivos amparados por la LC. Entre ellos los acreedores que no tuvieran naturaleza financiera podrán reclamar sus créditos que serán abonados por las consecuencias de la refinanciación.

Pero si se diese el caso que el deudor incumpla una de las obligaciones a las que se ha comprometido en el acuerdo de refinanciación, sea esta obligación del tipo que sea, desde no satisfacer los pagos establecidos a su vencimiento hasta no entregar las garantías acordadas<sup>466</sup>.

Aunque no basta el incumplimiento sino que es necesaria una declaración de incumplimiento que dicte un juez. Para que se produzca es necesario que uno de los acreedores, por lo menos, solicite la declaración de incumplimiento.

Es también necesario que esta denuncia se realice ante el mismo juez que otorgó la homologación y la puede realizar un acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación o que no lo haya hecho y el procedimiento es

---

<sup>465</sup> Este apartado de la Disposición adicional cuarta, corresponde al apartado veintitrés del artículo de la Ley 17/2014 de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial.

<sup>466</sup> ÁVILA DE LA TORRE, A. L., *El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial* op. Cit., pp. 45-66; DIEZ ECHEGARAY, J.L. Los acuerdos de refinanciación, op. Cit., Pp. 139-150; GÁLVEZ DURÁN, S., *La impugnación de los Acuerdos de refinanciación, homologados judicialmente, en la reforma concursal del real Decreto-ley 4/2014*, op. Cit., pp. 39-46 y MARTÍN MOLINA, P. B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. y LOPO LÓPEZ, M. A., *El procedimiento concursal en toda su dimensión* op. Cit., pp. 351-356.

equivalente al incidente concursal. Se dará traslado de dicha denuncia a los interesados: deudor y acreedores comparecidos para que se opongan, si lo creen necesario, a la misma.

Uno de los problemas que se suscitan es si el deudor debe actuar en caso que prevea la ineludibilidad de incumplir el acuerdo de refinanciación. Es decir, en caso que el deudor, en el ejercicio de la segunda oportunidad de rehacer su empresa, se encuentre en una nueva situación de insolvencia provocada, por ejemplo, por impagos de terceros o las circunstancias que se den en el mercado. La pregunta es ¿debe esperar a que se produzca la insolvencia o debe declarar la insolvencia como se indica en el art. 5 de la LC?

Dicho artículo establece el deber de poner en conocimiento del juzgado competente la situación e insolvencia *dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*. Y se entenderá que ha conocido su estado de insolvencia cuando se produzca *el incumplimiento generalizado de obligaciones* entre las que se hallan las tributaria, las cuotas de la Seguridad Social, salarios, indemnizaciones y retribuciones laborales de las tres últimas mensualidades<sup>467</sup>

Luego se entiende que el deudor aun cuando se halle dentro de un acuerdo homologado de refinanciación, está obligado por los artículos citados de la LC, y debe declarar su situación. En caso de no hacerlo, los acreedores legitimados pueden y deben instar concurso.

Pero esta misma disposición, que parece defender los derechos de los acreedores, en realidad es una nueva oportunidad para del deudor a quién se le concede un cierto tiempo, mientras se tramita la denuncia del acuerdo de refinanciación por parte de los acreedores perjudicados y, por otra parte, se le da la oportunidad también durante el mismo trámite de que sea él quien solicite la declaración de concurso.

---

<sup>467</sup> Art. 2.4 LC. “*El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades*”.

A quién puede interesar más presentar la denuncia del incumplimiento es a los acreedores financieros que no han suscrito el acuerdo, no tanto a los que han aceptado las quitas y las esperas<sup>468</sup>.

### **I) Prohibición solicitud de nuevas homologaciones.**

En su número 12 la DA 4ª LC dispone que cuando se solicite una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año. Se trata pues de evitar que se produzcan una serie de homologaciones sucesivas que de alguna manera paralicen el proceso concursal.

A esta normativa sólo se le aplica una excepción y aparece en el RDL 11/2014, de 15 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, y que limita la disposición anterior en su disposición transitoria segunda, en el sentido que los deudores que hubieren celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente el año anterior a la entrada en vigor del decreto de referencia, no deberán respetar la limitación de un año para solicitar una nueva homologación judicial.

## **6. Contenido del artículo 71 bis LC**

Como ya se ha dicho, el art. 71 bis LC recupera en buena parte el contenido del art. 71.6 de la antigua redacción y su objetivo es la protección de los acuerdos de refinanciación frente a las posibles rescisiones que puedan presentarse por las partes involucradas en el proceso.

El apartado primero de dicho artículo que ya se ha visto anteriormente enmarca de manera clara tanto la Irrescindibilidad de los acuerdos de refinanciación como de todos los negocios, actos y pagos asociados a ellos. Es decir, que no se trata de un precepto concreto sino que abarca todo lo

---

<sup>468</sup> PULGAR ESQUERRA, J. *La ley 9/2015, de reforma urgente concursal, comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito*, art. Cit., pp 31-53; ÁVILA DE LA TORRE, AL. *El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial* op. Cit., pp. 45-66; DIEZ ECHEGARAY, J.L. *Los acuerdos de refinanciación*, op. Cit., pp.117-135.; GÁLVEZ DURÁN, S., *La impugnación de los Acuerdos de refinanciación, homologados judicialmente, en la reforma concursal del real Decreto-ley 4/2014*, op. Cit., pp. 47-61 y MARTÍN MOLINA, P. B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. y LOPO LÓPEZ, M. A., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*. Dykinson. Madrid. 2014, pp. 351-356

relacionado con el acuerdo de refinanciación en un sentido amplio, siendo necesario este planteamiento por cuanto la ley no especifica muy concretamente cómo son o cuáles son los límites de los acuerdos de refinanciación, dejando que la misma ley los determine por medio de los condicionantes necesarios para que puedan gozar de la protección de este art. 71, bis LC<sup>469</sup>. Estos condicionantes se relacionan en el 71 bis 1 LC y pueden estructurarse en dos tipos: los que se relacionan con el contenido del acuerdo y los que se refieren a la forma del mismo.

Respecto a los primeros (art. 71 bis apartado 2 LC) son aquellos en virtud de los cuales se proceda a la ampliación significativa del crédito concedido al deudor para refloatar la empresa o a la modificación de las condiciones, sea ampliar los plazos y retrasar los vencimientos, la extinción de sus obligaciones por sustitución, ampliación de vencimientos, quitas o a través de un plan de viabilidad que incluya algunos de estos supuestos<sup>470</sup>.

De hecho lo que hace la norma es establecer un guión del acuerdo de refinanciación que si bien es muy esquemático, no deja de marcar unas líneas de actuación mínimas que no impiden llegar a acuerdos que implique no sólo una refinanciación sino, por ejemplo, la venta de activos u operaciones que signifiquen una reestructuración de la sociedad. Es decir, cualquier acuerdo que se pueda tomar durante las negociaciones y que afecten a los activos y pasivos de la masa activa<sup>471</sup>.

Precisamente estos acuerdos, o los conexos o complementarios, que no aparecen expresamente citados en la ley, han sido tema de controversias

---

<sup>469</sup> PULGAR ESQUERRA, J. *Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda*, op. Cit., pp. 49-134.

<sup>470</sup> DIEZ ECHEGARAY, J.L. *Los acuerdos de refinanciación*, op. Cit., p. 99. “La importante protección que el citado artículo 71 bis de la LC otorga a los acuerdos de refinanciación alcanzados está condicionada a la concurrencia de determinados requisitos que el propio precepto se ocupa de señalar...”

<sup>471</sup> GARCÍA MARRERO, J. *Los acuerdos de refinanciación*, op. Cit., p.....; AZNAR GINER, E. *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, op. Cit., pp. 299-303. y MARTÍN MOLINA, P. B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. y LOPO LÓPEZ, M. A., *El procedimiento concursal en toda su dimensión* op. Cit., pp. 351-357

sobre si están o no incluidos en la protección que brinda el 71 bis LC, encontrándose opiniones en los dos sentidos<sup>472</sup>

No sólo son estos supuestos los susceptibles de controversia doctrinal, también lo es por ejemplo la cantidad en que el activo resultante debe ser superior al pasivo corriente o cuál debe ser el incremento de activo sobre el pasivo<sup>473</sup>.

Respecto a la mayoría de forma, se refiere a la mayoría necesaria para el acuerdo que se cifra en el apartado 1.b.1 del art. 71 bis LC, en al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación, lo cual implica que es una gran mayoría la que está de acuerdo con lo pactado.

Y añada, sobre los acuerdos de grupo que 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.”*

---

<sup>472</sup> Para AZNAR GINER, E., *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, op. Cit., pp. 32-68, estos acuerdos están amparados por el 71 Bis LC siendo pues irrevocables siempre y cuando dichos acuerdos incluyan también los citados por la ley y añada que estas últimas no sean accesorias, es decir que sean las fundamentales del acuerdo de refinanciación suscrito. Sin embargo, GARCÍA CRUCES, J. A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*. Aranzadi. Cizur Menor. 2009, pp. 120 y ss., opina en sentido diametralmente diferente no considerando que este tipo de acuerdos como la dación en pago y los demás citados puedan estar protegidos por el 71 bis LC.

<sup>473</sup> AZNAR GINER, E. *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, op. Cit., pp. 32-68, opina que depende de cada acuerdo en concreto y que está subordinado tanto al patrimonio del deudor como a las circunstancias por las que atraviesa la empresa o la actividad de la misma; lo importante es la posibilidad de que la empresa continúe con sus actividades y pueda ser reflotada con la refinanciación acordada. Por su parte, PULGAR ESQUERRA, J. *Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: Escudos protectores en el marco del RDL 3/2009*, pp. 49-134 prioriza las acciones que contribuyan a ofrecer garantía y confianza en la empresa, como la aportación de capital nuevo en una cantidad suficiente aun cuando no sea muy elevada. PIÑEL LÓPEZ, E., Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales En *RDC*, núm. 11/2009, pp. 35 y ss., entiende que no pueden establecerse unos criterios cuantitativos y si bien la cantidad debe ser suficiente se acerca a la postura de PULGAR ESQUERRA *Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda*, op. Cit., p. 104 y valúa lo que llama *“sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, sus antecedentes, la realidad de nuestro tiempo y, sobre todo, el espíritu y finalidad de la norma”* y se inclina por acciones que *“permitan alcanzar la viabilidad financiera”*.



También se incluye en este grupo la condición de que se haya emitido el certificado del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo exigible para adoptar el acuerdo, y que dicho acuerdo haya sido formalizado en instrumento público. Y habilita que en caso de no existir será el que nombre el registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor.

Por otra parte, que el acuerdo haya sido suscrito por acreedores que signifiquen los tres quintos del pasivo deudor en el momento de suscribir el acuerdo de refinanciación. Lo cual implica que es una gran mayoría la que está de acuerdo con lo pactado.

En el apartado segundo del mismo artículo, se contemplan la irrevocabilidad de los actos realizados anteriormente a la declaración de concurso y que no pueden acogerse al apartado 1 ya visto, siempre que cumplan un paquete de condiciones económicas que van desde el incremento de la proporción de activo sobre el pasivo previo hasta que el tipo de interés de la deuda no exceda en más de un tercio el anterior que soportaba la deuda previa.

En cualquier caso la protección del art. 71 bis LC, sólo se refiere a la acción rescisoria concursal que pueda ejercerse contra el acuerdo de refinanciación, pero no contra otro tipo de acciones de impugnación.

Esto se debe a que si bien los acuerdos de refinanciación que cumplen con las características establecidas en el art. 71 bis LC gozan de irrevocabilidad frente a lo establecido en el art. 71 LC, no están totalmente protegidos si se aducen otros motivos. Aun cuando la más efectiva de las impugnaciones para la acción rescisoria sería el incumplimiento de las condiciones previstas en el art. 71 bis LC según el art. 72.2 LC, lo que si bien es posible de hecho demuestra el fuerte blindaje del escudo protector de los acuerdos de refinanciación frente a las acciones rescisorias.

Para sintetizar sólo queda indicar que, como hemos visto, el capítulo 3º de este trabajo está dedicado a la Insolvencia y a los acuerdos de refinanciación. La definición de insolvencia se da en el art. 2.2 de la LC y es simple y fácil, no caben dudas con ella: son insolventes todos aquellos

deudores que no pueden cumplir con sus deudas exigibles. Otra cosa es el tratamiento de la insolvencia, aspecto que no sólo no queda claro en la LC sino que además es objeto de encendidas polémicas doctrinales. De hecho nos estamos refiriendo a la insolvencia de la persona física que la legislación no considera un problema grave, sean o no empresaria, y se centra en la insolvencia de sociedades.

Seguramente no va el legislador tan desencaminado porque los datos de concursos presentados son abrumadoramente superiores los referidos a sociedades que los relativos a personas físicas, lo que es una singularidad respecto a otros países europeos. Aun cuando no todos ellos tienen la misma definición para insolvencia y España sigue la propuesta alemana, que es más conceptual. De todos modos, no todas las insolvencias acaban en un concurso al que son más dadas las sociedades que los particulares.

A nuestro criterio la definición de la LC es la más práctica, sencilla y eficaz, aun cuando es necesario distinguir entre insolvencia e incumplimiento de obligaciones, que son dos figuras no coincidentes. Y, especialmente, no tienen la misma importancia respecto a las refinanciación y, en consecuencia, la continuidad de la empresa. También distingue la LC entre insolvencia actual e inminente, esta última responde a la previsión del deudor de que no podrá cumplir con sus obligaciones a la fecha de vencimiento<sup>474</sup>.

Por otra parte, la LC establece dos modelos de concurso (art. 163): concurso fortuito y concurso culpable, aun cuando no están vinculados a la jurisdicción penal excepto en aquellos casos en que el deudor actúe de forma que sea constitutiva de delito. El concurso culpable es aquel que incluye dolo o culpa del deudor que ha provocado o agravado el estado de insolvencia. Es decir, que el deudor ha realizado de manera consciente e intencionada

---

<sup>474</sup> El art. 886 del Código de Comercio distinguía tres tipos de insolvencia: Fortuita, Culpable y Fraudulenta. La primera se definía como: *a quien sobrevinieren infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas*. La segunda, o culpable, es aquella en que el quebrado hubiere realizado dispendios mercantiles, vendido a pérdidas, comprado por encima de su capacidad de realización, etc., en definitiva realizado negocios ruinosos a sabiendas. La fraudulenta se realiza cuando se entra en actividades claramente punibles y penales.

acciones- seis son las que el apartado 2 del art. 164 LC, relaciona entre las que se encuentra por ejemplo el alzamiento de bienes- que implican dolo.

En cualquier caso, la intencionalidad general de la LC como se ha dicho y que también aparece en los artículos que se refieren a la insolvencia y a la refinanciación, como veremos a continuación, inciden sobre las posibilidades de que la empresa continúe sus operaciones mercantiles, pueda, en un futuro, hacer frente a sus obligaciones contraídas y salvar, al mismo tiempo, los puestos de trabajo. Es por ello, a nuestro juicio, que sólo en circunstancias culposas muy claramente realizadas y cometiendo delito entra en la jurisdicción penal.

Esto queda muy claro en la Ley 38/2011 que pretendía que las situaciones de insolvencia y sus soluciones no se alargaran en el tiempo y pudieran resolverse simplificando el procedimiento concursal, proponiendo para ello los institutos preconcursales. Es decir que la intencionalidad de la Ley 38/2011 es promover soluciones preconcursales especialmente referidas a las situaciones de insolvencia, entre las cuales destacan la mayor facilidad para realizar partes del patrimonio o activo de la empresa y la implementación de procedimientos abreviados pensados para las pymes, que son la mayoría de las empresas españolas.

La Ley 38/2011 propone dos tipos de acuerdos de refinanciación y establece que el primero (art. 71.6 LC) no puede ser objeto de rescisión siempre y cuando responda a un plan de viabilidad que tenga posibilidades de proseguir con la actividad empresarial. Ya hemos visto anteriormente la importancia que se le da al plan de viabilidad a pesar de las dificultades que presenta para una posterior implementación en la práctica. El plan de viabilidad está considerado, pues, un elemento esencial en la idea del legislador de dar continuidad a la empresa.

Cierto que el art. 71.6 LC ha sido modificado por el RDL 4/2014, pero respecto a que precisa más la relación de los casos en que el acuerdo de refinanciación no será rescindible. En realidad la acción rescisoria queda circunscrita a la administración concursal como legitimada y siempre y cuando se produzcan incumplimientos de las condiciones previstas en el art. 71 bis LC.

En cualquier caso mantiene que el acuerdo debe estar firmado por un mínimo de los tres quintos del pasivo, lo cual nos parece un porcentaje alto, pero no muy alto. Tampoco pueden, mientras dure la negociación, instarse concurso necesario por uno o varios de los acreedores, y amplia el tiempo de que disponen las partes para alcanzar un acuerdo hasta, prácticamente, seis meses como ya se ha explicado.

La homologación del acuerdo necesita un respaldo de por lo menos el 51% de los pasivos financieros siempre que estos reúnan las condiciones del art. 71 LC. Esta exigencia aparece en la DA 4ª LC que ha sido muy reformada especialmente por el RDL 3/2009 de 27 de marzo. La nueva redacción, a nuestro juicio, es mucho mejor que la anterior, más clara y sencilla en su tramitación.

Nosotros estamos de acuerdo con la doctrina<sup>475</sup> cuando dice que el convenio de refinanciación, una vez homologado es una variante del convenio de masas que vincula y obliga respecto a las esperas a todas las entidades financieras con las que el deudor tenga deudas, siempre claro está que hayan firmado su adhesión las mayorías requeridas. Aunque según los datos que se especifican en el Capítulo 3, apartado 1.3 de este trabajo y que proceden del Colegio de Registradores de la propiedad, para 2014, no puede considerarse un éxito las nuevas normativas<sup>476</sup>.

La legislación no da una definición clara de los acuerdos de refinanciación. El CC, en su art. 1255, al que recurre frecuentemente la doctrina sobre el tema, se refiere a la libertad que tienen las partes para establecer las

---

<sup>475</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El Proceso concursal*, op. Cit., 2012, p.45. “El acuerdo de refinanciación, en la medida en que sea homologado, constituye un particular convenio de masa, que vincula, en cuanto a las esperas que se hubieren pactado, a todas las entidades financieras acreedoras del deudor, si se hubieran alcanzado- junto con otros requisitos-las mayorías exigidas en el artículo 71,6 LC. No obstante, el apartado 3 de la disposición adicional cuarta LC, condiciona el otorgamiento de la homologación a la apreciación por el juez de que el acuerdo no supone un “sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron.”

<sup>476</sup> “En 2014 el porcentaje de fases de liquidación que provienen de una fase de convenio fracasada fue del 6,79%, una cifra algo superior a la correspondiente a 2013 (5,30%), pero dramáticamente inferior al 17,2% registrado en 2012, descenso que ha de atribuirse a la aplicación plena de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en 1 de enero de 2012, una norma que amplía los supuestos y avanza la apertura de las fases de liquidación reduciendo, en consecuencia, la probabilidad de que se inicie una fase de convenio cuando no tenga posibilidades de prosperar.” Colegio de Registradores de la propiedad.

condiciones que tenga por convenientes *siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público*. Otra perspectiva es la doctrinal, dado que ahí se encuentran varios tipos de definiciones entre los que nos quedamos la más descriptiva: “*se trata de un instrumento que facilita la viabilidad y continuidad de la empresa, y que con los ingresos que genere se posibilite el pago total o parcial de la deuda*”<sup>477</sup>, de hecho nos inclinamos porque no se trata de un pacto de refinanciación, sino de una serie de pactos sobre varios temas, fases distintas y distintas naturalezas jurídicas que, en conjunto, conforman un acuerdo global que se conoce como pacto de financiación.

Cierto que esta posición implica que no existe un modelo que sirva para todos los pactos, ya que en cada caso depende de las circunstancias, las características de las partes y las relaciones que se han dado entre ellas, así como de sus respectivos acuerdos que han causado la situación bilateral de un momento determinado. Lo cual es lógico en un acuerdo entre partes que sólo se guía por la voluntad de estas, la ley, la moral y el orden público.

Otra de las discusiones doctrinales es la eficacia o no de este tipo de acuerdos. Nuestra opinión es que si bien los acuerdos entre partes en los que pueden establecerse libremente las condiciones son eficaces para llegar a un acuerdo, no lo son para que este acuerdo se implemente con rapidez. Ya hemos dicho, en repetidas ocasiones, que como más rápido sea el proceso en que se llega a un acuerdo que evite el concurso, mayor es el patrimonio que puede salvarse y menores los gastos en los que, irremediabilmente, se incurre. Por otra parte, dentro del acuerdo de refinanciación se establecen cláusulas que permiten a los acreedores controlar el cumplimiento de los dichos acuerdos. De hecho las dos partes están involucradas en la obligación de cumplir los acuerdos, dado que por lo general la refinanciación no se perfecciona de una sola vez, sino que es progresiva y depende bastante de alcanzar unos objetivos que se establecen<sup>478</sup>.

---

<sup>477</sup> Vid AZNAR GINER, E. *Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 39-68.

<sup>478</sup> “*fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad goza de una gran amplitud*” Exposición de motivos de la LC.

Hay otra condición que la doctrina destaca, aun cuando más que una condición es una virtud: la *buena fe*. Los acreedores, pongan o no más dinero en la refinanciación, o acepten quitas o aplazamientos, no dejan de realizar un acto de fe en la empresa y en el deudor. Ciertamente que a nuestro criterio este acto de fe viene dado por la situación de la empresa, pero no deja de serlo. Por lo tanto tienen todo el derecho de establecer aquellos controles que crean necesarios para vigilar la marcha de la empresa y la eficaz gestión del deudor al frente de la misma.

En la LC la comunicación de negociaciones y efectos de refinanciación se contempla en extensión en el art. 5 bis LC. Este artículo obliga al deudor a poner en conocimiento del juzgado competente el inicio de las negociaciones para llegar a un acuerdo de refinanciación. Pero dicha comunicación tiene dos consecuencias desde la perspectiva procesal: la suspensión de la obligación del deudor de solicitar concurso por su situación de insolvencia y paralizar las ejecuciones contra sus bienes. La primera es técnica, mientras está discutiendo sobre la solución a la insolvencia no está técnicamente en insolvencia. La segunda es práctica, cualquier ejecución daría al traste las negociaciones y los acreedores se apresurarían a ejercer sus derechos sobre los bienes del deudor.

La Ley 38/2011 clasifica los acuerdos de refinanciación en dos tipos:

.- Acuerdos típicos, que cumplen con los requisitos establecidos en el art. 71.6 LC, que son en esencia la mayoría necesaria entre los acreedores, el informe de un experto independientemente y la elevación a documento público. Las ventajas que presentan este tipo de acuerdo es que pueden acogerse a los escudos protectores que ya se han visto anteriormente.

.- Acuerdos atípicos, que no se adaptan a las normativas legales protegidas del art. 71.6 y de la DA 4ª de la LC. La desventaja es que no están amparados por escudos protectores.

El RDL 11/2014 modifica de nuevo la LC, es la sexta modificación en once años, en un nuevo intento de facilitar, en todo lo posible, la supervivencia de la empresa concursada. Para ello se amplía el quorum de los acreedores y

entran algunos que hasta el momento no tenían derecho a voto. El intento del legislador, a nuestro criterio, es ampliar la base de los acreedores por cuanto son ellos los que pueden ofrecer mayor financiación o fórmulas de cooperación con la empresa que permitan afianzar su continuidad.

Dentro de esta idea del legislador de ampliar la base de los acreedores, está el llamado dinero nuevo o *fresh money*, al que ya nos hemos referido y que si cumple los requisitos del art. 71.1 bis LC, significa un ingreso de liquidez que para una empresa en estado de insolvencia, esté o no declarada, es la mejor garantía de futuro. Se trata de un crédito, naturalmente, de especial protección, porque de otra manera no aparecerían inversores dada la situación empresarial. La protección especial consiste en que, en caso de que se declarara concurso, sería considerado en parte un crédito contra la masa.

Cierto que el *fresh money* no ha sido aceptado bien por una parte de la doctrina, una buena parte. Tampoco por el legislador que ha modificado los artículos correspondientes. La especial protección que necesita para que los inversores accedan a financiar una empresa de hecho insolvente, establece una situación de privilegio sobre otros acreedores que, cuanto menos, puede crear problemas. Nuestra posición es a favor de considerarlo un crédito preferente y, en su caso, considerarlo contra la masa en su totalidad, pues la utilidad del mismo para la continuidad de la empresa es muy alta, también es una garantía por la confianza que supone para el resto de los acreedores ya que da una mayor viabilidad a la empresa y, por último, si se controla bien el acuerdo de refinanciación por los acreedores es una ventaja también para aquellos que ostentan créditos menos protegidos.

A partir del RDL 4/2014 se establecen tres tipos de acuerdos de refinanciación: colectivos, singulares y colectivos homologados judicialmente. No es que sea una clasificación nueva, y de alguna manera con los mismos u otros nombres aparecen en la legislación desde la ley 22/2003 y en la doctrina en muchas ocasiones. De los tres tipos, los más protegidos son los homologables judicialmente, que se definen en la DA 4ª de la LC, como los que han sido suscritos por al menos el 51% de los pasivos financieros y reúnan, en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la LC.

La ley 38/2011 introduce a las anteriores disposiciones normativas una condición que deja al albur del juez competente la homologación si considera que supone “*un sacrificio injustificado*” para los acreedores, aunque más bien para las entidades financieras. No nos parece esta normativa muy adecuada dado que si las partes han llegado a un acuerdo también habrán considerado la magnitud del sacrificio realizado o que deberán realizar. Entendemos que se abre una vía para que las entidades financieras gocen de una ventaja sobre el resto de los acreedores.

Respecto a los acuerdos de refinanciación colectivos aparecen en el RDL 3/2009, tienen como característica más destacable el que no son individuales y por su naturaleza son irrevocables, aun cuando no alcancen una mayoría cualificada de pasivo.

Una condición que también está sujeta a opiniones es que el único legitimado para solicitar la homologación del acuerdo de refinanciación es el deudor, no estando legitimados los acreedores. Sin embargo lo que sí pueden hacer los acreedores es obligar a dicho deudor, por medio de una cláusula del acuerdo, a que presente dicho acuerdo a la homologación. También deberán firmar la propuesta de convenio el deudor y los acreedores o sus apoderados y las firmas deberán estar legitimadas.

Respecto a los plazos también la doctrina entra en discusiones dado que la legislación deja, a nuestro juicio, lagunas. El deudor es quién debe comunicar al juzgado competente que ha iniciado las negociaciones para el acuerdo de refinanciación. Esta comunicación debe realizarse antes de finalizar el plazo de dos meses siguientes al momento en que debió conocer su estado de insolvencia. Lo cual no deja de ser ambiguo dado que no se trata de una fecha exacta. Además la ley dice que la comunicación puede realizarla cuando el deudor entiende que su insolvencia es inminente, pero el concepto inminente tampoco es un momento exacto.

La doctrina a este respecto discute el significado del art. 5 bis 4 LC respecto a si el plazo de tres meses desde que se presenta la comunicación es desde el momento de la presentación o desde el momento en que se verifica la situación de insolvencia.



La opinión más generalizada es que debe contarse desde el momento de presentar la comunicación. Estamos de acuerdo aun cuando sea porque es la única fecha que se puede presentar exacta y sin ulteriores interpretaciones.

En realidad la comunicación se limita a la notificación al juzgado de que se han iniciado negociaciones. Y, como hemos dicho, puede presentarse a los dos meses o antes, no necesariamente debe agotarse el plazo. Aunque si se comunica antes no *“será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario”* (art. 5 LC).

Un aspecto de los plazos que discute la doctrina se refiere a la suspensión de las ejecuciones, pues mientras que las nuevas ya no pueden presentarse desde el momento de la comunicación al juzgado competente, las que ya están en trámite deben esperar para su suspensión que se presente la resolución del Letrado de la Administración de Justicia que sirva de constancia de la presentación de la citada comunicación.

Parte de la doctrina opina que simplemente es un error del legislador. Y que este hecho puede provocar graves problemas especialmente en los juzgados, con mucha carga de trabajo, en los que el secretario dilate la presentación de la resolución. Creemos que puede producirse algún problema, pero en un caso muy extremo. Por lo general, este hecho no incide en las ejecuciones.

Cierto que la ley protege al deudor para que pueda salvar su empresa, por ejemplo en este caso procurando que nadie entre en un conocimiento anticipado de la situación de la empresa de manera que un acreedor pudiera interponer un ejecutivo si se enterase de la situación financiera del deudor. La reforma que implementa el RDL 4/2014 garantiza al deudor el tiempo necesario para asegurar el acuerdo de refinanciación. Lo cual nos parece necesario si se quiere mantener la viabilidad de la empresa.

Respecto a la viabilidad de la empresa, es importante la protección que reciben aquellos bienes que sean necesarios para asegurar la continuidad de la misma, o la profesión del deudor, que en cualquier caso no serán sujetos de ejecuciones sobre dichos activos mientras se mantengan las negociaciones

para la refinanciación. Esta posición normativa está dentro del espíritu de la ley consistente en proteger, en lo posible, todas aquellas actuaciones que sean necesarias para la continuidad del negocio y los bienes afectos al mismo son elementos imprescindibles para dicha viabilidad.

La ley 38/2011 abre otra posibilidad de llegar a una refinanciación que permita salvar la empresa y continuar sus actividades. Aun cuando se haya declarado el estado de concurso, pueden los concursados seguir con las negociaciones o iniciarlas para lograr nueva financiación.

Por su parte el Decreto Ley 4/2014 considera que el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería, y se hayan captado durante y dentro del marco del acuerdo de refinanciación, sean considerados créditos contra la masa. Nosotros, como ya hemos dicho antes, consideramos que deberían gozar de esta protección, créditos contra la masa, el cien por cien de dichos créditos.

Tampoco está bien solucionado, a nuestro criterio, la publicidad de la comunicación que deberá ser inscrita en el Registro Público Concursal por el secretario judicial. Lo inscrito será un extracto de la resolución y su objetivo es que quede constancia. Sin embargo, el deudor puede solicitar que la comunicación sea reservada para que su publicación no interfiera en las negociaciones.

La publicidad, especialmente en las ciudades o provincias pequeñas, puede ser perjudicial para el deudor y, consiguientemente, para los acreedores. La divulgación de una situación preconcursal puede significar que los proveedores se retraigan o que se cierren líneas de crédito, por lo que no siempre su publicidad es conveniente. Aunque la última decisión respecto a la publicidad es del juez competente.

Respecto a la legitimación que se contempla en el art. 193 LC, hay, en la doctrina, posiciones enfrentadas. El apartado 1º del artículo citado dice que se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y también todas aquellas que sostengan posiciones contrarias a las que solicite

la actora. Pero no sólo esto sino que en el apartado segundo se dice que podrá intervenir cualquier persona comparecida en forma en el concurso.

En el apartado tercero del mismo artículo que todas las partes tendrán que contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan *si el momento de su intervención lo permitiese, y expresar con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten*. Teniendo en cuenta que si no lo hacen así el juez rechazará su intervención, no pudiendo recurrirse esta decisión. Claro está que de entrada se plantea el problema de *cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora*. Que crearía un problema para constituir la relación jurídica procesal dado que sería dable alegarse, casi en todas las circunstancias, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no demandar a quien corresponda, sea empresa o individuo, que pueda sentirse afectado por el fallo<sup>479</sup>.

De todas maneras entendemos que el artículo deja claro que están legitimadas *“cualquier persona comparecida en forma”*. La discrepancia doctrinal se sitúa en si la simple personación de alguien que acredite interés legítimo en la sección de calificación justifica su legitimación, o no.

Nosotros estamos de acuerdo con la primera opinión y más si tenemos en cuenta lo que explicita el DL 3/2009 respecto a que quién acreditase interés legítimo podía *“personarse y ser parte en la sección”*. Entendemos que el problema no estaba en la legitimidad, sino en la reserva del legislador en admitir que los acreedores pudieran tener legitimidad suficiente para ejercitar pretensiones de condena que significarán la inhabilitación de las personas a las que afectara la calificación. Hoy día con las modificaciones que se han producido, no creemos que puede defenderse demasiado esta postura.

Es más, la legitimación de los acreedores, por ejemplo, llega a poder requerir la solicitud de la ejecución si no lo hace la administración concursal (art. 172 bis LC), eso sí dentro del mes siguiente al requerimiento que haya cursado a dicha administración concursal. También el acreedor puede instar la

---

<sup>479</sup> HURTADO YELO, J.J., Problemas de legitimación en el incidente concursal, *Revista de jurisprudencia*, nº 2, de 15 de septiembre de 2014, pp. 19-23

declaración de concurso y para ello ni siquiera es necesario que el crédito haya vencido sino que exista, o sea que legitime al acreedor como tal. Esta legitimación da al acreedor un arma de presión frente al deudor, aun cuando como ya hemos visto el deudor tienen otras herramientas legales para neutralizar, por lo menos durante un tiempo, al acreedor.

Por otra parte, queda claro también, entendemos, que si bien el acreedor está legitimado la ley se refiere al acreedor titular del crédito no al que tiene la propiedad del mismo, como indica el art. 3.2 LC que dice que no está legitimado el acreedor que *dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos inter vivos y a título singular, después de su vencimiento*. Lo cual, a nuestro juicio, es una tutela más para el deudor, ya que impide una concentración de créditos en manos de una persona o grupo de personas vinculadas que traten de hacerse con la empresa para desmantelarla, o presionen para llegar a un acuerdo beneficiosos para ellos y perjudicial para la futura viabilidad de dicha empresa. Se trata pues de evitar posiciones dominantes que pudieran desvirtuar el espíritu que el legislador quiere darle al proceso concursal y, especialmente, a los institutos preconcursales.

No son estos los únicos actores que están legitimados para solicitar declaración de concurso, aun cuando sí son los más importantes y que más posibilidades tienen de ejercer dicha legitimación. Por ejemplo, también están legitimados los socios de una persona jurídica o los responsables personales de las deudas de una persona jurídica, por cuanto se ven de una manera u otra afectados y son los responsables de dicha persona jurídica.

No vemos, respecto al juez competente para conocer del concurso problemas como alguna parte de la doctrina ha destacado. LC en mano es competente el juez de lo mercantil al que corresponda. Y su jurisdicción es tan amplia como aparece en el art. 8 LC y que ya hemos tratado en el capítulo III de este trabajo.

El artículo siguiente, 9 LC, establece la jurisdicción que por una parte incluye todas las cuestiones prejudiciales civiles, excepto las excluidas en el artículo anterior, las administrativas y las sociales relacionadas con el concurso

o aquellas cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. Y añade en el apartado 2 de dicho artículo que lo decidido en el apartado anterior sólo surte efecto dentro del proceso concursal que se produzca.

En cuanto a los efectos de la homologación, los mismo se sustancian a partir del día siguiente a la publicación de la sentencia en el BOE. Lo más importante a nuestro criterio es que los acreedores de pasivos financieros que no hubieran firmado el acuerdo, pero que estén afectados por la homologación, detentarán sus derechos: *frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a fiadores o avalistas*. Los que sí hubieran suscrito el acuerdo de refinanciamiento condicionan *el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas* a lo acordado en la respectiva relación jurídica. El juez puede cancelar los embargos ya realizados al deudor y que estén afectados por el acuerdo de refinanciación. También es importante destacar que los acuerdos de refinanciación sólo afectan a los acreedores que detentan deudas financieras, no a aquellos que sean titulares de otro tipo de deudas.

Respecto a estos efectos de la homologación, la doctrina se muestra muy discrepante y beligerante. Una parte, y con bastante fundamento, no está de acuerdo con las soluciones que se han dado, especialmente aquellas que se refieren a la limitación de los acreedores que están involucrados en los acuerdos. Es decir, que si la intencionalidad del legislador es el de fomentar la viabilidad futura de la empresa y, consecuentemente, la recuperación de los créditos por parte de los acreedores, no se ve claro porque no se toma la resolución de incluir en el acuerdo de refinanciación a todos los acreedores, independientemente de la garantía real que dispongan.

El problema, entendemos, no está tanto en el deudor o la empresa deudora, sino en los propios acreedores que ostentan dicho tipo de garantías. Obligar a aceptar el acuerdo homologado a todos los acreedores sin distinción, pondría en peligro quizás la continuidad de los negocios de dichos acreedores, lo que sería salvar a uno perjudicando gravemente a otros. El legislador lo que ha hecho, no puede obviarse, es atribuir la mayor parte de la carga a los

acreedores financieros a los que se supone mayor capacidad económica y mayor resistencia a las problemáticas económicas y financieras.

Más afectados se encuentran aquellos que habían puesto en marcha ejecuciones individuales o que fuera de la homologación las hubieren iniciado, ya que el juez competente puede paralizar estas ejecuciones en dos momentos del proceso. El primer momento es cuando el juez recibe la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación, la admite a trámite y declara a continuación la paralización de las ejecuciones singulares. El segundo momento es cuando el juez aprueba la homologación del acuerdo.

La justificación de la paralización de las ejecuciones es diáfana dado que si se mantuviera, en paralelo, las negociaciones de la homologación y el desarrollo de las ejecuciones, se produciría una situación de desconfianza en el seno de las primeras que impediría llegar a un acuerdo y también de indecisión en las segundas porque quedarían a expensas de que se aprobara o no la homologación. La coincidencia entre la negociación para la homologación y la ejecución mezclado con el desconocimiento de las resoluciones judiciales, sólo conduce al fracaso, de cualquier acuerdo de refinanciación.

Todo ello justifica que se suspendan las ejecuciones en marcha y se impidan las ejecuciones judiciales y extrajudiciales de bienes y derechos que sean imprescindibles para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, según el art. 5 bis de la LC. Los bienes y derechos que son imprescindibles para la continuidad de la empresa, que han sido objeto de varias propuestas de la doctrina, quedan a merced de la consideración de juez, que es quién decide cuáles son. Pero lo más importante, a nuestro criterio, es que la suspensión comprende a todas las ejecuciones, sean ordinarias, garantías reales o las que fueran.

El problema que destaca la doctrina es cómo influirán las suspensiones respecto al deudor y a cuál de los juzgados corresponden suspender. Los dos juzgados que pueden tener jurisdicción son el mercantil en el cual el deudor ha presentado la comunicación por la cual informa de que se han iniciado las negociaciones, o aquel ante el que se ha presentado la ejecución en trámite.

Tampoco queda claro cuál de los dos jueces puede decidir sobre los bienes que son necesarios para la actividad profesional o empresarial. La doctrina se divide entre los que entiende que es competencia del juez que ostente la jurisdicción, o sea aquel en que el deudor ha presentado su comunicación.

Sin embargo otra parte de la doctrina entiende que la suspensión de la ejecución debe comunicarse al juzgado que la tramita por medio de una actuación que acredite los bienes necesarios para que dicho deudor continúe con la actividad empresarial.

Nosotros opinamos que depende de cada caso dado que el concepto es muy amplio y no está bien determinado y, por otra parte, los bienes necesarios son, en cada caso, diferentes y dependen de la profesión o tipo de empresa y las coyunturas con que el deudor o su actividad empresarial se encuentre. Lo cual implica que el juez, que creemos debe ser el ejecutor, debe tomar una decisión, en cada caso la que considere más adecuada aun en el caso que no tenga demasiados datos. En cualquier caso, la necesidad de unos bienes u otros que sean pertinentes para la empresa recae sobre el deudor. Esta posición nuestra es coincidente con parte de la doctrina<sup>480</sup>.

Respecto a la duración de los efectos de la comunicación y su finalización, también hay discrepancias. La doctrina, por lo general, establece cuatro supuestos:

.- Cuando termine con acuerdo las negociaciones de refinanciación. O sea cuando se admita a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación.

.- Cuando se adopte el acuerdo extrajudicial.

.- Cuando se logre el porcentaje de adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio.

.- Cuando se declare concurso.

---

<sup>480</sup> SENES, S., op. cit, pp. 47-71

Supuestos que corresponden a los que se indican en el art. 5 bis LC. Sin embargo no aclaran el momento exacto en que se acaban los efectos de la comunicación, aun cuando sí lo hacen de una manera aproximada, como ya se ha establecido anteriormente.

Una de las mayores controversias que se dieron fue sobre los acuerdos de refinanciación y su irrevocabilidad. Hay que tener en cuenta, antes de entrar en esta figura, que la LC admite la revocabilidad de actos perjudiciales para la masa activa que el deudor realizara dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, según los art. 71 y 71 bis LC. Y para que sean revocables estas actuaciones no es necesario que sean fraudulentas, ya que difícil es probarlas dos años después. Lo cual indica, en este caso, una tutela sobre el acreedor aun cuando no deja de ser difícil demostrar el perjuicio que sobre la masa activa produce, por ejemplo, una venta realizada dos años antes.

Respecto a la irrevocabilidad era necesaria si se quería que los acuerdos de refinanciación pudiesen cumplir con su objetivo, la viabilidad de la empresa, para lo cual era imprescindible blindarlos de alguna manera. Los primeros pasos en este sentido aparecen en el RD 3/2009 que los establece siempre que el acuerdo de refinanciación sea suscrito por los tres quintos del pasivo, es decir el 60% de dicho pasivo, además este acuerdo debe ser informado por un experto independiente y que se formalice en un instrumento público, como ya se ha indicado anteriormente.

Se trata de una protección que entendemos como necesaria para el buen fin de los acuerdos que sin este blindaje poco sentido tendrían. La disposición legal es muy clara y aparece en el art. 71 bis LC, en el que establece que los acuerdos de refinanciación y todo lo que incluyan, no serán revocables *“cualquiera que sea su naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos...”* en los supuestos que se indican.

Sin embargo, pueden ser impugnados según lo que se dispone en el siguiente artículo, el 72 LC, por la administración judicial que es la única que está legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y la impugnación a los



acuerdos. Sólo podrá fundamentarse en el incumplimiento de las acciones previstas en el art. 71 bis LC, y la prueba del incumplimiento recae en quién ejercita la acción.

Lo cual no deja de ser una protección del acuerdo, ya que ante la necesidad de que pueda ser impugnado en función del incumplimiento, el legislador impone condiciones al legitimado para que dicha impugnación tenga garantías y se fundamente en hechos graves.

Aunque si bien la administración concursal es la legitimada, también pueden serlo los acreedores pero sólo si la dicha administración concursal no actúa ante sus requerimientos para una acción rescisoria o para impugnar. En este caso se consideran legitimados subsidiarios.

Los acuerdos son irrevocables siempre que se cumplan las condiciones que se establecen en la LC. Aunque si no se cumplen no se considera que haya acuerdo por lo que no son válidos y tampoco son revocables si no existen.

El experto independiente, que si bien a partir del RDL 4/2014 no es una figura obligatoria y sí condicionada a que lo consideren necesario los acreedores, se trata de una ayuda que arbitra el legislador para con las partes de la negociación del convenio y cuya función es analizar el acuerdo y resolver sobre aquellos aspectos que puedan superar las capacidades o especialidades de las partes involucradas. A nuestro juicio es una figura interesante, más aún si como en la anterior legislación certificaba el plan de viabilidad que pergeñaba el futuro de la empresa.

Respecto a la homologación en el RDL 4/2014 justifica su aprobación por los siguientes condicionantes con los que estamos de acuerdo:

.- La necesidad de salvar la mayor cantidad posible de las empresas que sean susceptibles de entrar en concurso. Ello fundamentándose en las muchísimas empresas que no soportan un concurso y desaparecen y la seguridad de que muchas de estas empresas eran operativas y capaces de mantener los puestos de trabajo y generar beneficios, siempre que se

solucionen los problemas de financiación que les abocan a una situación concursal.

La solución que propone el legislador es un acuerdo entre las dos partes, deudor y acreedores, que garantice los derechos e intereses de ambas partes y permitan la viabilidad de la empresa.

.- La necesidad de flexibilizar los procedimientos normativos que inciden negativamente en los acuerdos de refinanciamiento e impiden un acuerdo rápido y eficaz entre las partes. Por lo que el RDL 4/2014 establece una dinámica que permita esta eficacia en la negociación y la suficiente rapidez para evitar un deterioro de los activos del deudor que afectan tanto a este como a los acreedores.

.- El RDL 4/2014 también quiere reorganizar los privilegios reconocidos y que, en buena parte de los casos, obstaculizan o impiden los acuerdos preconcursales: caso de deudores con garantía real que hasta el momento eran inmunes a los acuerdos homologados, o las obligaciones principales y accesorias que no estaban bien clarificadas.

.- Por último era necesario flexibilizar las transmisiones de partes o todas las empresas como una solución a la refinanciación de las mismas.

Todo ello en función siempre de preservar, en una primera instancia, las empresas y sus posibilidades de subsistir, y en una segunda y más lejana, los derechos de los acreedores que pueden recobrar sus créditos e intereses si la empresa es viable y proporciona beneficios con los que responder a sus obligaciones.

## CAPÍTULO IV

### EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRESUPUESTOS. 1. Personas físicas. 2. Personas jurídicas. 3. Prohibiciones de acceso al mecanismo negociador. 4. Los acreedores. III. INICIO DEL PROCEDIMIENTO. 1. Competencia. 2. Admisión a trámite. IV. EL MEDIADOR CONCURSAL. 1. Requisitos para ser mediador concursal. 2. Nombramiento. 3. Cometidos del mediador concursal. 4. Efectos. V. DESARROLLO DEL PROCESO. 1. La propuesta inicial del acuerdo extrajudicial de pagos. 2. Exigencias legales de la propuesta. 3. La reunión. 4. ¿Notario y Administrador Concursal? Especialidades de tramitación en caso de deudor persona natural no empresario. VI. APROBACIÓN DEL ACUERDO. 1. Efectos. 2. Consecuencias de la no aceptación del acuerdo. 3. Formalización del acuerdo. VII. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO. 1. Tramites del cumplimiento e incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos. VIII. EL CONCURSO CONSECUTIVO. 1. Legitimación activa. 2. Requisitos. 3. La demanda de concurso consecutivo. 4. Declaración de concurso consecutivo. A) Especialidades. 5. Administrador concursal y concurso consecutivo. 6. Concurso consecutivo y deudor empresario. A) Plan de liquidación. 7. Concurso consecutivo de persona natural no empresario. 8. Conclusión del concurso consecutivo. IX. LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. 1. Deudor de Buena fe. 2. Concurso culpable. 3. Impedimentos de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho. 4. Buena fe y acuerdo extrajudicial de pagos. 5. Satisfacción de determinados créditos. 6. Aspectos procesales para la exoneración de pasivo insatisfecho. X. EXONERACIÓN PROVISIONAL DEL PASIVO INSATISFECHO. 1. Revocación de la exoneración provisional. A) Legitimación

pasiva. 2. Cauces procesales. 3. Efectos de la revocación. A) La reapertura del concurso. B) La renuncia voluntaria al beneficio de exoneración. XI. LA EXONERACIÓN DEFINITIVA. 1. Legitimación pasiva. 2. Cauces procesales. 3. Efectos de la revocación. 4. Exoneración definitiva cuando el deudor incumpla el plan de pagos: especialidades. 5. Revocación exoneración definitiva.

## I. INTRODUCCIÓN

Mediante Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internalización, se introduce por el legislador en nuestro ordenamiento jurídico, el Título X de la LC que comprende los arts. 231 a 242 LC (añadiendo posteriormente un artículo más el 242 bis, mediante RDL 1/2025 que en su momento estudiaremos) que regula un novedoso instituto preconcursal centrado en la figura del mediador concursal<sup>481</sup>. Dicho acuerdo merece la calificación de concursal ya que su base es la insolvencia actual o inminente del deudor lo que presupone su presupuesto objetivo y es de naturaleza universal pues deben concurrir todos los acreedores para alcanzar un posible acuerdo<sup>482</sup>.

Este procedimiento, diseñado por el legislador para pequeñas empresas, de carácter extrajudicial, debidamente conectado con su objetivo es decir la viabilidad y continuidad empresarial<sup>483</sup>, que pretende ser rápido, simple y ágil, cuya finalidad es alcanzar un pacto entre deudor y acreedores que permita la continuidad del deudor insolvente, no exento de alto riesgo para el deudor en algunos casos y también para sus acreedores.

Pretende el legislador, presentar esta figura preconcursal, ya que es una alternativa válida al concurso de acreedores<sup>484</sup>, como una mediación, aunque presenta matices que la diferencian de la mediación como la venimos entendiendo según ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>485</sup> puesto que presenta unos matices que nos obliga a pensar que nos encontramos ante una figura autónoma y claramente diferenciada de la

---

<sup>481</sup> AZNAR GINER, E., Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores, p.291

<sup>482</sup> SÁNCHEZ-CALERO, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de Derecho Concursal*, mayo agosto 2014, p. 11.

<sup>483</sup> NIETO DELGADO, C *Derecho preconcursal* op. Cit., p.35.

<sup>484</sup> SANJUAN y MUÑOZ, E. “Acuerdos selectivos extrajudiciales de pago (ASEP)”, *Diario La Ley*, nº 8196, p. 1.

<sup>485</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ, A., "La mediación en el concurso de acreedores. Reflexiones y estrategias", *Diario La Ley*, nº 8111, 23 de junio de 2013, <http://www.diariojuridico.com/la-mediacion-en-el-concurso-de-acreedores-reflexiones-y-estrategias/> Consultado 15/10/2016.

mediación aunque influenciada por la misma, y así lo debe entender el legislador cuando no hace ninguna mención a la mediación salvo al referirse al mediador concursal.<sup>486</sup>

En términos amplios debemos incluir a los acuerdos extrajudiciales de pagos dentro de la figura de la segunda oportunidad pues suponen una novación crediticia, aunque no se encuentran incluidos dentro de ellos puesto que forman parte de las soluciones alternativas al concurso de acreedores.

La LC, en su inicio, con el convencimiento de que resolvía cualquier situación de insolvencia, permaneció al margen a cualquier solución alternativa al concurso, pero con celeridad se dio cuenta el legislador del error cometido y no tardaron en aparecer voces favorables al establecimiento de institutos alternativos al concurso <sup>487</sup>.

El camino no ha sido fácil, iniciado por el legislador mediante el RDL 3/2009 que introdujo la DA 4ª en la LC relativa a los acuerdos de refinanciación, como ha quedado visto anteriormente<sup>488</sup>.

La Ley 38/2011 de reforma de la LC profundiza en este aspecto referido a los acuerdos de refinanciación donde se incluye una categoría superior de estos acuerdos, los homologados judicialmente.

En los planteamientos modernos la decisión legislativa de incardinar dentro de la LC los mecanismos de segunda oportunidad no está exenta de polémica en cuanto a las personas físicas se refiere, ya que las causas que llevan a una persona al concurso son distintas si se trata de empresario o no y no sirven los mismos mecanismos para solucionar tan dispares problemas.

Tratándose de un particular con problemas económicos y de solvencia y obligado a introducirse en un concurso para optar a la segunda oportunidad tendrá que pasar por una serie de circunstancias que no van a ser nada fáciles ya que en primer lugar tiene que iniciar un expediente extrajudicial, que en este

---

<sup>486</sup> GALLEGO, E., La mediación concursal, *Anuario de Derecho Concursal*, 31, enero-abril 2014, pp. 11-63.

<sup>487</sup> HERNANDEZ RODRÍGUEZ M.M., *La segunda oportunidad: La superación de la crisis de insolvencia*, Dykinson, Madrid, 2015, p.197

<sup>488</sup> Vid. Capítulo III.

caso es asumido por los notarios , se le nombrara un mediador concursal para tratar de llegar a un acuerdo con sus acreedores y si fracasa se verá abocado irremediamente al concurso que será de liquidación y sólo cuando se hayan liquidado todos sus bienes podrá ponerse en marcha el mecanismo de segunda oportunidad como más adelante se verá.

Debemos destacar las siguientes características:

- 1) Es un procedimiento extrajudicial
- 2) Se trata de un procedimiento facultativo para el deudor.
- 3) No es un procedimiento de aplicación general ya que solo se puede acoger a determinados deudores.
- 4) No es preceptivo, pues el deudor puede acudir directamente al concurso.
- 5) Es personalísimo pues los resultados no afectan a tercero.<sup>489</sup>

Merece especial importancia destacar de esta reforma es que los Juzgados de lo Mercantil pierden la exclusividad en el conocimiento de los concursos puesto que según establece La Ley Orgánica la competencia para asumir un procedimiento concursal derivado de un fracasado acuerdo extrajudicial de pagos de persona física no empresario la tienen los Juzgado de Primera Instancia aunque los recursos (apelación) sean resueltos por un solo tribunal especializado en materia mercantil, convirtiendo la solución al problema en más compleja si cabe.

Quizá fuera deseable que la solución se asemejara a ciertos países de nuestro entorno como Francia en que la insolvencia de los particulares se resuelve ante organismos administrativos por agilidad y especialidad de la materia ya que nada tiene que ver una sociedad con cientos de trabajadores con un particular por muy insolventes que sean ambos como es lógico pensar las soluciones tiene que ser bien distintas. Puede que a estas alturas se eche

---

<sup>489</sup> BOLDO RODA, C., El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales, en BOLDO RODA C. (dir.), AA.VV, *La Mediación en Asuntos mercantiles*, ed. Tirant lo Blanch Valencia 2015, p. 393.

de menos aquel procedimiento tan poco utilizado en la antigua LEC, el de quita y espera que ahora a la vista de los hechos se nos antoja de mejor aplicación, eso sí salvando las distancias temporales y procedimentales.

Llegado a este punto introductorio debemos hacer mención específica de la Exposición de Motivos del RDL 1/2015 en cuanto hace referencia a la incidencia de la crisis económica: *“muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohonestarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace”*.

El mecanismo de segunda oportunidad mediante RDL 1/2015 modificó la regulación de los acuerdos extrajudiciales de pagos, dando oportunidad al consumidor a valerse de ellos como alternativa al concurso pretendiendo asimilar su regulación a los acuerdos de refinanciación<sup>490</sup>, cosa de difícil encaje como hemos advertido anteriormente.

No obstante lo anterior el legislador va dando pasos tendentes a solucionar los problemas pues si comparamos lo dicho hasta ahora con la legislación anterior al RDL la persona física insolvente una vez liquidado todo su patrimonio a través del concurso y en aras al art. 178.2 LC seguía siendo responsable de las deudas no satisfechas consecuencia lógica del art. 1911 del CC que establecía que el deudor respondía de sus obligaciones con sus bienes

---

<sup>490</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., *Deber de solicitar la declaración del concurso*, op. Cit, p. 203.



presentes y futuros <sup>491</sup>, chocando frontalmente el tratamiento dado por la legislación a las personas jurídicas que se extinguen con la liquidación.

La obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho no ha sido gratuito pues como hemos apuntado antes el legislador ha adaptado a golpe de decreto las demandas sociales y estas y ha sido la presión de la sociedad la que ha hecho que se introduzca en nuestro ordenamiento jurídico figuras como esta máxime cuando estos mecanismos ya se encontraban en la mayoría de los países de nuestro entorno y demostrado quedó que sirvieron para facilitar la recuperación económica de muchas familias que no podían arrastrar durante décadas deudas que nunca podrían satisfacer<sup>492</sup>.

La Unión Europea comprendió que el sobreendeudamiento familiar y las circunstancias del acceso al crédito de muchos ciudadanos en muchos casos no era responsabilidad de los mismos si no de las propias entidades financieras que en su afán expansionista otorgaron infinidad de créditos, sobre todo para compra de vivienda a sabiendas de que les resultaría difícil su devolución, por lo tanto fueron en parte estos hechos los que movieron al legislador para buscar fórmulas que hicieran salir de la crisis a estas familias, desde luego y desde nuestra opinión sin haberlo conseguido todavía plenamente.

No obstante la ley de segunda oportunidad esta no es gratuita pues es opinión común considerar que para poder disfrutar de una segunda oportunidad hay que haber actuado de buena fe ya que no podrán disfrutar de este beneficio aquellos que hayan sido culpables de su propia insolvencia o hubieren cometido determinados delitos.

Siguiendo una recomendación europea la de 12 de marzo de 2014 el RDL 1/2015 se refiere y así lo expresa en su exposición de motivos: *“La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece*

---

<sup>491</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, ed. Bosch, Barcelona, 2015, p.19.

<sup>492</sup> Ibidem.

*obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo”*

Al desincentivo que supone la exclusión de determinados deudores insolventes que necesariamente se verían abocados para su subsistencia a la economía sumergida con los graves perjuicios para el mercado laboral y las arcas públicas que ello supone, en gran parte debido a la falta de operatividad de leyes anteriores como la 14/2013.

Después de varios intentos para introducir en el ordenamiento jurídico la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho se ha optado por un sistema que algunos autores califican de tortuoso<sup>493</sup> habida cuenta que primero exige un intento de acuerdo extrajudicial de pagos y tras su fracaso obliga al deudor (o al mediador concursal quien tiene la obligación de solicitar inmediatamente el concurso en caso de fracaso) a iniciar un procedimiento judicial de liquidación de todo su patrimonio que se justifica en la necesidad de evitar que pueda usarse el beneficio de segunda oportunidad de manera fraudulenta . Exposición de motivos RDL 1/2015:

*“El mecanismo de segunda oportunidad diseñado por este real decreto-ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Y se trata igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por razones de justicia hacia los acreedores que tan acertadamente expusieron autores como Manresa.*

*Con ello se alcanza el debido equilibrio y la necesaria justicia que debe inspirar cualquier norma jurídica”*

---

<sup>493</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p. 21.

Y de esta manera solo se produce la remisión del pasivo insatisfecho en sede concursal.

Como hemos comentado anteriormente es deseo del legislador que no recaiga todo el peso de la reforma sobre los juzgados de lo mercantil saturados hasta la saciedad y en este sentido también ha reformado la LOPJ a fin de que sean los juzgados de primera instancia los que conozcan de los concursos de personas físicas no empresarios tras haber fracasado en el acuerdo extrajudicial de pagos, teniendo que pechar de esta forma con todos los tramites de un procedimiento concursal competencia de los juzgados de lo mercantil, por todos sus trámites, en el concurso consecutivo, es decir normas referidas a la calificación de créditos del concurso, las referidas a la calificación del concurso a los efectos de la declaración de concurso, sobre los contratos , sobre el patrimonio del deudor, hechos que pueden generar disfunciones que distorsionen los efectos que trata de conseguir la novedosa legislación.

Sin sorpresas por el legislador al promulgar el RDL 1/2015 no se hace ninguna previsión de la aplicación de la nueva ley que permita saber cuántos deudores se acogerán a esta nueva medida y esta situación si se produce una demanda voluminosa ya que en España hay 30.000 familias que podrían acogerse a esta medida, las consecuencias para los juzgados que deberían conocer de las mismas serían de colapso. Con esta modificación, el legislador asume el fracaso de reformas anteriores especialmente la Ley de Emprendedores, no obstante ha servido de semilla para la introducción de la reforma que estamos abordando

Desde un inicio la LC ha concentrado sus esfuerzos al establecer que el convenio era la forma normal de solventar el deudor sus problemas de insolvencia , sin embargo ya desde el principio se vio que era difícil para los deudores alcanzar acuerdos vía convenio con sus acreedores y la inmensa mayoría de los concursos que se presentaban acababan en liquidación, y esta situación se daba para deudores empresarios y sociedades puesto que los altos costes la complejidad y el mantenimiento del principio de responsabilidad universal lo hacían inviable para los particulares personas físicas, intentándose rectificar el fracaso con la Ley de Emprendedores que en un principio estaba

vedado a los no empresarios, asimismo se modificó el art. 178.2 LC que permitía la remisión del pasivo insatisfecho pero con unas rigideces inasumibles.

La Ley 25/2015 de 28 de julio de Segunda Oportunidad<sup>494</sup> parte de lo avanzado con la Ley de Emprendedores de tal manera que dulcifica los requisitos para acogerse al mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho de modo que puedan acogerse al mismo toda las personas físicas con facilidad para la remisión primero provisionalmente y luego de manera definitiva con unos umbrales mínimos cuya base se sustenta en la buena fe del deudor y el cumplimiento de un plan de pagos, todo ello sin cerrar la puerta del convenio cuyos límites han sido modificados por el RDL 11/2014, aunque esta segunda oportunidad es una excepción a la regla general , y así lo establece el art. 178 bis LC.

## **II. PRESUPUESTOS**

Establece el art. 231 LC según reforma efectuada por el RDL 1/2015, que amplía la posibilidad de acogerse a esta figura jurídica preconcursal, cualquier persona física (natural dice la Ley) o jurídica cuyo pasivo estimado no supere los cinco millones de euros y que se encuentre en situación de insolvencia o prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones.

### **1. Personas físicas**

El mencionado artículo distingue entre personas naturales no empresarios y personas naturales comerciantes.

En el primer caso la Ley sólo exige que se acredite que el deudor se encuentra en situación de insolvencia, como se ha dicho, o que esta sea inminente, así el precepto nos remite al art. 2 LC, por tanto el procedimiento no

---

<sup>494</sup> Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

está disponible para cualquier deudor solo los que se hallen en los comprendidos en este artículo sumándose a este requisito la acreditación de concurrencia de pluralidad de acreedores y con el límite cuantitativo antedicho, este último hecho tiene trascendencia por cuanto si finalmente resulta que su pasivo es superior no podrá acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho por mor del art. 178 bis LC .

En cuanto a los comerciantes son denominados en la LC persona natural empresario, incluyendo en este término a las personas que ejerzan alguna profesión o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos<sup>495</sup>, cuyo tratamiento es idéntico al anterior con la salvedad de que a este grupo se les exige junto con la solicitud de inicio del trámite que se acompañe el correspondiente balance.

## **2. Personas jurídicas**

Para acceder a la obtención de un acuerdo extrajudicial de pagos, las personas jurídicas deben reunir más requisitos que las naturales o físicas ya que además de encontrarse en situación de insolvencia y ser esta actual, no inminente, en caso de ser declaradas en concurso, este “no hubiere de revestir especial complejidad” remitiendo al efecto al art. 190 LC.

En estos casos no existe referencia al límite de los cinco millones de pasivo solo se exige que el deudor pudiera tener acceso a la tramitación de su concurso como abreviado, siendo estos supuesto que tenga menos de cincuenta acreedores, que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros o que la valoración de sus bienes no alcance los cinco millones de euros, el criterio general es que el procedimiento no revista especial complejidad, bastando la apreciación de cualquiera de los tres supuestos indicados.

---

<sup>495</sup> EFERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., pp. 32 – 33.

La misma discrecionalidad que tiene el juez para apreciar la complejidad o no de un concurso lo que le permite transformar un procedimiento abreviado en ordinario de oficio, la tiene el registrador mercantil para decidir si el solicitante debe estar excluido de iniciar el trámite del acuerdo extrajudicial de pagos. Otro requisito exigible es que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos del acuerdo, disposición que debe justificar.

### **3. Prohibiciones de acceso al mecanismo negociador**

El párrafo tercero del artículo 231 LC prevé que no todos los deudores que reúnan las condiciones reseñadas anteriormente pueden acogerse al procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores ya que aquellos que hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso no lo podrán hacer. Como es lógico se excluye el supuesto de rehabilitación del deudor, con cancelación de antecedentes o, incluso, faltando la cancelación pero se den los presupuestos para la misma<sup>496</sup>. Debe entenderse en estos casos que se trate de sentencia condenatoria firme ya que la LC establece como referencia la fecha de la sentencia, no la fecha de comisión del delito<sup>497</sup>.

Tampoco podrán formular solicitud 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, estableciéndose como criterio aplicable del cómputo del plazo 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

---

<sup>496</sup> AZNAR GINER, E., Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores, p. 298

<sup>497</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p. 35.

el auto que declare la conclusión del concurso. Se excluye asimismo a las aseguradoras y reaseguradoras.

#### **4. Los acreedores**

Con las excepciones que a renglón seguido citaremos, todos los acreedores del deudor están llamados a la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos, siendo indiferente quien sea el acreedor, la clase de crédito que ostente o el vencimiento del mismo o si el crédito es dinerario o no, siendo también indiferente que el acreedor sea persona natural o jurídica todos están obligados a la negociación, eso sí con distintas consecuencias si no acuden según la naturaleza de cada crédito. Las excepciones que contiene el art. 231 LC se refieren a los acreedores que no les afecta el acuerdo como los de derecho público, los créditos con garantía real cuyo tratamiento se contiene en los arts. 238 y 238 bis LC.

Los créditos de derecho público en ningún caso pueden verse vinculados por el acuerdo de pago que se concluya entre deudor y sus acreedores ya que por Ley tienen un tratamiento propio. En cuanto a los créditos con garantía real sólo verán afectado su crédito si así lo solicitan expresamente mediante comunicación al mediador concursal en el plazo de un mes a contar desde que reciban la convocatoria a la que se refiere el art. 234 LC, por ello si calla, no participa en la negociación y su crédito no se verá afectado por el acuerdo. Resulta lógica la exclusión del acreedor con garantía real pues lo contrario podría afectar a un mercado tan sensible en estos tiempos como el hipotecario, en especial a la titulación hipotecaria<sup>498</sup>.

---

<sup>498</sup> AZOFRA VEGAS, F., “La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 16, pp. 127 y ss, p. 130.

### III. INICIO DEL PROCEDIMIENTO

La informalidad con la que nace el acuerdo extrajudicial de pagos no está exento de determinados requisitos formales y materiales imprescindibles para su tramitación ya que si no se cumplimentan adecuadamente puede abocar al expediente a su inadmisión a trámite, por tanto tal y como reza el artículo 232 LC se inicia con la solicitud de mediador concursal y esto es de suma importancia ya que los efectos del proceso no nacen en el momento de la solicitud, sino cuando se designa mediador concursal y el designado acepta el cargo. Esta solicitud de mediador concursal realizada por si o a través de representante debidamente facultado, la realizara por escrito. Vemos en este apartado como el inicio del acuerdo extrajudicial de pagos dista de lo marcado para la mediación que requiere común acuerdo entre las partes art. 16.1 LMACM<sup>499</sup>

La legitimación activa la tiene el deudor, que solicitara el inicio del expediente mediante formulario normalizado facilitado por el Ministerio de Justicia, aunque hasta que se hallen a disposición del justiciable los formularios, y entendemos aún después, nada impide que se presente un escrito que contenga todos los requisitos exigidos por la ley, no debiendo ello ser causa de inadmisión so pena de hacer una interpretación de la norma excesivamente rigorista y carente de sentido. Establece así mismo el artículo estudiado que en caso de solicitar mediador concursal por parte de una persona jurídica deberá hacerlo el órgano de administración en la forma que esté constituido según sus estatutos y la Ley de Sociedades de Capital.

Asimismo establece el art. 232 LC como requisito objetivo para la solicitud de inicio del expediente a través de la solicitud de mediador que el deudor sea insolvente que según establece el art. 2.2 LC “*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus*

---

<sup>499</sup> SENES MONTILLA, El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales, en BOLDO RODA C. (dir.), *La Mediación en Asuntos mercantiles*, ed. Tirant lo Blanch Valencia 2015, p. 393.



*obligaciones exigibles*” pudiendo ser esta actual o inminente. No hay trámite de oposición a la solicitud, por tanto la insolvencia se le supone, también es requisito, aunque el artículo 232 LC no haga ninguna referencia, el hecho de que deben existir pluralidad de acreedores.

Pero qué puede ocurrir si un deudor insolvente solicita el nombramiento de mediador cumpliendo con todos los requisitos legales pero sólo tiene dos acreedores y en la tramitación llega a un acuerdo solo con uno de ellos. Entendemos que ya no se cumplirán los requisitos exigidos por el artículo y por lo tanto ya no habrá pluralidad de acreedores y se deberá archivar el expediente de plano<sup>500</sup>.

## **1. Competencia**

La competencia para la designación de mediador concursal es distinta según se trate de persona física o persona jurídica.

En cuanto a las personas físicas o naturales la competencia la tiene el notario, más adelante veremos los mecanismos y la competencia territorial de estos profesionales, que ya adelantamos que esta se fija atendiendo al domicilio del deudor con búsqueda incluso de fuera de confort sin que esto conlleve sanción alguna, pero cuando se trata de personas jurídicas la solicitud debe dirigirse al registrador mercantil, dejamos dicho en este apartado lo que antecede sin perjuicio de profundizar en el apartado oportuno.

No obstante lo anterior el RDL 1/2015 introduce a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España como competentes para asumir las funciones de nombramiento de mediador y tramitación del expediente pero solo en el caso de personas jurídicas o natural empresario y ello cuando estas hayan asumido funciones de mediación según su normativa específica<sup>501</sup>.

---

<sup>500</sup> CACHÓN CADENAS, M., *Problemas procesales del concurso de acreedores*, op. cit., pp. 77-111.

<sup>501</sup> BOLDO RODA., “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, op. cit., p. 393.

## 2. Admisión a trámite

Como hemos apuntado anteriormente la admisión a trámite del expediente corresponde, según el tipo de deudor solicitante, al notario, al registrador mercantil o Cámara de Comercio, los que al recibir la solicitud deberán comprobar, bajo su responsabilidad, que se cumplen los requisitos del artículo 231 LC, pudiendo en caso de detectar defectos subsanables otorgar un plazo que no podrá exceder de cinco días para subsanar<sup>502</sup>.

Así pues el receptor debe hacer un juicio de valor sobre el fondo de la cuestión y además un control formal a fin de que se cumplan los requisitos exigidos legalmente y se acompañan con la solicitud los documentos pertinentes como un inventario con el líquido de que dispone así como bienes y derechos y los ingresos previstos regularmente. Debemos distinguir en este apartado para el caso de deudor persona natural los bienes que son embargables de los que no lo son dado que estos últimos no forman parte de la masa activa, y en esta cuestión ante la ausencia de regulación de la LC debemos acudir a la LEC. También deberá aportar el deudor con su solicitud una lista de acreedores identificando debidamente identidad, domicilio, y dirección electrónica expresando la cuantía y vencimiento de los créditos, lista que también comprenderá los acreedores con garantía real y los de derecho público aunque no se vean afectados por el acuerdo .

Mención especial merece cuando el acreedor fuere persona casada con expresión del régimen económico matrimonial ya que algunos de los efectos del acuerdo puede afectar al cónyuge no deudor y así establece el art. 232.2 LC que cuando los cónyuges sean propietarios de la vivienda familiar y esta puede quedar afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud deberá firmarse por ambos cónyuges.

Si el deudor tuviera la obligación de llevar contabilidad acompañara las cuentas anuales referidas a los tres últimos ejercicios, también deberá

---

<sup>502</sup> SENÉS MONTILLA, El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?, Revista de Derecho Civil, nº , 2014, pp. 54 - 55.

acompañar una relación de contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos.

El cumplimiento, certeza, veracidad y exactitud de estos requisitos no solo tiene importancia a la hora de admitir a trámite la solicitud de mediador concursal sino también para evitar la calificación de culpable de un futuro concurso consecutivo, perdiendo con ello la posibilidad de la exoneración del pasivo insatisfecho. A parte de los requisitos legalmente exigidos es potestativo para el deudor, pero conveniente, aportar documentación complementaria que puede ser en forma de memoria de las exigidas para la declaración de concurso.

El trámite de admisión resulta de suma importancia si nos atenemos al art. 178 bis 3 LC que exige para poder optar al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho que se haya intentado el acuerdo extrajudicial de pagos no es necesario que se admita a trámite sólo que se ha intentado .

El receptor de la solicitud sea el notario, el registrador mercantil o la cámara de comercio deberá pronunciarse motivadamente sobre admitir a trámite la solicitud, Indicar la existencia de algún defecto subsanable o la inadmisión<sup>503</sup>.

Veamos los tres supuestos. En caso de admisión a trámite de la solicitud se activara por quien corresponda los mecanismos para la designación de mediador concursal que por turno corresponda de los que figuren en el Registro Público, dicha designación será secuencial sin darle facultad al designador la elección del mediador hecho que nos parece una parte muy importante de la reforma pues de sobra es sabido los abusos cometidos con el nombramiento de administrador concursal hasta la fecha. El mediador concursal deberá aceptar el cargo pues este el momento en que despliega los efectos el expediente, esta aceptación se hará ante el funcionario solicitante, notario registrador mercantil o cámara de comercio que haya de conocer del expediente.

---

<sup>503</sup> SENES MONTILLA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos...”, op. Cit., pp. 50 y ss.

En segundo lugar deberán indicar al deudor si la solicitud adolece de algún defecto, falta de documentación o información concediéndole un plazo de cinco días para su subsanación.

Y para el caso de inadmisión ante la falta de justificación del cumplimiento de los requisitos legales, esta decisión deberá ser motivada, pero la inadmisión a falta de previsión de recurso alguno se puede subsanar volviendo a solicitar el nombramiento de mediador con los requisitos debidamente satisfechos. Ahora bien si esta solicitud no se realiza en los plazos establecidos en el art. 5 LC no se inadmitiría pero llevará consecuencias *fatales en un posible concurso consecutivo pudiéndose calificar de culpable* y perdiendo el deudor los beneficios de exoneración del pasivo insatisfecho.<sup>504</sup>

#### **IV. EL MEDIADOR CONCURSAL**

El art. 233 LC, regula la figura del mediador concursal, clave en este procedimiento que a su vez se remite a la regulación de la, administración concursal por una parte y por otra se remite a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles aunque no se pueden asimilar a ninguno de los dos ya que ésta tiene unos perfiles adaptados a este expediente, de manera que la doctrina opina que se trata de un profesional especializado en materia concursal al que la ley atribuye unas funciones concretas, entre las que sobresale elaborar un plan de pagos y cuyas actuaciones deben ser desarrolladas en la forma en los tiempos y con los

---

<sup>504</sup> FERÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p. 48.

límites y condiciones que marca la Ley<sup>505</sup> de hecho se ha llegado a decir que el mediador concursal ni es mediador ni es concursal .

No es concursal puesto que las funciones que le otorgan van encaminadas a la consecución de un acuerdo extrajudicial y no es mediador porque las funciones difieren de los principios inspiradores de la mediación ya que dispone de facultades decisorias incompatibles con la mediación<sup>506</sup>.

## **1. Requisitos para ser mediador concursal**

Establece la LC en su art. 233.1 que *“el nombramiento de mediador concursal deberá recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de ente los que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del BOE la cual será suministrada por el registro de mediadores e instituciones de mediación de Ministerio de Justicia. El mediador concursal deberá reunir la condición de mediador de acuerdo a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, para actuar como administrador concursal, las condiciones previstas en el art. 27.”*

Llegado este punto debemos puntualizar las diferencias entre las dos mediaciones y así entendemos que las funciones son bien distintas pues mientras el mediador concursal tiene como cometido comprobar la existencia y cuantía de los créditos y elaborar un plan de pagos la del mediador mercantil se basa en asistir a las partes para que alcancen un acuerdo por sí mismas, también debemos considerar el carácter reglado del procedimiento extrajudicial de pagos y la flexibilidad del procedimiento de mediación ya que el primero permanece ajeno al principio de autonomía de la voluntad de las parte pues obliga a ausentes y disidentes y mientras este principio es consustancial al de mediación civil y mercantil y el nombramiento del mediador concursal no depende de las partes como ocurre en el otro caso .

---

<sup>505</sup> LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el nuevo sistema concursal” *Diario La Ley*, nº 8111, 23 junio de 2013.

<sup>506</sup> BOLDO RODA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, op. Cit., p. 393.

La Ley de mediación no es supletoria de la mediación concursal ni el estatuto orgánico del mediador, en cambio la LC remite en cuanto al estatuto del mediador concursal a lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes.

La mediación concursal es una mediación reglada, en realidad se trata de una figura distinta y autónoma ni siquiera el legislador la identifica con la mediación, de hecho hay autores que opinan que debería llamarse preadministrador concursal y finalmente apuntar que en el acuerdo de pagos no hay controversia sino simplemente un acuerdo de pago entre deudor y acreedores<sup>507</sup>.

Así el mediador concursal actúa como un impulsor del trámite extrajudicial de pagos, comprueba la situación del deudor, convoca a los acreedores y propone acuerdos, es decir la forma de funcionar se asemeja más a un asesor del deudor que a un mediador<sup>508</sup>

## **2. Nombramiento**

Para el supuesto de que se trate de personas físicas, establece el art. 233 párrafo 3 LC que la designación de mediador concursal la realizará el notario, y para el caso de personas jurídicas el registrador mercantil, además el RDL 1/2015 introduce la posibilidad de que la designación la efectúen las cámaras de comercio. En cuanto a la mecánica, la misma para los tres, el designando sea quien sea, deberá dirigirse al portal de Registro Público Concursal a fin de obtener el mediador que por turno secuencial le corresponda, sin que el solicitante tenga libertad de elección.<sup>509</sup>

Por lo tanto la diferencia del nombramiento del mediador concursal con el mediador mercantil estriba fundamentalmente en que este último se nombrara de común acuerdo entre las partes según el art. 16.1 LMACM salvo

---

<sup>507</sup> BOLDO RODA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, op. Cit., p. 39.

<sup>508</sup> FERNANDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p. 51.

<sup>509</sup> FERNANDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p. 58.

que concurra pacto de sometimiento a mediación, a mayor abundamiento es nombrado ab initio, en tanto en cuánto el mediador concursal requiere para su nombramiento la previa emisión a los profesionales antes referidos o cámara de comercio.<sup>510</sup>

### **3. Cometidos del mediador concursal**

Estable de la legislación que varios son los cometidos del mediador concursal entre los que cabe destacar el establecido por su estatuto cual es el de dar impulso al procedimiento, y a medida que el procedimiento va avanzando va teniendo distintas funciones que seguidamente analizamos.

Después de aceptar el cargo, debe contrastar la información que el deudor le ha facilitado cuya función capital será comprobar la veracidad sobre el cumplimiento de los requisitos y exigencias para que el solicitante se pueda acoger al acuerdo extrajudicial de pagos, tarea que por fuerza no podrá ser muy exhaustiva limitándose al cumplimiento de los presupuestos legalmente establecidos. Debe convocar a los acreedores a una reunión ante el notario o registrador. Debe supervisar la situación patrimonial del deudor y el posicionamiento de los acreedores, presidir la reunión, formalizar el acuerdo o desacuerdo, y en tal caso instar el concurso consecutivo.

A modo de guión pasaremos a distinguir las fases y plazos siguientes

1.-Aceptación del cargo, cinco días según establece el art. 242 bis LC, el mismo que se exige para la aceptación del administrador concursal.

2.-Tramite de comprobación, diez días, basándose en la documentación facilitada por el deudor.

3.- Convocatoria a la reunión con los acreedores, con los requisitos exigidos en artículo 234.3 LC.

4.- Propuesta de acuerdo, esta necesariamente debe elaborarla el deudor, pues la función de mediador se limita a dar traslado de la misma a los

---

<sup>510</sup> BOLDO RODA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, op. cit, p. 393.

acreedores según el art. 236.1 LC. Teniendo prevista la propia ley un trámite de modificación del acuerdo en el mismo artículo punto 3 que establece que el mediador deberá integrar las propuestas de modificación o alternativas presentadas por los acreedores y remitirla junto con el plan de pagos definitivo. Momento en que la función del mediador es la solicitud de concurso consecutivo si hay una mayoría significativa de acreedores que muestran su oposición al acuerdo.

Cabe destacar que el acuerdo extrajudicial de pagos adoptado con las garantías y mayorías legalmente establecidas, es impugnabile por cualquier legitimado.

Con posterioridad a la toma del acuerdo y de las formalidades para plasmarlo documentalmente y llevarlo a cabo el mediador tiene la obligación de supervisar el cumplimiento del acuerdo según el art. 241 LC y si le consta el incumplimiento tiene la obligación de solicitar concurso consecutivo.<sup>511</sup>

Queremos detenernos brevemente, aunque ampliaremos más adelante, en las particularidades introducidas por el RDL 1/2015 en cuanto a las particularidades de la mediación en el procedimiento instado por persona natural no empresario. En este expediente la ley permite en su art. 242 bis LC asumir las funciones de mediación a los notarios y algún sector doctrinal mantiene que si bien los notarios pueden asumir estas funciones de mediadores concursales dicho notario no tiene el deber, por ley, de instar concurso consecutivo ni podrá designar administrador judicial, según el mismo epígrafe.<sup>512</sup>

#### **4. Efectos**

La Ley adolece de falta de precisión en cuanto a la delimitación del comienzo y finalización del expediente (actuación de jurisdicción voluntaria),

---

<sup>511</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p.64.

<sup>512</sup> Ibidem, p.67.



estos se despliegan desde la publicación, como se ha indicado anteriormente, ex artículo 235.2 LC publicación que hace referencia al nombramiento de mediador concursal entendiéndose que hasta la aceptación el procedimiento no se tiene por iniciado ni se retrotraerán los efectos a la fecha de presentación con los peligros de solicitudes de concurso necesario que ello conlleva.<sup>513</sup>

Los efectos del inicio del expediente regulados en el art. 235 LC en relación con el art. 5 bis LC, estudiado en el capítulo I de este trabajo, establece que el deudor está protegido frente a solicitudes de concurso necesaria durante el plazo máximo que dura el expediente es decir dos meses también frente a ejecuciones<sup>514</sup>, exceptuando las administraciones públicas y los acreedores con garantía real pudiendo afirmar que desde que el expediente arranca rige el principio de la *pars conditio creditorum*.

En cuanto a las facultades patrimoniales del deudor cabe advertir que este conserva sus facultades, mientras sean actos propios de la actividad que desarrolle, que resulten imprescindibles para la continuación empresarial y que se ajusten a las condiciones normales del tráfico mercantil operado por el deudor. Cabe advertir en esta sede que el mediador concursal no dispone de ninguna facultad patrimonial o procesal para iniciar acciones contra el deudor en el trámite extrajudicial, también los acreedores que puedan quedar sometidos al acuerdo deben abstenerse de emprender acciones a fin de mejorar su postura frente a un eventual concurso<sup>515</sup>.

Como hemos estudiado al comienzo de este trabajo existen unos efectos comunes que vienen recogidos en el art. 5 bis LC, como es la necesidad de comunicación al juez que deba conocer del concurso en su caso, juez que no actuara como tal, queda como expectante a resultados de la

---

<sup>513</sup> BOLDO RODA, C., El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales, op. cit., p. 393; AZNAR GINER, E., Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores, op. cit., p. 326; SENES MONTILLA C., “El acuerdo extrajudicial de pagos...”, op. Cit., p. 59.

<sup>514</sup> AZNAR GINER, A., Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores, op. cit., p. 329; BOLDO RODA, C., El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales, op. cit., p. 294.

<sup>515</sup> SÁNCHEZ CALERO, J., Refinanciación y reiteración concursal op. cit., p. 8 y ss.

conclusión del expediente, como hemos dicho se trata pues de una mera comunicación sin efectos procesales.

Es el Letrado de la Administración de Justicia quien toma algo más de protagonismo ya que es quién dicta la oportuna resolución en forma de decreto y está sometida al régimen general de recursos, es en el que se pronuncia sobre la competencia territorial.

El decreto del Letrado de la Administración de Justicia tiene que ser publicado con su contenido, es decir indicación de quien solicita el expediente, se identificará el mediador concursal así como el origen del expediente (notarial, registral o cámara), salvo que el deudor solicite que se tramite con carácter secreto o reservado, disponiendo de la facultad de solicitar en cualquier momento el levantamiento del secreto.

Como hemos dicho el efecto inmediato de la solicitud del expediente es la suspensión de las ejecuciones, pero este hecho no supone una patente de curso para el deudor sino que a petición de acreedores o del juzgado ejecutante se puede solicitar al juzgado de lo mercantil que se pronunció sobre si los bienes que se están ejecutando son necesarios o no para la continuación de la actividad puesto que el tratamiento es bien distinto, si son necesarios se suspenderá la ejecución dentro de los plazos legales pero si no son necesarios la ejecución continuara.

Especial mención merece los efectos de la solicitud sobre los acreedores con garantía real ya que esta es más compleja, y así se hace patente en los distintos trámites por los que atraviesa el expediente extrajudicial de pagos y que podemos concretar en que desde el momento de nombramiento de mediador las ejecuciones sobre bienes con garantía real quedan paralizadas, en principio, salvo que se trate de bienes no necesarios para el deudor como se ha dicho.

El acreedor con garantía real decide si se somete o no al acuerdo extrajudicial de pagos, decisión que le llevará a dos posturas, aceptar quitas y esperas o pactar con el deudor daciones en o para pago o cesiones de bienes o derechos sujetos a garantías reales.

El deudor puede seguir cumpliendo con las obligaciones de pago a su acreedor hipotecario (u otra garantía real) y así evitar la ejecución en beneficio propio y de sus acreedores comunes. Finalmente si el deudor consigue las mayorías suficientes previstas en el art. 238 bis 3 LC los efectos del acuerdo se harán extensivas a los acreedores con garantías reales aunque no apoyaran el acuerdo.<sup>516</sup>

## **V. DESARROLLO DEL PROCESO**

Aparentemente el art. 5 bis 2 LC nos hace pensar que todo deudor tiene la obligación de solicitar concurso o poner en marcha cualquiera de los institutos preconcursales que estudiamos en este trabajo, en los dos meses en que conoció o debió conocer su estado de insolvencia, pero lo cierto es que no existe un plazo para solicitar el nombramiento de mediador concursal, incluso transcurridos los dos meses, eso sí siempre que antes no se haya solicitado concurso necesario por cualquier acreedor.

La LC en su TÍTULO X nos indica de una manera sistemática cual es el desarrollo del proceso y ese índice sistemático lo utilizaremos para estudiar cada uno de los apartados que comprenden el desarrollo comenzando por la solicitud de nombramiento de mediador concursal aunque con anterioridad en esta obra se trató sobre lo esencial del nombramiento debemos puntualizar en este apartado, en cuanto a la tardía solicitud las consecuencias que pueden perjudicar al deudor por este motivo, que son la posible declaración de concurso necesario y la probable calificación del concurso como culpable por extemporáneo.

---

<sup>516</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p. 91.

En cuanto al nombramiento de mediador y su aceptación tratada también con anterioridad, decir que es cometido del mismo comprobar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 231 LC, concediendo un único plazo de subsanación que no superara los cinco días. Nombramiento que se comunicara al RPC para que designe de forma secuencial el mediador que corresponda quien deberá aceptar por escrito mediante acta ante el órgano que lo nombro quien realizara las oportunas notificaciones al Juzgado de lo mercantil correspondiente a los registros públicos a la Agencia Tributaria y a la Tesorería de la Seguridad Social.

Dentro de los cometidos que la LC establece al mediador está la comprobación de los hechos, para lo que la ley le otorga diez días mediante los cuales comprobará los datos y la documentación acompañada por el deudor y la existencia y cuantía de los créditos, si no lo hace debe pechar con las consecuencias legales que no son otras que el archivo del expediente con la posible solicitud de concurso consecutivo por el mediador y , antes de la reforma del RDL 1/2015, pérdida del benéfico de exoneración del pasivo insatisfecho, pero con la reforma sólo se exige el intento de haber llegado a un acuerdo extrajudicial de pagos luego, como decimos después de la reforma, si podría incluso acogerse a este beneficio<sup>517</sup>.

El art. 234 LC establece que el mediador concursal deberá simultanear las comprobación a las que hace referencia el párrafo anterior con la convocatoria del deudor y los acreedores a una reunión la que necesariamente se celebrará dentro de los diez días siguientes, días que debemos entender hábiles aunque nos encontramos fuera de un procedimiento, por lo que apreciamos aquí una voluntad del legislador de quitar a esta reunión extrajudicial, la rigidez exigida para la junta de acreedores en el seno de un concurso, de este modo esta convocatoria debe realizarse no hay trámite de insinuación de créditos y el mediador tiene la facultad de adaptar la lista de acreedores presentada por el deudor como consecuencia de datos que el mismo haya obtenido.

---

<sup>517</sup> BOLDO RODA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, op. Cit., pp. 403 y ss.

Al no tener intervenidas las facultades de disposición, el deudor puede no facilitar la documentación que le sea solicitada por el mediador aunque como hemos visto con anterioridad esa falta de colaboración no es gratuita pues puede acarrear consecuencias fatales para el deudor como la declaración del concurso consecutivo como culpable e incidir negativamente en el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

Quedan excluidos de esta convocatoria los acreedores de derecho público, como es sabido, tan tajante resulta el tenor literal de la norma que parece que ni siquiera se debe poner en su conocimiento la fecha y lugar de la celebración de la reunión. El modo de realización de la convocatoria lo establece con toda claridad el art. 234.2 LC<sup>518</sup>.

Es importante el aseguramiento de la recepción de la convocatoria se realice por cualquiera de los medios indicados pues habida cuenta que la asistencia es obligatoria so pena de subordinación del crédito, debe quedar este extremo debidamente justificado<sup>519</sup>.

La fecha de celebración de la reunión debe ser dentro de los dos meses posteriores a la aceptación del cargo por el mediador concursal, y el cómputo del plazo se debe realizar con arreglo a lo establecido en el Código Civil es decir de fecha a fecha, y dado que nos encontramos en un procedimiento extrajudicial debemos considerar hábil el mes de agosto.

## **1. La propuesta inicial del acuerdo extrajudicial de pagos**

El encargado de formalizar la propuesta inicial de pagos es el mediador concursal a tenor de lo establecido en el art. 236 LC la que deberá remitir a los

---

<sup>518</sup> Art. 234.2 LC. “Se realizara por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción. Si constara la dirección electrónica de los acreedores por haberla aportado el deudor o facilitado aquellos al mediador concursal en los términos que se indica en el apartado c) del artículo 235.2, la comunicación deberá realizarse a la citada dirección electrónica”.

<sup>519</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., pp.70-76

acreedores, pero hay que tener en cuenta que el deudor debe prestar su consentimiento y este debe ser expreso.

El plazo para la remisión de la propuesta es de veinte días naturales anteriores a la celebración de la reunión, debe entenderse este plazo como máximo pues se podría remitir con anterioridad la propuesta.<sup>520</sup>

En cuanto al contenido de la propuesta de acuerdo, el legislador huye de la terminología el sede concursal sin conseguirlo habida cuenta que esta es muy similar al contenido del convenio según artículo 100 LC y allí debemos acudir para completar e interpretar el art. 236.1 LC que trata del contenido de la propuesta que podrán incluir las medidas relacionadas en dicho artículo<sup>521</sup>. Aun cuando queda explícito que en ningún caso será posible la liquidación global del patrimonio del deudor en función de la satisfacción de las deudas que se le acrediten.

Como se desprende del artículo transcrito la propuesta se puede configurar de dos maneras positiva o negativa<sup>522</sup>.

En cuanto a la configuración negativa de la propuesta debemos apuntar que de ninguna manera se podrá disimular una liquidación total del activo del deudor bajo la apariencia de una propuesta de acuerdo extrajudicial pues dice el legislador que para ello esta los mecanismos legales del concurso consecutivo.

Pero nosotros nos preguntamos, al amparo de la consideración de que el expediente es extrajudicial, y del principio de la autonomía de la voluntad de las partes cual es la razón por la cual los acreedores que sumen en cien por

---

<sup>520</sup> AZNAR GINER, E., Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores, op. cit., p. 417. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p. 100.

<sup>521</sup> Art. 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 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”.*

<sup>522</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p. 103.

cien del pasivo del deudor no pueden tomar junto al mismo la decisión de liquidar todo su activo y acabar así con el procedimiento, entendemos que no habiendo créditos de derecho público sería viable.

Establece el legislador que tampoco será posible utilizar el acuerdo extrajudicial de pagos para alterar el orden de prelación de créditos salvo que los que pasen a peor condición lo acepten.

Si se trata de una propuesta de configuración positiva, el mediador concursal en aplicación de las medidas propuestas por el artículo anterior puede conjugarlas convenientemente a fin de que se alcance el acuerdo y así puede establecer distintos mecanismos para distintos tipos de acreedores o distintas alternativas de una misma propuesta, incluso podría aceptar propuestas condicionadas ya que en esta sede a diferencia de lo que ocurre en sede concursal no se prohíben como lo hace el art. 100 LC para el convenio concursal.

Las medidas concretas establecidas en el art. 236 LC son, en primer lugar esperas de hasta diez años dejando de ser los créditos líquidos vencidos y exigibles hasta el vencimiento del nuevo plazo acordado, siempre y cuando el acuerdo se cumpla en sus propios términos.

La segunda, las quitas, que tienen en esta sede un tratamiento distinto que en la concursal pues aquí estas no puede ser superior al 25% de la deuda mientras en sede concursal se permite hasta el 50%, incluso mayores si se reúnen las mayorías necesarias, no acabamos de entender el motivo de esta distinción, hecho que perjudica la decisión de acudir a un acuerdo extrajudicial cuando la ley desea descongestionar los juzgados.

En tercer lugar situamos a las medidas tendentes a la extinción de los créditos a través de cesión en o para pago de la totalidad o parte de los créditos, y aquí sí que entran los acreedores con garantías reales, que se nos antoja será la mejor solución que podrán adoptar en la mayoría de los casos, ahorrando costes de ejecución y gastos de los mismos ya que el final será el mismo para el acreedor, ahora bien el mediador propone y el deudor dispone pues conserva todas las facultades de disposición, claro está con los riesgos

que ello conlleva de verse abocado a un concurso consecutivo de no aceptarlas, eso sí con la ventaja en caso de aceptación de no verse inmersas en el riesgo de rescisión en su caso<sup>523</sup>.

Debemos en este apartado hacer mención especial a las novedades introducidas por el RDL 1/2015 en cuanto al deudor persona física no empresario se refiere en relación con la vivienda habitual sobre la que pese una garantía real, con la finalidad de que el deudor no quede en el acuerdo extrajudicial de pagos en peor situación que se ejecutará la garantía y esto es cometido del mediador concursal quien debe velar por la protección de los intereses del deudor de modo que no queden en peor situación que si se ejecutara el crédito.

Los límites de las cesiones los establece el art. 236.1 LC.<sup>524</sup> *in fine* determinando que la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores solamente será posible incluirlos en el caso que no fueren necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, y desde luego siempre que su valor sea igual o inferior al Crédito de acuerdo con lo indicado en el artículo 94.2 LC.

## **2. Exigencias legales de la propuesta**

Literalmente establece el art. 236.2 LC que la propuesta venga acompañada de un plan de pagos y otro de viabilidad, que no solo incluye una propuesta de cumplimiento con los acreedores, sino también una cantidad para el deudor y su familia en concepto de alimentos. También debe incluir un plan de continuación de las actividades profesionales o empresariales.

---

<sup>523</sup> CUENA CASAS, M., *Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente*, art. Cit.

<sup>524</sup> Art. 236.1 LC. *“Solo 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 94.2, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente.”*



Así pues el plan de pagos, documento necesario a acompañar, debe contener con concreción y exactitud los plazos de pago de las deudas ordinarias debiendo introducir en este plan de pagos, el mediador concursal y con consentimiento del deudor, cuales son los recursos económicos con que cuenta el deudor para hacer frente a sus deudas en los plazos establecidos en el acuerdo.

También importante resulta el plan de viabilidad, sobre la generación de recursos económicos para atender las deudas y ello en atención de la previsión que se debe hacer sobre la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, es decir no basta con que el deudor quiera pagar las deudas, además ha de justificar como las va a pagar.

Nuevamente nos encontramos con un exceso de rigor contenido en el artículo transcrito si lo comparamos con lo establecido en el art. 100 LC cuando de un convenio en sede concursal se trata<sup>525</sup>.

Los acreedores pueden presentar modificaciones a la propuesta de acuerdo en el plazo de diez días desde el envío por el mediador de la notificación de la propuesta de acuerdo.

Es posible que los acreedores en el plazo dispuesto se opongan al acuerdo en este caso se les permite no acudir a la reunión sin que corran peligro de que sus créditos se vean subordinados en un posterior concurso consecutivo, en este caso y sin agotar plazo comprobado por el mediador que no hay mayoría suficiente para aprobar el acuerdo puede solicitar el concurso consecutivo.

La otra cara de la moneda queda establecida con la posibilidad de adherirse anticipadamente a la propuesta de convenio extrajudicial de pagos evitando de este modo tener que acudir a la reunión sin que sus créditos corran

---

<sup>525</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. de M., *Deber de solicitar la declaración del concurso*, op. Cit, pp. 212-213

el riesgo de verse subordinados en un concurso consecutivo, esta debe hacerse por escrito dirigido al mediador concursal<sup>526</sup>.

### 3. La reunión

Aunque la ley no haga ninguna mención el mediador concursal tiene la obligación de asistir a la reunión no así el deudor aunque es conveniente por si hay modificaciones a la propuesta inicial y los acreedores con las siguientes precisiones, solo tienen obligación de acudir aquellos que consten en el listado elaborado por el mediador concursal, para que se produzcan los efectos para el acreedor de la no asistencia debe estar previamente informado mediante la convocatoria, los acreedores públicos ni siquiera deben ser convocados, ni se verán afectados por la insistencia los acreedores con garantía real, y tampoco acudirán a la reunión aquellos acreedores que en el plazo legal hubieran manifestado su adhesión o rechazo a la propuesta, con estas salvedades establece taxativamente el art. 237.1 LC que los créditos pertenecientes a un acreedor que no asista a la reunión y no se hubiese manifestado a favor o en contra, siempre que haya recibido la notificación de la convocatoria, dentro de los diez días naturales anteriores, dichos créditos se considerarán como subordinados si se declarase el concurso del deudor común debido a que hubieran fracasado las negociaciones<sup>527</sup>.

Así pues la sanción contenida en este artículo no es aplicable en fase extrajudicial, por lo que si finalmente se aprueba el acuerdo, estos acreedores no se verán perjudicados.

Sobre las modificaciones *in situ* cabe decir lo que establece el art. 237.2 LC cuando indica que el plan de pagos y el de viabilidad podrán ser modificados, en la reunión, siempre que no se cambien las condiciones de pago a los acreedores hayan aceptado dichos planes dentro del tiempo establecido y que no hayan asistido a la reunión.

---

<sup>526</sup> PASTOR SEMPERE, M. C., *Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago*, art. cit.

<sup>527</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., *Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual*, op. cit., pp. 63-93

Como vemos nuevamente nos movemos en un campo excesivamente rígido para tratarse de un acuerdo extrajudicial no obstante la regla general tiene excepción que se darán en el caso de que a la reunión acudan todos los acreedores y el deudor acepte modificaciones<sup>528</sup>.

#### **4. ¿Notario y Administrador Concursal? Especialidades de tramitación en caso de deudor persona natural no empresario<sup>529</sup>.**

Establece el art. 242 bis LC determinadas especialidades para el caso de que el deudor sea persona natural o física no empresario, las cuales van encaminadas a simplificar aún más la tramitación del expediente eliminando formalidades y reduciendo los plazos. El concepto de empresario lo establece la ley a estos efectos en su título X<sup>530</sup>.

Novedad introducida por el RDL 1/2015 ya que con la anterior legislación la distinción entre persona natural empresaria o no empresaria era más importante ya que estos últimos no podían acogerse a la solicitud de mediador concursal, tras la reforma muchos de los problemas de identificación se resuelven ya que el único efecto es saber que trámite debe utilizarse conforme a las normas generales del Título X, o bien se deben aplicar las especialidades del art. 242 bis LC, en cualquier caso las especialidades que contiene este artículo se prevén respecto de personas naturales, no de las jurídicas.

Con respecto a estas especialidades resalta una que a nuestro entender es de suma importancia como es la designación de mediador concursal o la asunción por el propio notario de la misma. Ya hemos visto que la solicitud se realiza por el deudor ante Notario hábil territorialmente dentro de su domicilio a elección del deudor, ello no obstante los Colegios Notariales están trabajando en un sistema que permita la centralización de las peticiones con la finalidad de

---

<sup>528</sup> GALLEGO, E., "La mediación concursal", *Anuario de Derecho Concursal*, nº 31, enero-abril 2014, p. 11-63.

<sup>529</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p.122.

<sup>530</sup> Título X LC. "A los efectos de este título se consideraran 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 efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como trabajadores autónomos".

coordinar el reparto de solicitudes, aunque hasta el momento de escribir estas líneas todavía no existe y por tanto el notario lo elige el deudor.

En este procedimiento al igual que ocurre en el previsto en general, el art. 242 bis 1 apartado 2 LC prevé una fase inicial que autoriza al notario comprobar que con la solicitud se acompaña la documentación requerida legalmente, pudiendo el fedatario público requerir al solicitante que complete o aclare aquellos puntos que no le permitan ver con claridad la situación de insolvencia, del patrimonio del deudor y de la lista y circunstancias de los acreedores, dentro del plazo de cinco días.

Al igual que ocurre con el procedimiento general en este el notario deberá comunicar de oficio la apertura de negociaciones al Juez de lo mercantil competente para conocer un hipotético concurso consecutivo y esta notificación es la que despliega los efectos previstos en el art. 235 LC en relación con el art. 5 bis LC pero con la salvedad del plazo que aquí lo determina el art. 242 bis 1 LC al establecer que la duración del mecanismo protector.<sup>531</sup>

Cabe destacar aquí que a diferencia del procedimiento general los efectos empiezan a desplegarse desde que el notario considera que el deudor reúne los requisitos para solicitar mediador no desde que el mediador acepta la designación, siendo así mucho más ágiles los efectos protectores desplegados, con la importancia que ello conlleva si tenemos en cuenta que el inicio del expediente suspende los procedimientos de ejecución que pueden afectar a la vivienda habitual del deudor que será en la mayoría de los casos el bien máspreciado que posea este tipo de deudores.

La ley da la posibilidad al notario de que el mismo asuma las funciones de mediador concursal y así lo establece el art. 242 bis 1 apartado 3 LC, dejando a criterio de dicho notario que pudiera designar a un mediador concursal si lo estimara conveniente. Esta designación deberá realizarse en los

---

<sup>531</sup> Art. 242.1 LC “*El plazo de suspensión de las ejecuciones previsto en el artículo será de dos meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso*”.

cinco días posteriores a recibir, el notario, la solicitud, en tal sentido, del deudor.

En este caso que difiere de la norma general no se establece para el notario ningún requisito de formación y acreditación, se le supone por ley ni debe estar inscrito en ningún registro, simplemente por su condición de notario y al amparo legal puede asumir esta tarea, pero si considera oportuno no asumirlas en el plazo de cinco días podrá designar mediador concursal con las formalidades antes estudiadas comunes a los dos procedimientos.

Se reducen en este procedimiento especial los plazos y términos así la regla 5ª establece quince días para comprobar la existencia y cuantía de los créditos y convocar la reunión desde la notificación al notario, o diez días desde que el mediador acepte su cargo. Dicha reunión tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a su convocatoria.

También se reducen los plazos para elaborar la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos y para remitirla a los acreedores, en este sentido establece la regla 6ª, que la propuesta se enviará a los interesados con una antelación mínima de quince días naturales. Los acreedores pueden, durante diez días a partir de la recepción, formalizar alternativas o modificaciones.

Existe una diferencia de trato evidente entre los dos procedimientos pero lo que no acabamos de entender es la diferencia en cuanto a cuándo empiezan a correr los plazos ya que según la norma digamos general del art. 236.3 LC el plazo para presentación de propuestas alternativas empieza desde el envío, mientras que ese plazo en el art. 242 bis 6 LC empieza desde la recepción. No acabamos de entender que esta diferencia de trato puede llegar a ser importante.

El concurso consecutivo que se deberá instar por el mediador concursal tiene una serie de especialidad que pasamos a examinar, tales como la no vinculación de esta solicitud a la posible insolvencia ya provisional ya definitiva del deudor, aunque es evidente que si no concurren los presupuestos objetivos para la declaración de concurso se deberá poner en conocimiento del juez esta circunstancia por el mediador o notario que hubiere asumido estas funciones

para que dejen de desplegarse los efectos del artículo 235 y 5 bis LC sin declaración de concurso.

La otra especialidad señalada por la doctrina<sup>532</sup> consiste en que si no se hubiera designado mediador concursal por el notario este no tiene la obligación de presentar concurso consecutivo como opina la doctrina<sup>533</sup>.

Nuestra opinión es la contraria, ya que consideramos que el notario que asume la función de mediador concursal si puede ser después designado administrador concursal porque no hay ninguna norma legal que lo impida, veamos, un notario según el Reglamento Notarial y el Estatuto General de la Abogacía puede ejercer como abogado, siendo este el caso sobre el que no cabe ningún género de dudas y cumpliendo con los requisitos de formación y años de ejercicio profesional establecido en ella artículo de LC para poder ser nombrado administrador concursal no existe norma legal alguna que lo impida, así pues entendemos que si el notario reúne los requisitos legalmente establecidos para ser administrador concursal puede presentar demanda de concurso consecutivo.

## VI. APROBACION DEL ACUERDO.

Para que el plan de pagos sea aceptado se requiere un régimen de mayorías que difiere según el contenido del mismo así establece el art. 238.1

---

<sup>532</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p.122.

<sup>533</sup> En esta línea se encuentran ALMENAR BELENGUER, M., *El concurso de personas físicas. La liberación del pasivo insatisfecho del deudor persona física y el principio de responsabilidad patrimonial universal: la segunda oportunidad*, ed. Lefebvre - El Derecho, EDC 2015/1001982; [http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/liberacion-insatisfecho-responsabilidad-patrimonial-oportunidad\\_11\\_851680002.html](http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/liberacion-insatisfecho-responsabilidad-patrimonial-oportunidad_11_851680002.html) Consultado 10/10(2016); CUENA CASAS, M., “Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente”, *La Ley, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (La Ley 2037/2015), y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “El «fresh start» y la segunda oportunidad”, *Aranzadi, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 902/2015* (BIB 2015\964), p. 6.

LC las bases para calcular las mayorías necesarias para la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos y diferencia entre mayoría ordinaria y mayoría cualificada.

Establece el art. 238.1.a) LC que si de la votación resulta un 60% del pasivo a favor que pudiera ser afectado por un acuerdo extrajudicial de pagos, aquellos acreedores poseedores de créditos que no tengan garantía real o aquella parte de los mismos que supere la garantía legal, se entenderá que quedan a la espera, sean cual sea la cantidad adeudada y el concepto, con un plazo no superior a los cinco años, quitas no superiores al 25% del importe del crédito o convertir la deuda en préstamos participativos durante, también, cinco años.

Esta mayoría se calcula teniendo en cuenta los acreedores afectados por el acuerdo, es decir los comunes, más los acreedores con garantías reales en la parte no cubierta por la garantía y los que acepten someterse al convenio aun con garantía real.

En el RDL 1/2015 se amplían las esperas que pasan de tres a cinco años pero se mantiene el porcentaje de las quitas en el 25%, que comparadas con las que se requieren para aprobar un convenio vía concurso resulta ser más atractivo este que el acuerdo extrajudicial de pagos<sup>534</sup>.

En cuanto a la mayoría cualificada, establece el artículo estudiado que en el caso de votar a favor un 75% del pasivo que pudiera ser afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos, los créditos que no tengan garantía real o los que superen dicha garantía real entrarán en las esperas de cinco años o más, pero siempre menos de diez años, y a quitas superiores al 25% y otras medidas que relaciona el art. 236 LC.

Si comparamos este régimen con las requeridas para la aprobación de un convenio en sede concursal vemos que resulta más beneficioso el concursal que el extrajudicial pues para aprobar lo mismo se requieren diez puntos menos y los efectos son similares.

---

<sup>534</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p.130.

## **1.Efectos**

Como consecuencia del efecto novatorio del acuerdo ningún acreedor que este afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor, pudiendo el deudor solicitar la cancelación de las cargas en los correspondientes registros de la propiedad.<sup>535</sup>

El acuerdo extrajudicial de pagos como el convenio concursal es un acuerdo plurilateral tratándose de una medida excepcional a la autonomía de la voluntad de las partes que responde a una situación excepcional de insolvencia del deudor<sup>536</sup>.

El art. 240 LC establece los efectos de la aprobación del expediente extrajudicial de pagos que en definitiva son dos: la suspensión definitiva de las ejecuciones y la novación de las obligaciones de los acreedores comunes, además de establecer que sus efectos no son extensibles a avalistas y fiadores del deudor.

## **2. Consecuencias de la no aceptación del acuerdo**

La consecuencia inmediata de la no aceptación del acuerdo por los acreedores es el concurso consecutivo, así lo establece el art. 238.3 LC en el cual se establece que si la propuesta no fuese aceptada y el deudor continuará en insolvencia, el mediador podrá solicitar del juez competente la declaración de concurso. Y, si se da el caso, también instará del juez la finalización del concurso por insuficiencia de la masa activa, según lo que determina el art. 176 bis LC.

Pero a pesar de ser la consecuencia más importante no es la única pues aunque el art. 238.3 LC no establece ninguna formalidad para la conclusión del expediente resulta necesario comunicar el resultado de la reunión al notario

---

<sup>535</sup> AZNAR GINER, E., Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores, op. cit., p.340.

<sup>536</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p.139.



Registrador o Cámara de Comercio al deudor, si no está presente en la reunión, y a los acreedores que no acudieron a la reunión y no se mostraron favorable o desfavorablemente al mismo.

Como es evidente para que el mediador solicite concurso consecutivo el deudor debe encontrarse en situación de insolvencia presupuesto objetivo sin el cual no se dará curso a su solicitud.

### **3. Formalización del acuerdo**

El acuerdo de pagos deberá elevarse a escritura pública, documento que cerrará el expediente que se hubiere abierto al efecto y cualquiera que sea el que lo inicio debe llevar a cabo actuaciones tendentes a notificar el cierre del expediente y dar público conocimiento del acuerdo a fin de dotar de acreditación *erga omnes* y con efectos frente a terceros del acuerdo extrajudicial de pagos haciendo hincapié a los efectos impugnatorios del art. 239 LC. Con esto se cierra la actuación del notario registrador o cámara quienes según corresponda comunicaran el cierre del expediente al Juzgado y a los registros públicos para la cancelación de las anotaciones practicadas y también deberá publicar en el RPC un anuncio cuyo contenido comprenderá los datos de identificación del deudor, el órgano competente que designó al mediador, en número de expediente de nombramiento de este y el nombre del mediador concursal con indicación que el expediente está a disposición de los interesados en la Notario o Registro Mercantil o Cámara de Comercio.<sup>537</sup>

## **VII. IMPUGNACION DEL ACUERDO**

El art. 239 LC establece que el acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor o se hubiera con anterioridad opuesto al acuerdo puede, en los diez días siguientes a la publicación, impugnarlo ante el juez

---

<sup>537</sup> AZNAR GINER, E., Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores, op. cit., p. 341.

competente. Si bien esta impugnación no suspende la ejecución del acuerdo. Todas las impugnaciones que se produzcan serán tramitadas de forma conjunta y la sentencia que resuelva sobre la impugnación podrá ser impugnada en recurso de apelación de tramitación preferente. La anulación del acuerdo significa que la sustanciación del acuerdo consecutivo se regulará por el art. 242 LC.

Corresponde pues la legitimación activa para la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos aprobado a los acreedores no convocados a la reunión, los que mostraron su rechazo a la propuesta en tiempo y forma, y también aquellos acreedores que acudieron a la reunión y votaron en contra. La legitimación pasiva la tiene el deudor, en ningún caso el mediador concursal, y en cuanto a los acreedores que en la reunión apoyaron el acuerdo tendrán la consideración de coadyuvantes, si así lo manifiestan expresamente.

El plazo de interposición de la acción de impugnación será de diez días a contar desde la publicación en el RPC, y será el Tribunal competente para conocer de estas pretensiones el juzgado de lo mercantil que competente para la declaración del concurso. En cuanto al procedimiento es el incidente concursal del art. 194 LC y según establece el art. 239.3 LC como norma especial se acumularán en un solo procedimiento todas las impugnaciones que se presenten contra un mismo acuerdo.

En cuanto a las causas de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos son las que señala el art. 239.2 LC, es decir falta de concurrencia de las mayorías para la adopción del acuerdo, la superación de los límites establecidos en el art. 236.1 LC y la desproporción de las medidas acordadas. Contra la resolución del juez de lo mercantil cabe recurso de apelación, sometido al régimen general de recursos de la LEC, pero de tramitación preferente.

La tramitación de la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos no suspende la ejecución del mismo, ni siquiera de manera cautelar. Si se estima la impugnación en primera o segunda instancia el efecto es la anulación del acuerdo y por lo tanto el mediador concursal deberá instar de inmediato el concurso consecutivo.

Trámites del cumplimiento e incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos.

Vienen regulados en el art. 241 LC y se diferencian de los previstos para la aprobación del convenio concursal que en sede concursal el administrador concursal cesa tras el rendimiento de cuentas, mientras que en sede extraconcursal el mediador concursal no cesa ya que mantiene sus funciones mientras el acuerdo esté vigente y tiene como obligación supervisar el cumplimiento del acuerdo.

Tras el cumplimiento el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el RPC.

Asimismo en caso de incumplimiento corresponde tal comunicación al mediador concursal y su efecto más inmediato es la instancia de concurso consecutivo, siempre y cuando el deudor este en estado de insolvencia.<sup>538</sup>

## **VIII. EL CONCURSO CONSECUTIVO**

El concurso consecutivo es un concurso especial introducido en nuestra legislación por Ley 14/2013 para el supuesto de frustración del acuerdo extrajudicial de pagos o anulación del mismo, la nueva redacción dada al art. 242 LC regula con mayor detalle las especialidades de dicho concurso<sup>539</sup> al establecer que será considerado concurso consecutivo aquel que sea declarado a petición del mediador concursal, el deudor o los acreedores cuando lleguen al convencimiento que no pueden llegar a un acuerdo de pagos extrajudicial o se haya producido un incumplimiento de los pagos que se

---

<sup>538</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p.150.

<sup>539</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ M. M., Deber de solicitar la declaración del concurso (art. 5), op. Cit., p. 205.

establecieron en el acuerdo. También será considerado concurso consecutivo cuando se dé a consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial de pagos<sup>540</sup>.

El administrador del concurso, excepto en casos extraordinarios, será designado el mediador concursal por el juez competente, el cual sólo podrá recibir la compensación que se hubiera fijado en el expediente de arreglo extrajudicial, excepto si el juez, ante circunstancias especiales, autorice otra retribución.

Serán considerados créditos contra la masa aquellos gastos provenientes del expediente judicial y aquello que se hubieran producido durante la tramitación del expediente extrajudicial, conforme al Art. 84 LC.

Si el deudor empresario es persona natural y el concurso se calificara de fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que queden pendientes después de la liquidación, excepto las de Derecho público, siempre en el caso que sean satisfechos en su totalidad los créditos contra la masa y los concursales privilegiados.

La regulación de este procedimiento en un inicio hacia muchas remisiones tanto al concurso abreviado como al ordinario en aplicación de lo no previsto en el mismo hecho que llevó a su poca operatividad hasta la entrada en vigor del RDL 1/2015 que aprovechando el marco legal anterior a fin de regular el nuevo régimen al que se podrán acoger personas naturales empresarios o no<sup>541</sup>

La consideración de concurso consecutivo que contiene el art. 242 LC según redacción dada por el RDL 1/2015 devendrá de la solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento. El este primer apartado no hay, de hecho, diferencias sustanciales sobre la anterior redacción.

---

<sup>540</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., El Concurso consecutivo. En Boldo-Roda (Dir.) y Andreu-Martí (coord.) *La mediación en asuntos mercantiles*, ed. Tirant Lo Blanc, Valencia. 2015, pp. 468 y ss.

<sup>541</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p.154.

El segundo apartado dispone las normativas que se implementarán en el procedimiento abreviado según quién formule la petición y la documentación, que en los tres casos distintos posibles será necesario aportar. También se determina que deja de regir el principio de confidencialidad para el mediador concursal que continúe con las funciones de administrador concursal.

Asimismo establece el mencionado artículo que en el caso que el deudor o mediador solicitaren la liquidación y siempre que se de inadmisión a trámite, falta de presentación, falta de aprobación o incumplimiento de la propuesta anticipada de convenio, se iniciará la fase de liquidación, según lo que se establece en el Título V. El plan de liquidación deberá presentarse en el plazo de diez días desde la apertura de la fase de liquidación.

Vemos que en el punto uno del artículo transcrito establece que son tres los supuestos en que se puede instar en concurso consecutivo a saber, que no sea posible alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, que alcanzado el mismo se incumpla o que alcanzado el acuerdo sea anulado por el juez de lo mercantil.

En cuanto al primero se refiere a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos debemos analizar los supuestos en los que se considera que no es posible alcanzar un acuerdo extrajudicial dentro de la misma tramitación del expediente, habida cuenta y según el art. 178 LC lo importante es haber intentado alcanzar un acuerdo para que el deudor pueda beneficiarse de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Desde la perspectiva de considerar que el notario registrador o cámara pueden inadmitir la solicitud de nombramiento de mediador concursal y por ende el inicio del procedimiento por considerar que faltan elementos objetivos o subjetivos, la admisión o inadmisión esta necesaria e íntimamente ligada al nombramiento de administrador concursal debemos hacer una interpretación amplia del precepto con la finalidad de no negar el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho a nadie y tener la consideración de intentado aun cuando no se llegue al nombramiento de mediador concursal, pues lo contrario abocaría al deudor a solicitar concurso voluntario.

El segundo supuesto, incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, para que ello ocurra previamente debe ser aprobado con todas las formalidades legales, incumplimiento que puede advertirse por el propio deudor e instar el concurso consecutivo, por denuncia de los acreedores, con posibilidad de oposición del deudor , o por el mediador concursal, advertimos que en esta sede no existe a diferencia de lo que ocurre en sede de convenio concursal no hay incidente previo a la declaración de incumplimiento .

En cuanto al tercer supuesto, anulación del acuerdo extrajudicial de pagos regulada en el art. 239 LC: se establece las posibilidades de los acreedores que no hubieran votado a favor del acuerdo o no hubieran sido convocados o se hubieran manifestado en contra del acuerdo, de impugnar dicho acuerdo.

Ya anteriormente se ha explicitado las características de este artículo que sólo se modifica en algunos aspectos, destaca entre ellos que si se anula el acuerdo no hay posibilidad de subsanación y queda irremediadamente, el deudor, abocado al concurso consecutivo.<sup>542</sup>

## **1. Legitimación activa**

Están legitimados para la solicitud del concurso consecutivo el deudor los acreedores y el mediador concursal.

Es de pura lógica que el deudor esté legitimado activamente para solicitar su propio concurso consecutivo, pudiéndose incluso adelantar al mediador concursal cuando vea que no va a poder cumplir el acuerdo, en este caso tiene la misma posición y obligaciones que si de un concurso voluntario se tratase.

En cuanto a los acreedores disponen de los mismos medios que si de un concurso necesario se tratara, pudiendo en este caso el deudor oponerse a la declaración aunque la calificación de este será consecutivo y necesario,

---

<sup>542</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., Deber de solicitar la declaración del concurso (art. 5), op. Cit., p. 206

consideración que puede afectar a las facultades patrimoniales del deudor y sobre todo a la obtención por el acreedor del privilegio del artículo 91 LC que establece que el 50% del crédito se convierte en crédito con privilegio general.

Novedosa y especial resulta la legitimación activa del mediador concursal para solicitar el concurso consecutivo, es más este tiene la obligación de solicitarlo cuando se dan las circunstancias para ello, es esta una legitimación excepcional sólo prevista para el concurso consecutivo que no tiene similitud alguna ni con el concurso voluntario ni con el necesario<sup>543</sup>.

Las obligaciones procesales que la ley impone al mediador concursal que insta el concurso consecutivo son las mismas que para cualquier otro instante, es decir con procurador y abogado, si el mediador lo es será el quien lleve la dirección letrada, quedando eximido de esta obligación el deudor persona natural no empresario a tenor de la DA 3ª RDL 1/2015 que establece “*Por excepción a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 184 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la representación por procurador no será preceptiva para el deudor persona natural en el concurso consecutivo,*”

Hay dos supuestos excepcionales de mediación concursal tras la entrada en vigor del RDL 1/2015 como son la mediación concursal de las Cámaras de comercio y la de los notarios, la duda surge si estas personas deberán instar el concurso consecutivo en caso de haber sido mediadores concursales, en cuanto la cámara entendemos que está legitimada para la solicitud del concurso a través de los órganos designados por la misma para ejercer de mediador y en cuanto al notario que ha asumido la función de mediador concursal dependerá de que este legitimado para actuar como administrador concursal como hemos visto.

---

<sup>543</sup> LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, “La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el nuevo sistema concursal”, op. Cit., pp. 9-14

## 2. Requisitos

Como es sabido, requisito esencial y objetivo para la solicitud de concurso de acreedores es la insolvencia del deudor por un lado y la pluralidad de acreedores por otro.

La insolvencia viene requerida por el art. 231 LC requisito que ya viene recogido con carácter general en el art. 2.1 LC, así pues también para la declaración del concurso consecutivo se requiere que se den los dos supuestos, pudiendo eludir el deudor el concurso consecutivo como resulta obvio realizando el pago a todos los acreedores o si acredita que desapareció la situación de insolvencia o si paga a todos menos uno, pues la exigencia de pluralidad de acreedores es requisito indispensable para la declaración de concurso <sup>544</sup>.

---

<sup>544</sup> Así AAP de Castellón (Sección 3ª) de 8 de octubre de 2009, ponente: Illmo. Sr. D. José Manuel Marco Cos, "2. Sobre la pluralidad de acreedores: "La existencia de una pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso del deudor no es un requisito expresamente enunciado como tal en la vigente disciplina legal. Pero no cabe cuestionar su vigencia.

a) En primer lugar, por razones de simple etimología. La palabra concurso, derivada del latín "concursum", significa concurrencia de varios en un mismo lugar o sobre un objeto. En suma, pluralidad, que en el caso ha de ser de acreedores respecto de un mismo deudor, pues si no es así no tiene sentido el orden procedimental a que obliga el proceso concursal. Dicho de otro modo, si no hay varios acreedores del mismo deudor, carece de sentido la declaración judicial de concurso, pues ni cabe poner orden en la pretensión de un solo acreedor, ni es necesario dicho cauce procesal, cuando a la satisfacción del crédito vigente ya sirve el procedimiento singular.

b) Por otro lado, la falta de expresa mención en la Ley Concursal no excluye la evidencia de que dicho requisito se encuentra implícito en la misma.

Así resulta de la Exposición de Motivos, que se refiere a la finalidad de lograr igualdad de trato entre los acreedores, al orden de prelación que debe establecerse entre los mismos, señala que finalidad principal del concurso es la satisfacción de los acreedores, cita la denominación de "concurso" como expresiva de la concurrencia de varios acreedores sobre el patrimonio del deudor común, señala a los acreedores como legitimados para solicitar el concurso del deudor, menciona la lista de acreedores (lo que exige pluralidad, pues en otro caso no tiene sentido la existencia de una lista), habla de los efectos sobre los acreedores y de la Junta de acreedores, pondera el principio de igualdad de trato entre los acreedores, indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor, etcétera.

También de varios de sus preceptos se deriva esa exigencia, como el art. 2.1, al exigir un «deudor común» a varios acreedores, el art. 3 que menciona a los acreedores en plural, el 4 que habla de "pluralidad de acreedores", el 6.2o que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una «relación de acreedores, por orden alfabético...», el 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor, el art. 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados



### 3. La demanda de concurso consecutivo

En esta sede, es decir concurso consecutivo, el que sólo se puede instar previo intento de acuerdo extrajudicial de pagos o anulación del acuerdo, debemos acudir a las normas generales en cuanto a la solicitud de concurso se refiere ya que se echa de menos en la legislación una norma específica en esta materia, las que deberán complementarse con las específicas de la misma y así resulta imprescindible precisar con claridad los requisitos y documentos que irán junto a la solicitud dado que estos pueden llegar a facilitar o negar en su día la obtención del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Debemos distinguir los requisitos y consecuencias del concurso consecutivo instado por los acreedores de aquel que inste el deudor o mediador concursal.

En este sentido los acreedores deberán reunir los mismos requisitos para poder instar concurso necesario de los cuales da cuenta el art. 7.1 LC, debiendo aportar o indicar los medios de prueba de que intente valerse, además deberá acreditar que el concurso así instado merece la calificación de consecutivo haciendo referencia al nombramiento del mediador concursal y a los datos que conozca desprendidos del expediente extrajudicial.

Asimismo deberá acreditar el instante que no están vigentes los beneficios concedidos por el art. 5 bis LC y que el expediente extrajudicial ha finalizado.

En cuanto al concurso consecutivo instado por el deudor, se realizará por escrito, con las formalidades prescritas en el art. 242 LC, el cual deberá ir

---

*cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud, el 21.1.5o en el llamamiento a los acreedores, el art. 49 y el art. 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o el 75.2.2º que hace otro tanto para la elaboración de una lista de acreedores por la administración concursal y, en fin, otros varios, como los arts. 27, 48.4, art. 51.1, 54.4, arts. 55.3, 84.2, 86.1., etc. En definitiva, el proceso concursal solamente se concibe si existe una pluralidad de acreedores". En igual sentido AAP de Barcelona (Sección 15ª), de 27 de noviembre de 2008, ponente: Illmo. Sr. D. Blas Alberto González Navarro; AAP de las Palmas (Sección 4ª), de 4 de diciembre de 2009, ponente: Illmo. Sr. D. Víctor Caba Villarejo; AAP de Islas Baleares (Sección 5ª), de 27 de enero de 2010, ponente: Illmo. Sra. Covadonga Sola Ruiz; AAP de Pontevedra (Sección 1ª), de 7 de junio, ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Valdés Garrido, entre otras."*

firmado por Abogado y Procurador salvo que se trate de concurso consecutivo de persona natural no empresario, ya que en este caso no es necesaria tal representación.

Los presupuestos para la solicitud de concurso consecutivo serán los mismos que para el concurso voluntario es decir pare de la insolvencia del deudor pero con la salvedad de que no hay que demostrarla, ya que parte de una situación preconcursal donde ésta ya ha sido admitida por el deudor.

Junto con la solicitud, el deudor debe aportar una serie de documentos que la complementen y que serán distintos según sea persona física o jurídica, empresario o no, pero hay que tener en cuenta que muchos de ellos ya los habrá aportado al solicitar mediador concursal, cabra sólo pues actualizarla y complementarla<sup>545</sup>.

Recordemos que los documentos que acompañan a la solicitud de mediador concursal para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos son los relacionados en el art. 232.2 LC en relación con el art. 6 LC y que son<sup>546</sup>:

1.-Un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone el deudor así como los bienes y derechos de que sea titular, también los ingresos regulares previstos.

2.-Una lista de acreedores, con nombre domicilio y dirección de correo electrónico, expresando la cuantía y vencimiento de sus créditos, incluidos los que gocen de garantía real o los de derecho público con independencia de que puedan verse o no afectados, a diferencia de lo que ocurre en el art. 6.2 4ª no se exige que esta lista se presente por orden alfabético.

3.- Una relación de los contratos vigentes.

4.- Relación de gastos mensuales previstos, hecho determinante de la admisión pues así quedará acreditado si el deudor puede hacer frente a esos gastos ordinarios con su liquidez, demostrando así que se puede admitir a

---

<sup>545</sup> MARTÍN MOLINA, P.B., (Dir.) *Una revisión de la Ley Concursal y su Jurisprudencia*, op. Cit., pp. 421- 489.

<sup>546</sup> MARTÍN MOLINA, P. B., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, op. Cit., pp. 357-362.

trámite el expediente extrajudicial de pagos y el consecuente nombramiento de mediador concursal.

5.- Si se trata de persona natural tiene que informar de su estado civil, facilitar la identidad de su cónyuge en su caso con indicación del régimen económico del matrimonio.

6.- Cuando la vivienda familiar pueda verse afectada la solicitud deben hacerla los dos cónyuges o uno con el consentimiento del otro.

7.- En caso de estar obligado a llevar contabilidad deberá acompañar las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios.

Los documentos referidos a la solicitud de concurso necesario son los que viene indicados en el art. 6 LC<sup>547</sup> con la adición de aquellos documentos

---

<sup>547</sup> Estos documentos son:

Art. 6 LC. "1º.- *Un poder especial para solicitar el concurso, que podrá sustituirse por la realización de apoderamiento apud acta.*

2º.- *Memoria en la que se exprese la historia económica y jurídica del deudor, explicando las actividades que haya ejercido durante los tres años anteriores a la solicitud de su estado de insolvencia y de aquellos locales, establecimientos, oficinas y explotaciones que posea, de su situación económica y patrimonial, de las valoraciones de sus activos y de sus propuestas de viabilidad. Incluirá en este documento, en el caso que fuera persona casada, la identidad del cónyuge y el régimen económico del matrimonio.*

*En el caso que se trate de una persona jurídica, se relacionará en el escrito la identidad de los socios, de los administradores o de los liquidadores y, si ha sido nombrado, del auditor de cuentas. En el caso que pertenezca a un grupo de empresas, las que integran dicho grupo y sus identidades y si cotizan en mercado secundario oficial.*

*En el caso que se trate de una herencia, la identidad del finado y causante.*

3º.- *También incluirá un inventario de bienes y derechos identificándolos registralmente y explicando su naturaleza y los lugares en que se ubiquen, valores de adquisición, las correcciones de valor que considere y una estimación del valor real y actual. También se incluirá en el documento todas aquellas cargas, gravámenes y cualquier otra traba que les afecten, con los datos que los identifiquen y expresión de su naturaleza.*

4º.- *Relación alfabética de acreedores, que incluya identidad, domicilio, dirección electrónica, cuantía de la deuda, vencimientos de los créditos y las garantías personales o reales constituidas para avalarlos. También se añadirán aquellos deudores que hubieren reclamado ya judicialmente, indicando el procedimiento y el estado de las actuaciones.*

5º.- *Relación de la plantilla de trabajadores si la hubiere y la identidad del órgano que los represente, si los hubiere.*

*En el caso de que el deudor estuviera obligado a llevar la contabilidad, debería incluir en los documentos a presentar:*

1º.- *Las cuentas anuales e informes de gestión o auditoria de los tres últimos años.*

2º.- *Memoria de los cambios que se han efectuado en el patrimonio del concurso después de la aprobación de las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de aquellas operaciones que por su naturaleza, objeto y cuantía sean significativamente superiores al giro habitual del deudor.*

3º.- *Los estados financieros que se hayan elaborado después de aprobadas las últimas cuentas anuales, siempre que el deudor estuviese obligado a comunicarlo o remitirlo a las correspondientes supervisoras.*

4º.- *Si el deudor formara parte de un grupo de empresas, independientemente de su situación en las mismas, incluirá las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de los tres últimos ejercicios*

que no fueron necesarios para iniciar el acuerdo extrajudicial de pagos, téngase en cuenta que ahora el deudor viene asistido de letrado, y en este apartado la relación de documentos que complementará a los ya aportados son los siguiente:

1.- El poder especial para presentar concurso sea este notarial o apud acta.

2.- La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor de la activada a la que se ha dedicado durante los últimos tres años y los establecimiento y explotaciones de que sea titular, de las causa que le han llevado a esta situación y las valoraciones y propuestas del plan de viabilidad, siendo esta última innecesaria en el concurso consecutiva habida cuenta que este es siempre de liquidación.

En esta sede es importante determinar las causas de la insolvencia por cuanto las mismas pueden determinar que el deudor pueda o no acogerse al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

3.- En caso de ser el deudor persona jurídica deberá indicar la identidad de los socios los administradores de hecho o de derecho, junto a otros requisitos que si se trata de un concurso consecutivo no se darán dada las cuantías legalmente exigidas para estos caso .

#### **4. Relación y créditos laborales.**

Pero nos encontramos en sede de concurso consecutivo cuya tramitación requiere de unos documentos específicos regulados por RDL 1/2015 que flexibilizó las exigencias requeridas por la Ley 14/2013 y que permiten al deudor evitar la liquidación presentando una PAC sólo habilitada para el deudor empresario, persona natural o jurídica, pues para el caso de

---

*sociales y el informe de auditoría de dichas cuentas, además de la memoria expresiva de las operaciones realizadas por el grupo durante el periodo citado.*

*Cualquier documento que faltare de los relacionados en esta exposición, o que faltare en algún documento un dato de los solicitados, deberá expresarse en la solicitud la cusa o causas por lo que o no se ha presentado o no se ha incluido.”*

persona natural no empresario el concurso consecutivo será siempre de liquidación, abriéndose esta fase a la vez que la declaración de concurso<sup>548</sup>.

El RDL 1/2015 exige que con la solicitud de concurso consecutivo el deudor deberá acompañar una PAC o un plan de liquidación, concurso que se tramitará por los cauces del procedimiento abreviado.

Es importante destacar que el deudor que solicita concurso consecutivo no tiene que acreditar *ab initio* que cumple con los requisitos para acogerse a la exoneración del pasivo insatisfecho pues estos deberá acreditarlos en el trámite en el que este beneficio se solicite.

En cuanto al concurso consecutivo instado por el mediador concursal hay que decir que es éste el obligado a su solicitud por ley pero con las dificultades de la falta de información que puede tener, por eso la ley no le obliga a incorporar a la solicitud todos los documentos y elementos que hemos hecho constar anteriormente ya que es el deudor quien debe cumplimentarlos.

En estos casos la memoria se sustituye por un informe emitido por el propio mediador concursal, otra cosa es que ya declarado el concurso y a tenor del artículo 42 LC que impone al deudor deber de colaboración pueda solicitar de este que cumplimente la información, además por indicación expresa del art. 242.2.1 LC acompañará un plan de liquidación y el informe a que se refiere el art. 75 LC, el que se emite tras la conclusión de la fase común en el que deben tenerse en cuenta dos circunstancias particulares: que son por una lado que el juez del concurso decida que el administrador concursal no sea el mediador instante del acuerdo extrajudicial de pagos, motivadamente dice la ley o que el notario haya asumido las labores del mediador en cuyo caso no podrá ser administrador concursal<sup>549</sup>, opinión que no compartimos.

Asimismo para el caso de que el deudor sea persona natural deberá pronunciarse el mediador sobre la concurrencia de los requisitos para acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho ya que es voluntad del RDL

---

<sup>548</sup> NIETO DELGADO, C. La refinanciación como alternativa al concurso, op. cit, pp. 13-28.

<sup>549</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p.175.

1/2015 que, desde el inicio del procedimiento de concurso consecutivo, el juzgador disponga de elementos de juicio suficientes para saber si en su momento el deudor se podrá acoger o no al benéfico de exoneración del pasivo insatisfecho, además el art. 178 bis 3 LC exige requisitos que sólo dependen de la voluntad del deudor por lo tanto el mediador concursal de lo que podrá informar a la presentación de solicitud del concurso consecutivo es si hasta esa fecha el deudor ha sido condenado o no por delitos que niegan el acceso al beneficio de exoneración, o de si el deudor ha satisfecho todo o parte de los créditos no exonerables y así no se deberá pronunciar sobre la buena o mala fe del deudor persona natural.

## **5. Declaración de concurso consecutivo**

La primera consideración a tener en cuenta a la hora de la declaración del concurso consecutivo es la competencia tanto objetiva como territorial para encuadrar en un orden sistemático las cuestiones que vamos seguidamente a abordar. Cuando hablamos de la competencia objetiva como es lógico pensar la tendrán, en materia concursal, los jueces de los mercantil, no obstante tras la reforma operada por Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio que modifica la LOPJ se establece en el apartado 6 del art. 85 que *“Los juzgados de primera instancia conocerán en el orden civil: 6.- De los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora”*.

En lo referente a la competencia territorial debemos acudir a las normas establecidas en el art. 232.3 LC para el acuerdo extrajudicial de pagos, habida cuenta que nada establece el art. 242 LC, la cual sigue el criterio del domicilio del deudor, normas de competencia que no debemos confundir con las que rigen para efectuar la comunicación al juez del inicio del expediente extrajudicial de pagos, pues sólo cuando se inste el concurso consecutivo tiene el juez obligación de examinar su competencia territorial y cuando cabría plantearse cuestiones de competencia.

En cuanto a los efectos de la declaración del concurso consecutivo debemos hacer referencia al régimen general contemplado en el Título III LC, el más importante es la suspensión de facultades del deudor para administrar su

patrimonio y de un concurso de liquidación se trata, facultades que serán asumidas por el administrador concursal, salvo que el deudor presente PAC en cuyo caso sólo quedarán intervenidas<sup>550</sup>.

También en el caso de personas jurídicas la apertura de la liquidación supone la suspensión de las facultades patrimoniales del órgano de administración de la concursada ya sea unipersonal o colegiado, así como el cese de administradores sociales y el principio de las operaciones de disolución y liquidación con las consecuencias establecidas en el art. 146 LC en cuanto al vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

El tratamiento de los créditos públicos en el concurso consecutivo sigue la línea que estableció el legislador mediante Ley 14/2013 al establecer un mecanismo para que el deudor, vía administrativa, solicitara aplazamiento o fraccionamiento del crédito publico cuando estableció en el art. 231.5.2 LC que *“ Los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real”*, como vemos pueden tener una doble garantía que prácticamente los convierte en recuperables al cien por cien.

Pero qué ocurre si fracasa el acuerdo extrajudicial de pagos y el deudor no tiene más remedio que soportar el concurso consecutivo, pues si el deudor no ha llegado a ningún acuerdo con las administraciones públicas acreedoras ya de fraccionamiento ya de aplazamiento o ambas a la vez, se declarará el concurso consecutivo y el crédito público se clasificará de acuerdo a los criterios de la LC, es decir, se establecerá a que parte le corresponde privilegio general o especial que parte es crédito ordinario y que parte es subordinado, hasta aquí sin mayores problemas<sup>551</sup>.

Habiendo llegado el deudor a acuerdos con las administraciones públicas de los referidos anteriormente se pueden plantear problemas de

---

<sup>550</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, op. cit., pp. 436 y ss.

<sup>551</sup> QUINTANA EIRAS, “Luces y sombras en la reforma de la propuesta anticipada de convenio concursal”, op. Cit., pp. 755-768.

mayor calado pues, este acuerdo no se puede ver alterado en sede concursal, no obstante poder el administrador concursal ordenar que no se cumpla si con el cumplimiento se llegara a alterar el orden de pago de los créditos concursales. Es comprensible si tenemos en cuenta que en sede de expediente extrajudicial de pagos no hay un trámite de clasificación de créditos, no obstante hay una posibilidad de mantenimiento de estos acuerdos para el caso de que el deudor en el concurso consecutivo opte a la PAC o cuando disponga de suficiente activo para pagar con normalidad los créditos públicos y así podemos ver como el art. 84 LC y en los arts. 156 y 157 LC, en supuestos excepcionales le es permitido al deudor anticipar pagos en la medida que estos no se vean perjudicados créditos de la misma naturaleza o preferentes.

### **A) Especialidades**

Presenta especialidades el concurso consecutivo con insuficiencia de masa activa, ya que este se debe declarar incluso con insuficiencia de la misma. El RDL 1/2015 ha reformado el art. 176 bis LC a fin de que el deudor persona natural pueda solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho en los supuestos de insuficiencia de activo, pero para ello según indica el art. 178 bis 3 LC debe haber intentado previamente un acuerdo extrajudicial de pagos, siendo este un requisito indispensable para que se le conceda tal beneficio.

Esta insuficiencia de masa activa será en muchas ocasiones el motivo por el que un acuerdo extrajudicial de pagos no llegue a buen puerto, en estos supuestos es obligación de mediador concursal y deudor solicitar concurso consecutivo y cuidarse de que dicho concurso sea admitido a trámite.

Cuando por insuficiencia de masa activa proceda la conclusión del concurso, y además no existan acciones de reintegración, el administrador concursal, como le ordena el art. 176 bis 1 LC, deberá solicitar la conclusión del concurso, esto se debe informar al juzgado además de constatar que no caben acciones de impugnación o de responsabilidad de terceros y que la calificación del concurso no será clasificado como culpable, en definitiva se trata de demostrar que el patrimonio del deudor resulta insuficiente para pagar



los créditos contra la masa y que esta no puede verse incrementada con el ejercicio de las acciones antedichas<sup>552</sup>.

En estos casos el administrador concursal deberá comunicar al juzgado la circunstancia de insuficiencia de masa e iniciar las operaciones liquidatorias del patrimonio del deudor, distribuir la obtención de estas operaciones entre los acreedores según la prelación de sus créditos y comunicarlo al juzgado competente que este conociendo del concurso.

El art. 176 bis LC requiere que no esté abierta la pieza de calificación, pues esta se abre bien con el auto que aprueba el plan de liquidación bien con la sentencia que apruebe el convenio.

En el concurso consecutivo la fase común y la de liquidación se enmascaran ya que en la misma resolución en la que se declara el concurso se abre la fase de liquidación, y siendo el mismo instante del concurso consecutivo el mediador concursal, deberá aportar el plan de liquidación.

Ateniéndonos al tenor literal del art. 176 bis LC que indica que en el concurso consecutivo no es necesario liquidar una vez aprobado el plan de liquidación ya que el instante del concurso advierte ya desde la solicitud la insuficiencia de masa activa, la que puede evidenciar la declaración de concurso para así distribuir esa masa activa hasta donde alcance con respeto al art. 176 bis 2 LC, o que siendo tan nimia no permita pagar ningún crédito y de esta manera permitir la consumación del concurso. Pero si el patrimonio es limitado y aun así alcanza para pagar ciertos créditos contra la masa, el mediador lo indicará en la solicitud, o el administrador concursal dará cuenta al juzgado en el momento que detecte este escenario<sup>553</sup>.

A partir de ese instante el orden de prelación de pago de los créditos contra la masa queda alterado y el administrador concursal realizara el patrimonio del deudor, el embargable se entiende, según las reglas del art. 43

---

<sup>552</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M. *Derecho Concursal. Concurso de acreedores, op. Cit.*, pp. 2-10

<sup>553</sup> SARAZÁ JIMENA, R. “El convenio del concurso, una visión judicial” *op. Cit.*, pp. 67 y ss.

LC, siempre y cuando no haya aprobado un plan de pagos que en su caso se deberá respetar<sup>554</sup>.

En la solicitud del concurso consecutivo, el mediador ha tenido que informar previamente al juzgado que circunstancias se dan que pudieran determinar la calificación del concurso como culpable, en este sentido y a tenor de lo establecido en el art. 176 bis 4 LC según redacción dada por el RDL 1/2015 le es dado al juez la facultad de declarar y concluir el concurso consecutivo en una misma resolución, que será en forma de auto, en caso de que fuera palmario la insuficiencia de masa activa y que además cuente con elementos de juicio necesarios que le permitan concluir que no existe posibilidad de ejercitar acciones de reintegración o de la no culpabilidad del concurso<sup>555</sup>.

Para el caso de concurso consecutivo de personas naturales la resolución de declaración y conclusión del concurso puede llevar a estados paradójicos ya que el juez obligatoriamente debe nombrar un administrador concursal, que se ocupará de realizar el activo del deudor, si es que lo tiene, y de igual modo ese administrador concursal de un concurso concluido tendrá que averiguar que no caben acciones de reintegración<sup>556</sup>.

Ello aunque en apariencia absurdo, examinado de cerca no lo es tanto pues esta peculiaridad le va a permitir al deudor persona natural que carece de activo pueda beneficiarse de la exoneración del pasivo insatisfecho, eso si pasan por el tamiz de haber intentado y fracasado un acuerdo extrajudicial de pagos, haber solicitado concurso consecutivo templado en primer término por el juez y por fin la comprobación, por un administrador concursal de los factores que llevaron al juez a concluir el concurso. Y así pasados estos filtros el deudor podrá solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, cuando el juez tenga el informe del administrador concursal.<sup>557</sup>

---

<sup>554</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M. *Derecho Concursal. Concurso de acreedores*, op. Cit., pp. 2-10

<sup>555</sup> QUINTANA EIRAS, “Luces y sombras en la reforma de la propuesta anticipada de convenio concursal” op. Cit., pp. 755-768

<sup>556</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M. *Derecho Concursal. Concurso de acreedores*, op. Cit., pp. 2-10

<sup>557</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, op. cit., p. 184.

## 5. Administrador concursal y concurso consecutivo

El juez generalmente en esta sede, deberá designar administrador concursal al mediador concursal y así lo establece el art. 242.2.2 LC *“Salvo justa causa, el juez designara administrador del concurso al mediador concursal en el auto de declaración del concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial.”*

La justa causa a la que hace referencia el artículo precedente se deberá incluir, en su caso, en el auto en el que se declara el concurso consecutivo, pudiendo ser el hecho de que el administrador concursal no esté incluido en las listas correspondientes por la causa que fuere bien por decisión propia bien por no ser el profesional adecuado, bien por haber asumido las funciones de mediador el notario ya que no estará en las listas de administradores concursales<sup>558</sup>, hecho del que como hemos demostrado anteriormente no participamos, pues nada impide a un notario ser administrador concursal.

También puede el juez no designar administrador concursal al que fue mediador cuando en el expediente extrajudicial de pagos se detectare la concurrencia de alguna incompatibilidad o prohibición para el desempeño de ese cargo según el art. 28 LC, o cuando concurra alguna causa de separación del artículo 37 LC, como puede ser el incumplimiento de sus obligaciones de mediador concursal o la demora excesiva en la solicitud del concurso consecutivo.

Nada establece la LC pero es de pura lógica pensar que el mediador que no fuera nombrado administrador concursal, reuniendo los requisitos para ello, tendrá derecho a recurrir la resolución y oponerse a las causas recogidas en el auto para no designarle máxime si dichas causas llevan como consecuencia la inhabilitación para ejercer como administrador o mediador concursal.

---

<sup>558</sup> Ibidem, p. 185.

Hay que tener en cuenta que el nombramiento de mediador concursal es de forma secuencial según las listas del Ministerio de Justicia, sin embargo hoy por hoy y hasta que entre en vigor la reforma de la LC de la ley 17/2014, y se desarrollen los reglamentos correspondientes esta designación es exclusivamente judicial.

Característica y diferencia del mediador concursal es la pérdida del deber de guardar confidencialidad que tiene el mediador concursal a diferencia de lo que ocurre con la mediación mercantil, pues continuando con las funciones de administrador concursal tiene conocimiento de hechos que ha recibido quizá en base a ese principio de confidencialidad y que ahora puede utilizar contra el deudor. Por lo tanto dejar claro desde aquí que no nos encontramos ante una mediación pues el principio básico de esta, la confidencialidad, queda rota en cuanto se nombra administrador concursal al mismo mediador, así pues esta mediación ni es mediación ni es concursal. Tan importante es este pequeño detalle que la ley advierte al juez que en el auto de declaración de concurso deberá advertir expresamente el alzamiento de ese deber.

## **6. Concurso consecutivo y deudor empresario.**

El concurso consecutivo tiene especialidades propias tanto si se trata de concurso consecutivo de empresario-persona natural o jurídica o no empresario, las que pasaremos a analizar en el presente epígrafe.

Cuando la Ley se ocupa de este concurso para el caso de frustración de acuerdo extrajudicial de pagos, prevé ciertas especialidades que vienen contenidos en el art. 242 LC las que amplía a los casos de anulación del acuerdo<sup>559</sup>.

Dicho artículo nos remite a las normas generales del concurso abreviado entre los que se encuentra el art. 191 LC que remite para en lo no previsto en esta tramitación al procedimiento ordinario, lo que en algunas ocasiones

---

<sup>559</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., La segunda oportunidad en el Real Decreto-ley 1/2015. *El Derecho-Mercantil*, 1 de marzo 2015, pág. 11

ocasionará que la agilidad querida dar por el legislador a este tipo de procedimiento se encuentra con las mismas dificultades que el procedimiento ordinario y por ende con las dificultades y tabas, con la consiguiente lentitud que el procedimiento ordinario, luego poco hemos adelantado<sup>560</sup>.

A continuación examinaremos los distintos escenarios previstos en la LC. Como hemos dicho existen distintos escenarios y según el supuesto la tramitación es una u otra. Los escenarios posibles son que deudor no sea empresario, esta figura la estudiaremos a continuación. Que el deudor pueda presentar o no PAC. Y que se designe administrador concursal el que fue mediador o no, en el primer caso a tenor del artículo 75 LC.

Cuando hablamos de concurso consecutivo la norma general es que este sea de liquidación aunque se pueden dar otros supuestos excepcionalmente.

En el caso de que el mediador se convierta en administrador concursal, el auto que declare el concurso en general comprenderá la apertura de la fase de liquidación y en este sentido en el expediente extrajudicial de pagos se anticipan parte de las actuaciones de la fase común, aun cuando en la fase extrajudicial no hay una verdadera clasificación de créditos como hemos visto en el apartado correspondiente.

El mediador concursal debe presentar junto con la solicitud de concurso consecutivo un informe provisional según establece el art. 75 LC y un plan de liquidación.

En este caso a partir de la resolución judicial se abren distintos plazos y actuaciones, como son la publicidad que se le debe dar al auto de declaración de concurso, a fin de efectuar el llamamiento a los acreedores y puesta en conocimiento del administrador concursal de los créditos de los acreedores en el plazo de un mes desde la publicación del autos. Pero debemos tener en cuenta que hay tres situaciones de excepción a saber aquellos acreedores que hayan firmado el acuerdo extrajudicial no necesitan insinuar sus créditos, los

---

<sup>560</sup> VILLARUBIAS GUILLAMET, F., “La eficacia del convenio en la nueva Ley Concursal”, op. Cit., p. 4781.

créditos de aquellos acreedores que no hubieren manifestado posición alguna en el acuerdo extrajudicial verán como sus créditos se convierten en subordinados y tercero que serán créditos contra la masa los gastos del expediente extrajudicial sin necesidad de insinuación alguna. Cabe hacer constar que en los créditos contra la masa en el concurso consecutivo existen una serie de créditos generados y vencidos antes de la declaración del concurso, en general hay que hacer constar que es complicado el encaje del concurso consecutivo en las especialidades del art. 191 ter LC.

Teniendo en cuenta que en el concurso consecutivo se dispone ya provisionalmente de un informe, los acreedores disponen de un mes para insinuar créditos, aunque este informe se podrá impugnar según autoriza el art. 242.2.6º, aunque los acreedores disponen de 10 días para impugnar la lista de acreedores y el inventario según artículo 96 LC, todo ello teniendo en cuenta que en el trámite extrajudicial no existe este trámite.

La siguiente actuación es el informe definitivo que tendrá que presentar el administrador concursal con las actualizaciones pertinentes<sup>561</sup>.

#### **A) Plan de liquidación.**

Finalizado el plazo de impugnaciones, y resueltos los incidentes que se hubieran podido plantear por los acreedores, se abrirá la sección de liquidación en la que se deberá aprobar el plan de liquidación, el cual a falta de normativa específica, pues ni el art. 242 ni el 191 especifican cuál será su contenido ni su tramitación ni régimen alguno de recursos, queda sometido a las reglas del art. 148 y 149 LC que a partir de la reforma del RDL 11/2014, a partir de la aprobación del plan de liquidación podrá ejecutarse en los términos en que se aprobare<sup>562</sup>.

Una vez aprobado el plan de liquidación el administrador concursal tiene tres meses para ejecutarlo y, una vez liquidados los elementos embargables

---

<sup>561</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, “El Concurso consecutivo” op. Cit., pp. 466-508

<sup>562</sup> VILLARUBIAS GUILLAMET, F. “La eficacia del convenio en la nueva Ley Concursal”, op. Cit., p. 4781.

del patrimonio del deudor, se deben repartir entre los acreedores según las reglas de la liquidación así en primer lugar los créditos contra la masa, después el crédito concursal, después los acreedores con privilegio general, seguidos de los ordinarios que reciben sus importes a prorrata según art. 1657 LC, y por último los subordinados.

Tras la fase de liquidación el administrador concursal debe rendir cuentas al juzgado con informe sobre la distribución de la liquidación y sobre el resultado de la sección de calificación y de las acciones pendientes si las hubiere, trámite que se detalla en el art. 152.3 LC y en este trámite es cuando el deudor solicitará con formalidad la exoneración del pasivo insatisfecho. Las circunstancias que van a permitir al deudor acogerse a la anticipación de la exoneración del pasivo insatisfecho se regulan con detalle en el art. 178 bis LC, pues el mediador concursal ya en la solicitud de concurso debe informar si concurren o no los requisitos para acogerse a tal beneficio, también el concursado y los acreedores en el plazo de alegaciones al plan de liquidación podrán formular reparos sobre los requisitos exigidos a tal menester en caso de persona natural empresario y los acreedores mediante escrito razonado solicitar la apertura de la sección de calificación<sup>563</sup>.

Esta pieza de calificación - art. 168 LC - tiene especial importancia para el caso de concurso consecutivo de particulares puesto que si el concurso se califica como culpable, el deudor no se podrá acoger a los beneficios de exoneración del pasivo insatisfecho, pues es este uno de los requisitos que forman parte de la consideración de que el deudor actuó de buena fe.

## **7. Concurso consecutivo de persona natural no empresario.**

El tratamiento normativo de esta figura viene recogido en el art. 242 bis LC<sup>564</sup> introducido en nuestra legislación patria por el RDL 1/2015, el cual

---

<sup>563</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, “El Concurso consecutivo” op. Cit., pp. 466-508.

<sup>564</sup> Art. 242 bis LC. “1. *El acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios se regirá por lo dispuesto en este título con las siguientes especialidades:*  
1º *La solicitud deberá presentarse ante el notario del domicilio del deudor*

configura un procedimiento con determinadas especialidades basado en la reducción de trámites en sede extrajudicial y una importante característica como es que en cualquier caso, de no llegar a buen fin el acuerdo extrajudicial de pagos, el concurso consecutivo será siempre de liquidación.

En este caso y como se ha dicho, la solicitud se hace ante notario territorialmente hábil (domicilio del deudor) en el que el mismo puede asumir las funciones de mediador, pero para el caso de ser el notario el que asuma las funciones de mediador y el acuerdo no llega a buen fin o se anula judicialmente es el notario, quien asumiendo las funciones propias del mediador debería instar el concurso consecutivo 242 bis 1 regla 9 LC, a través de la remisión de un informe razonado con sus conclusiones.

El juez una vez examinado el informe y documentación aportada deberá declarar el concurso consecutivo concurriendo para ello los requisitos y circunstancias legales, el que se declarara sin posibilidad de que el notario sea

---

*2° El notario, una vez constatada la suficiencia de la documentación aportada y la procedencia de la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos deberá, de oficio, comunicar la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso.*

*3° El notario impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, salvo que designase, si lo estimase conveniente pudiendo designar, en su caso, un mediador concursal. El nombramiento del mediador concursal deberá realizarse en los cinco días siguientes a la recepción por el notario de la solicitud del deudor, debiendo el mediador aceptar el cargo en un plazo de cinco días.*

*4° Las actuaciones notariales o registrales descritas en el artículo 233 no devengarán retribución arancelaria alguna.*

*5° El plazo para la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos y realizar la convocatoria de la reunión entre deudor y acreedores será de quince días desde la notificación al notario de la solicitud o de diez días desde la aceptación del cargo por el mediador, si se hubiese designado mediador. La reunión deberá celebrarse en un plazo de treinta días desde su convocatoria.*

*6° La propuesta de acuerdo se remitirá con una antelación mínima de quince días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, pudiendo los acreedores remitir propuestas alternativas o de modificación dentro de los diez días naturales posteriores a la recepción de aquél.*

*7° La propuesta de acuerdo únicamente podrá contener las medidas previstas en las letras a), b) y c) del artículo 236.1.*

*8° El plazo de suspensión de las ejecuciones previsto en el artículo 235 será de dos meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso.*

*9° Si al término del plazo de dos meses el notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones.*

*10° El concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación.*

*2. Reglamentariamente se determinará régimen de responsabilidad de los notarios que intervengan en los acuerdos extrajudiciales de pagos de las personas naturales no empresarios. Su retribución será la prevista para los mediadores concursales.”*



nombrado administrador concursal<sup>565</sup>, hecho con el que discrepamos como se ha descrito anteriormente.

Este informe notarial dice la ley que no incluirá ni el informe del art. 75 LC ni el plan de liquidación previsto en el art. 148 LC, pero podrá incluir referencias sobre el cumplimiento de los requisitos para acogerse el deudor a los beneficios de exoneración del pasivo insatisfecho, aunque no parece razonable que el notario se pronuncie sobre la calificación del concurso<sup>566</sup>, esto será así si el notario no continua con su labor de administrador concursal que como se ha visto cabe la posibilidad sobre todo interpretando este precepto por exclusión.

En la resolución judicial abrirá la fase de liquidación y el administrador concursal dispondrá de cinco días para aceptar el cargo.<sup>567</sup>

Procesalmente hablando, la última reforma de la LC operada por RDL 1/2015 introduce cambios relevantes en cuanto a su regulación competencial así esta reforma priva a los jueces de lo mercantil de la competencia exclusiva para resolver concursos de personas físicas no empresarios y la atribuye a los juzgados de primera instancia rompiendo así la unidad de presupuesto subjetivo por lo tanto se disocia la competencia judicial en este tipo de concursos aunque se mantiene la unidad en apelación ya que asigna estas competencias a las Secciones Especializadas de las Audiencias Provinciales.<sup>568</sup>

---

<sup>565</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p. 201.

<sup>566</sup> Ibidem, p. 202.

<sup>567</sup> Indica CUENA CASAS, M. “Segunda oportunidad. Novedades de última hora”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 63, 2015, p. 10. La LSOp amplía la puerta de entrada al sistema dulcificándose el requisito de la buena fe del deudor. Se considera de mala fe y puede, no obstante, recibir la exoneración del pasivo pendiente, el deudor cuyo concurso se ha declarado culpable por haber incumplido el deber de solicitar el concurso. Se añade un inciso al art. 178 bis.3.1o: “no obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1o el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave en el deudor”.

Parece que se considera que el retraso en la declaración de concurso es un fallo “leve”. Muy al contrario, considero que la regulación del régimen de SOp tiene que ser un estímulo al buen comportamiento del deudor. Iniciar tarde el procedimiento puede haber hecho inviable el acuerdo extrajudicial de pagos (AEP) y que el concurso se vea abocado a la liquidación y al perjuicio de los intereses de los acreedores. El cambio me parece poco afortunado e injustificado y redundante en un fallo grave de la ley: es muy generosa con la conducta del deudor merecedor de la exoneración.

<sup>568</sup> CUENA CASAS M., “Segunda oportunidad novedades de última hora”, op. Cit.

El motivo, desde nuestro punto de vista no deseado, es la comodidad tal como reza la Exposición de Motivos al decir que trata de equilibrar la distribución de asuntos sin haber tenido en cuenta la preparación exigida para llevar un procedimiento concursal, preparación y complejidad ya reconocida de inicio en la Exposición de Motivos de la LC22/2003 de 9 de julio justificando así la especialización de los juzgados de lo mercantil, parece que el legislador actual quita importancia a estos concursos y se equivoca cuando piensa que un concurso de persona natura no puede ser complejo pues habrá ocasiones en que su complejidad superará a la de cualquier concurso ordinario, sea abreviado u ordinario, por ello parece poco oportuno, cuanto menos, que los jueces de primera instancia tengan que pechar con una disciplina especializada que no es de su competencia desde hace doce años<sup>569</sup> teniendo en cuenta que tendrán que reciclarse.

## **8. Conclusión del concurso consecutivo**

Establecidas por el art. 176 LC las reglas generales de conclusión del concurso, este tipo de concursos se aparta de estas generalidades por cuanto el RDL 1/2015 establece que terminado el concurso de personas naturales no empresarios estos pueden optar al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho si quedaren créditos pendientes de pago.

Las causas pueden ser típicas o atípicas, entrando en el primer supuesto el cumplimiento del convenio, bien porque se paga todo el pasivo. En cuanto a las atípicas destacamos aquellas por las que no se da completa satisfacción a los acreedores, o bien porque prospera algún recurso interpuestos contra la resolución judicial de declaración del concurso, con archivo del procedimiento. También porque el deudor no es insolvente una vez declarado el concurso.

En cuanto a las personas jurídicas se refiere, si es por cumplimiento del convenio por pago a los acreedores o por solvencia sobrevenida, se archiva, el

---

<sup>569</sup> Ibidem.

deudor recupera sus facultades patrimoniales, el administrador concursal rinde cuentas que quedarán sometidas al examen de las partes.

Si concluye por liquidación son de aplicación los efectos del art. 178.3 LC, el cual establece que la resolución judicial que determine la conclusión por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica, también acordará su extinción y la cancelación de su inscripción en los registros públicos. Ello sin perjuicio de los supuestos de reapertura del concurso.

Y si de personas físicas se trata siendo la conclusión por cumplimiento por pago a los acreedores o por devenir el deudor solvente, el deudor recupera las facultades de disposición sobre su patrimonio y el administrador concursal deberá rendir cuentas.

En cambio, si concluye con liquidación el administrador concursal en el trámite correspondiente rendirá cuentas y abrirá la posibilidad de que el deudor pueda acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

Así el art. 178.2 LC determina que el mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho es una excepción a la regla general y el deudor tiene que solicitarlo en tiempo y forma, no opera automáticamente. Y, respecto a los fiadores<sup>570</sup>, el art. 178 bis 5 LC entiende que estos no pueden pedir los beneficios que tiene el deudor respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho, ni tampoco subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los

---

<sup>570</sup> CUENA CASAS, M., "Segunda oportunidad novedades de última hora", op. cit., p. 178.

Ya el Real Decreto-ley 1/2015 dispuso que *"los acreedores que se hayan visto afectados por la exoneración provisional del pasivo pendiente podrán acudir frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores y avalistas (art. 178 bis.5 LC)"*. Se exceptiona legalmente la accesoriedad de la garantía (art. 1.847 CC) y no quedaba más remedio que hacerlo porque de lo contrario se desnaturalizaría la esencia y finalidad última de las garantías personales: que el acreedor pueda reclamar al fiador para el caso de que no pueda cobrar del deudor principal.

El problema es cuando, concluido el concurso, y firme la exoneración a favor del deudor principal, el codeudor solidario o el fiador cumplan la prestación. En el Real Decreto-ley 1/2015, no quedaba claro lo que sucedía con la acción de reembolso (art. 1838 CC) que le corresponde al fiador contra el deudor una vez que haya cumplido la prestación.

Este extremo ha sido aclarado en la LSOp. Se ha añadido un inciso al art. 178 bis 5 LC, de forma que los fiadores u obligados solidarios no podrán *"subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida"*. Queda claro que el fiador o codeudor solidario que paga no puede ejercitar la acción de reembolso contra el deudor. De esta forma, se salvaguarda la esencia de las garantías personales y además se mantiene la eficacia de la exoneración del pasivo pendiente frente al deudor principal.

derechos que el acreedor tuviese contra el deudor, excepto en el caso que se revocase la exoneración.

## **IX. LA EXONERACION DEL PASIVO INSATISFECHO**

La LC regula la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho dentro del procedimiento concursal, en el capítulo dedicado a la conclusión del concurso. Se trata de una excepción a la regla general aplicada a las personas físicas en la medida que, la liquidación del patrimonio, no lleva aparejada su desaparición, como ocurre con las sociedades de capital.

Es de aplicación excepcional en aquellos supuestos en los que el acuerdo extrajudicial de pagos no llega a buen fin, con aplicación de una premisa que resulta imprescindible para su aplicación, la buena fe del deudor, concepto que no coincide con el de buena fe en el ámbito civil.

La exoneración del pasivo insatisfecho está prevista para personas naturales no empresarios y para los que realizan una actividad como empresario cuya descripción está establecida en el artículo LC.

Para poder acogerse a esta figura, los deudores, previamente deben intentar un acuerdo extrajudicial de pagos según el art. 178 bis LC, gravando a los deudores que no intente dicho acuerdo previo, con el pago del 25 % de los créditos ordinarios<sup>571</sup>.

En el RDL 1/2015, se prevé, art. 176 bis párrafo 4 LC, que en caso de insuficiencia de masa activa, el juez pueda declarar y concluir el concurso de personas naturales en la resolución inicial, hecho que le llevará necesariamente a la designación de administrador concursal y al inicio de las

---

<sup>571</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. “El Concurso consecutivo” op. Cit., pp. 466-508.

operaciones de liquidación para llegar a la realización de un trámite previo a la exoneración de modo provisional, hasta alcanzar en su caso la exoneración definitiva o la revocación de la misma como veremos a continuación.

Los supuestos en que el deudor puede solicitar la exoneración de pasivo insatisfecho son los siguientes:

a) En primer lugar se debe haber intentado llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos.

b) En caso de no haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho puede realizarla en la fase de liquidación.

En caso de haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos el concurso tendrá la consideración de consecutivo y por ende de liquidación.

Se deberá definir con claridad los supuestos de insuficiencia de masa activa lo que llevará al juez la declaración del llamado “archivo expres”.

## **1. Deudor de Buena fe**

Los requisitos, en este escenario, exigidos por la LC con el objeto de apreciar la buena fe vienen determinado en el art. 178 bis 3 en cuanto establece los elementos objetivos y subjetivos. En el apartado 3 se establece que sólo se admitirá la solicitud de exoneración de pasivos insatisfechos a aquellos deudores que sean considerados de buena fe. Y para ello tendrán que cumplir una serie de requisitos que, en síntesis, son:

Que no haya sido declarado culpable en el concurso; que no haya sido condenado en sentencia firme contra el patrimonio, el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública o Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores; que haya formalizado o intentado formalizar un acuerdo extrajudicial de pagos; que haya liquidado los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y que acepte un plan de pagos y

que acepte que el beneficio de la exoneración conste en el registro Público Concursal por un plazo de cinco años con acceso al público<sup>572</sup>.

Dicho precepto recoge tanto elementos objetivos como subjetivos. Como hemos apuntado anteriormente la buena fe en sede concursal no se presume como ocurre en el código civil y en el código de comercio, hay que probar tanto el origen de la insolvencia, el comportamiento del deudor y además hay que cumplir determinados requisitos y condiciones para tener acceso al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

## **2. Concurso culpable**

El primer requisito que debe cumplir el deudor para alcanzar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho es que el concurso consecutivo no haya sido declarado culpable.

Para ello debemos acudir al art. 163 y siguientes LC y tener en cuenta que la sección de calificación se abre en todo concurso que acaba en liquidación vinculada al auto de aprobación del plan de liquidación, así pues para solicitar el susodicho beneficio se hace necesario coordinar la sección de liquidación, que es donde se puede instar la exoneración, con la firmeza del auto que ponga fin a la calificación.

El legislador estableció el objeto de la sección de calificación, la cual responde a lógicas exigencias necesarias a fin de evaluar las causas que llevaron al deudor a la situación de insolvencia y comprobar las bondades de los documentos explicativos de estos motivos y todos los requisitos exigidos por la ley incluido el plazo de presentación del concurso, a fin de determinar la culpabilidad o no del concursado.

En este sentido optó por castigar con la declaración de concurso culpable los comportamientos más graves, cuando haya habido dolo o culpa que genere o agrave la insolvencia, en otro caso el concurso se califica de fortuito.

---

<sup>572</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. “El Concurso consecutivo” op. Cit., pp. 466-508.

La LC establece una serie de presunciones y en este sentido el art. 164.1 LC determina que se considera concurso culpable cuando en el proceso del mismo, o si hubiere agravación de insolvencia, se hubiera producido dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales y, en general, de aquellos que, apoderados o administradores, hubieren cometido culpa grave<sup>573</sup>.

El artículo entraña dificultades a la hora de averiguar los factores subjetivos que llevaron al deudor a la situación de insolvencia y, para solventar y facilitar estas dificultades, opta el legislador por elaborar una lista de presunciones que facilitan al administrador concursal y al ministerio fiscal prueba de la concurrencia de causas que calificarían el concurso como culpable.

Divide el legislador, las presunciones anteriormente referenciadas en dos bloques, uno contenido en el art. 164.2 LC. El concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: si el deudor que estuviera obligado legalmente a llevar la contabilidad no cumple con este requisito o la llevara doble o cometiera irregularidades en la misma que le beneficiaran o beneficiaran a su patrimonio; cuando hubiera manipulado documentos en los que se asienten su solicitud de declaración de concurso o los que, en general, presente durante el concurso o presentase documentos falsos; por incumplimiento del convenio por causa impugnada al deudor o cuando el deudor hubiera incurrido en alzamiento de bienes en perjuicio de sus acreedores, especialmente durante los dos años anteriores a la declaración de concurso<sup>574</sup>.

El segundo bloque, al que hacemos referencia, es el contenido en el art. 165 LC cuando ordena que el concurso se considerará culpable cuando el deudor o sus representantes, administradores o liquidadores, hubieran incumplido la obligación de solicitar la declaración de concurso; hubieran asimismo incumplido el deber de colaboración con el juez competente, no hubiera facilitado la documentación necesaria y solicitada o no se hubiera

---

<sup>573</sup> ARRAIZA JIMÉNEZ, P. “La dimensión internacional del concurso de acreedores” op. Cit., pp. 293-302

<sup>574</sup> *ibidem*.

personado, el deudor o un representante legal, en aquellos actos en que fuera imprescindible su presencia<sup>575</sup>.

También se considerará culpable si el deudor que está obligado a llevar la contabilidad no lo hubiera hecho o no hubiera auditado dichas cuentas o no hubiera depositado, en los tres años anteriores a la declaración del concurso, en el Registro Mercantil o en el correspondiente. Y, salvo prueba en contrario, se le considerará culpable cuando los socios o administradores se negarán, sin causa razonable, a la capitalización de créditos o aquellas actuaciones financieras que permitiesen la refinanciación de lo que se indica en el art. 71 bis 1. LC.

En cualquier caso será necesario que el acuerdo propuesto reconozca a favor de los socios del deudor derechos financieros como son la adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores u otros instrumentos convertibles, en caso que los acreedores que los detenten decidan desprenderse de los mismos.

En estos casos el administrador concursal o el ministerio fiscal el que debe destruir la presunción de culpabilidad, ya que se trata de una regla de cargos probatorios, que deben configurarse a través de un nexo causal entre las causas que generaron la insolvencia y la culpa o dolo del deudor, en este sentido se pronuncia la STS 6 de octubre 2011<sup>576</sup>.

El criterio pacífico tanto doctrinal como jurisprudencial es la aceptación de que el dolo consiste en una actuación deliberada y consciente que contradice al actuar exigible mientras que la culpa grave se corresponde con la grosera falta de diligencia exigible a una persona, en este caso al deudor o a sus administradores<sup>577</sup>

---

<sup>575</sup> BOLDO RODA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales,” op. Cit., pp. 391-427.

<sup>576</sup> STS 6 octubre 2011.

<sup>577</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad, op. cit., p. 211.



### **3. Impedimentos de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho**

El art. 178 bis 3 apartado 2 LC establece, para ser aceptada la solicitud de exoneración, que el deudor no deberá haber sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, falsedad documental, Hacienda Pública y Seguridad Social, o contra los derechos de los trabajadores en un plazo de 10 años anteriores a la declaración de concurso.

Como es de ver se trata de delitos de naturaleza eminentemente patrimonial que el legislador en la reforma de la LC mediante RDL 1/2015 ha configurado el concepto de buena fe a partir de la omisión de estos tipos, que a juicio del mismo merecen una especial reprobación en sede concursal, sin tener en cuenta otros que pudieran ser de mayor gravedad y penados con mayor severidad como asesinato o violación de los que se pueden derivar responsabilidades patrimoniales con incidencia concursal.

Sería deseable, de *lege ferenda*, que el legislador se centrara más en fijar parámetros en función de la gravedad de las penas y de las posibles responsabilidades civiles derivadas de los delitos que permitiera al juez actuar con más discrecionalidad a la hora de permitir al deudor condenado el acceso al benéfico de exoneración del pasivo insatisfecho cuando de delitos dolosos se tratara, y en este sentido la mala o buena fe del deudor debería apartarse más de su situación patrimonial tratándola de modo independiente a esta.

En cualquier caso como el propio artículo transcrito establece la sentencia que impida el acceso al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho deberá ser firme, no haciendo ninguna mención la ley a la posible remisión de la pena, ni a la cancelación de antecedentes penales debiendo trasladarnos al Código Penal, art. 136 donde se establecen los requisitos para la cancelación y que tienen relación con el concurso por cuanto para ello deben estar satisfechas las responsabilidades civiles y haber transcurrido los plazos legalmente establecidos.

Lo que parece razonable es defender que aquellas personas condenadas cuyos antecedentes hubieran sido cancelados o fueran cancelables y hayan satisfecho sus responsabilidades patrimoniales puedan optar a la remisión de la pena y por ende al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, sin embargo la ley no lo tiene así previsto<sup>578</sup>.

#### **4. Buena fe y acuerdo extrajudicial de pagos**

El art. 178 bis 3 LC, añade que para validar la buena fe deben reunirse las condiciones que establece el art. 231 LC. Esto es, la LC establece que para apreciar la buena fe el deudor, persona natural, es decir empresarios, profesionales o autónomos, que además de reunir los requisitos del art. 231 el deudor que esté en situación de insolvencia o considere que no podrá hacer frente a sus obligaciones puede instar un acuerdo extrajudicial de pagos siempre que el pasivo no supere los cinco millones de euros. También podrán instarlo las personas jurídicas que se encuentren en estado de insolvencia, que tengan los activos suficientes para pagar los gastos propios del acuerdo y que el concurso se prevea que no revista especial complejidad de acuerdo con el art. 190 LC. En definitiva que tengan un volumen pequeño o medio<sup>579</sup>.

Por otra parte no podrán formular y consecuentemente concretar acuerdo extrajudicial de pagos aquellos que hayan sido condenados por sentencia firme por los motivos que se han explicitado en el anterior apartado; si el deudor hubiera aceptado un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores dentro de los cinco años anteriores y hubiera sido homologado judicialmente; tampoco podrán acceder al acuerdo los que estén en negociaciones con sus acreedores para llegar a un acuerdo de refinanciación. En cualquier caso, los créditos con garantía real se verán afectados según lo establecido en los arts. 238 y 238 bis LC, sin embargo los créditos de derecho público no se verán afectados en ningún caso por el acuerdo extrajudicial, aun en el caso que tengan garantía real.

---

<sup>578</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. “El Concurso consecutivo” op. Cit., pp. 466-508

<sup>579</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*, op. Cit., pp. 575-604

Se desprende pues del artículo citado anteriormente sólo el hecho de que el deudor haya iniciado los trámites previstos en el TÍTULO X LC, supone que el deudor pone de manifiesto su buena voluntad con la finalidad de llegar a un acuerdo con sus acreedores en esta sede la ley permite que no exista ninguna razón o circunstancia específica que hayan llevado al deudor a su situación de insolvencia actual o inminente.

Debemos analizar siquiera someramente que significa “intentado celebrar” ya que no es lo mismo que el acuerdo se haya alcanzado en cuyo caso no cabe duda, que se haya intentado sin que llegue a buen puerto y aquí hay que diferenciar por qué no llegó a buen fin si lo fue por circunstancias ajenas al deudor, o fue el propio deudor quien provocó a sabiendas su no celebración<sup>580</sup>.

Así por ejemplo si el deudor solicita mediación concursal y desiste de la misma antes del inicio del procedimiento o antes de la aceptación del mediador, realmente no se ha intentado el acuerdo y por causas exclusivas del deudor.

Otro caso sería la designación de mediador pero no aportar los documentos requeridos en los plazos legales, también que se considera no haber intentado el acuerdo, es decir en cualquier caso que el deudor cumpla con las formalidades legales de solicitud y colaboración y siempre que las causas no sean imputables al mismo deberá considerarse no celebrado o intentado celebrar el acuerdo<sup>581</sup>.

## **5. Satisfacción de determinados créditos**

El tratamiento que la ley establece en cuanto a la satisfacción de determinados créditos que debe realizar el deudor es diferente si ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos o si no lo ha hecho.

---

<sup>580</sup> LOPEZ SÁNCHEZ, , *El proceso Concursal*, op. Cit., PP. 575-604.

<sup>581</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*, op. Cit., pp. 575-604.

En el primer supuesto establece la ley que el deudor sólo ha de satisfacer el crédito contra la masa y el privilegiado para poder optar así al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

Hay que advertir que para que se de este escenario el deudor previamente habrá sido declarado en concurso, tramitado como necesario, se habrá abierto la fase de liquidación y en ese marco se habrán realizado todos sus bienes que no tengan la consideración de inembargables, es decir la finalidad última no es que el deudor cubra todas las cantidades referidas, sino que hay liquidado todo su patrimonio ya que en algunos casos llegará, la liquidación, hasta el pago de créditos ordinario<sup>582</sup>.

## **6. Aspectos procesales para la exoneración de pasivo insatisfecho**

El trámite normal para la obtención de la exoneración del pasivo insatisfecho viene determinado por el art. 178 bis 2 LC en relación con el párrafo 4 del mismo, planteada en la fase de liquidación concluidas las operaciones de liquidación, este artículo hace remisión al 152.2 LC que establece los plazos para que la administración concursal presente, al juez del concurso, el informe final en el que se justifican las acciones realizadas y la imposibilidad de reintegración de la masa activa, plazos que son de un mes posterior a la conclusión de la liquidación de la masa activa o de un mes a la notificación de la sentencias si estuviera en tramitación la sección sexta.

Este mismo art. 152.2 LC se determina que la conclusión del concurso no impedirá que el deudor conserve aquellos bienes inembargables o desprovistos de valor de mercado o que el coste de realización sería desproporcionado.

También el párrafo 1 del art. 178 bis LC dice que el deudor persona natural tendrá derecho al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho según lo que se indica en dicho artículo una vez se termine el concurso.

---

<sup>582</sup> MARTÍN MOLINA, *El procedimiento concursal en toda su dimensión* op. Cit., pp. 357-362

Es pues en el trámite de rendición de cuentas final es cuando el deudor puede solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho.

El plazo de solicitud del beneficio es de 15 días pudiendo los acreedores oponerse al informe justificativo de las operaciones de liquidación ya que el art. 152.3 LC no hay plazo para que los acreedores puedan oponerse a la rendición final de cuentas, por lo tanto son trámites distintos que darán lugar a incidentes concursales distintos.

El incidente de oposición al informe final se tramitará dando traslado al administrador concursal y al deudor en su caso pudiendo contestar a la oposición en el plazo de 10 días<sup>583</sup>.

Para la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho sólo está legitimado el deudor y se dará traslado de la misma al administrador concursal y a los acreedores, deberá hacerse por escrito y el deudor deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 178 bis 3 LC, es decir que es deudor de buena fe.

En cuanto a los requisitos primero, segundo y tercero del párrafo 3 del art. 178 bis LC resultan comunes para toda solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho por lo que se dan dos vías con presupuestos distintos:

Una que el deudor haya satisfecho los créditos contra la masa, los privilegiados si su camino fue el expediente extrajudicial de pagos, además el 25% del crédito ordinario en caso contrario y podrá solicitar la exoneración provisional sin aportar plan de pagos.

Otra, que el deudor sin haber satisfecho los umbrales del ordinal 4º, deberá acreditar el plan de pagos, el cumplimiento del deber de colaboración, no haber obtenido el beneficio en los 10 años anteriores, no haber rechazado una oferta cualificada de empleo en el plazo de 4 años y estar conforme con la publicación en el RPC<sup>584</sup>.

---

<sup>583</sup> MARTÍN MOLINA, *El procedimiento concursal en toda su dimensión* op. Cit., pp. 357-362

<sup>584</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, op. Cit., pp. 480-481.

En cuanto al trámite debemos distinguir dos supuestos si no hay oposición o si la hay.

En caso de no oposición el juez concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el auto que declare la conclusión del concurso por haber finalizado la fase de liquidación, cuyos efectos se plasman en el cese del administrador concursal, en la provisionalidad de la exoneración, ya que los créditos pendientes de satisfacción no quedan extinguidos definitivamente pues en el plazo de cinco años pueden ser revocados, y para finalizar no se alcanzan todos los efectos del concurso<sup>585</sup>.

En cambio si hay oposición se tramitará como un incidente concursal y la solicitud se realizará en forma de demanda incidental transcurriendo por los trámites establecidos por la LC en estos casos.

El incidente de oposición finaliza con sentencia que podrá acordar la exoneración o denegarla. Si la sentencia es denegatoria se aplicará el art. 178.2 LC por el cual el deudor persona natural es el responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores, por su parte, podrán realizar acciones singulares mientras no se acuerde la reapertura del concurso o no se inicie nuevo concurso. Es importante que el dicho artículo equipare a una sentencia de condena en firme la inclusión del crédito de cada acreedor en la lista definitiva de acreedores.

Si la sentencia acordare la exoneración siempre será provisional y hasta la firmeza de la sentencia no podrá dictarse el auto de conclusión del concurso.

---

<sup>585</sup> MARTÍN MOLINA, *El procedimiento concursal en toda su dimensión* op. Cit., pp. 357-362

## X. EXONERACION PROVISIONAL DEL PASIVO INSATISFECHO

La resolución judicial en la que se acuerde la exoneración provisional del pasivo insatisfecho necesariamente hará referencia a los efectos tanto materiales como procesales que puedan derivarse de la exoneración del pasivo insatisfecho ya que en la misma se tiene por concluido el concurso.

Los pasivos sobre los que se acuerda la exoneración provisional para el caso de que en la liquidación se hubieran pagado los mínimos establecidos en el art. 178 bis 3 LC, y se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, son el pasivo ordinario en su totalidad y los créditos subordinados, puesto que los créditos contra la masa y los privilegiados ya han sido satisfechos.

Pero en caso de no haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos tiene un plus añadido, el 25 % del crédito ordinario.

En caso de que el deudor no haya satisfecho totalmente los créditos anteriores el artículo aplicable es el 178 bis 5 LC, el cual indica los créditos a los que se extenderá el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho<sup>586</sup>.

Por otra parte se determina asimismo que los acreedores cuyos créditos se extingan no pueden realizar acción alguna frente al deudor aun cuando los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente, avalistas y fiadores, con el deudor, se mantienen. Estos no podrán reclamar el beneficio de la exoneración ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación, excepto que se revocase la exoneración concedida.

Quién si podrá acogerse al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, es el cónyuge, si el matrimonio tiene régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad,

---

<sup>586</sup> Art. 178 bis 5 LC. *“Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. 2º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado”.*

Por tanto en esta segunda opción se limita más la exoneración puesto que se mantienen los pasivos ordinarios, los subordinados cuyo origen sean créditos de derecho público y los derivados de obligaciones por alimentos preconcursales que tenga que pagar el deudor.

Con relación a los créditos que se extinguen provisionalmente no se pueden iniciar acciones que pretendan el cobro de los mismos, no ocurre así con relación a los obligados solidariamente con el deudor concursado, avalistas, fiadores a los cuales les está vetado la invocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho tal y como establecen los incisos segundo y tercero del art. 178 bis 5 LC, pero en caso de que el deudor hubiera optado por la vía de la regla 5ª sí que podrán reanudarse las ejecuciones suspendidas en caso de créditos de derecho público, salvo que Hacienda o Seguridad Social le concedieran al deudor un aplazamiento o fraccionamiento de los pagos pendientes conforme a su legislación específica<sup>587</sup>.

El problema es cuando, concluido el concurso, y firme la exoneración a favor del deudor principal, el codeudor solidario o el fiador cumplían la prestación. En el RDL 1/2015, no quedaba claro lo que sucedía con la acción de reembolso (art. 1838 CC) que le corresponde al fiador contra el deudor una vez que haya cumplido la prestación.

Este extremo ha sido aclarado en la LSOp. Se ha añadido un inciso al art. 178 bis 5 LC, de forma que los fiadores u obligados solidarios no podrán “*subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida*”. Queda claro que el fiador o codeudor solidario que paga no puede ejercitar la acción de reembolso contra el deudor. De esta forma, se

---

<sup>587</sup> En este sentido ya el Real Decreto-ley 1/2015 dispuso que “*los acreedores que se hayan visto afectados por la exoneración provisional del pasivo pendiente podrán acudir frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores y avalistas (art. 178 bis.5 LC)*”. Se exceptiona legalmente la accesoriedad de la garantía (art. 1.847 CC) y no quedaba más remedio que hacerlo porque de lo contrario se desnaturalizaría la esencia y finalidad última de las garantías personales: que el acreedor pueda reclamar al fiador para el caso de que no pueda cobrar del deudor principal.



salvaguarda la esencia de las garantías personales y además se mantiene la eficacia de la exoneración del pasivo pendiente frente al deudor principal.<sup>588</sup>

Como estamos estudiando la exoneración es provisional cuya duración es de cinco años durante los cuales establece el art. 178 bis 7 establece que los acreedores podrán pedir la revocación del beneficio si concurre causa legal para ello.

### **1. Revocación de la exoneración provisional. Legitimación pasiva**

El beneficio provisional de exoneración del pasivo insatisfecho puede ser revocado por los cauces del incidente concursal, tal y como establece el art. 178 bis párrafo 7 LC.

Este artículo regula un trámite específico para la petición de revocación aplicable cuando el deudor incurre en alguna causa de revocación durante los cinco años de provisionalidad, plazo que es de caducidad para el ejercicio de la acción de revocación del beneficio.

Cualquier acreedor concursal puede pedir la revocación del beneficio, y para ello no es necesario que el acreedor instante se haya personado en el concurso sino que basta con que conste en la lista definitiva de acreedores

Habida cuenta que entre las causas de revocación se encuentra la del incumplimiento del plan de pagos, la legitimación activa la tiene también el acreedor contra la masa, por otra parte el administrador concursal no está legitimado para instar la revocación ya que es cesado en el momento en que concurre el concurso, tras la aprobación de la rendición de cuentas.

Los motivos de oposición se recogen en el art. 178 bis LC, y son:

1. Que el deudor incurra en alguna de las circunstancias que hubieran impedido la concesión del beneficio de la exoneración.

---

<sup>588</sup> CUENA CASAS, M., Segunda oportunidad novedades de última hora”, op. Cit.

2. Incumplir con la obligación de pago de las deudas no exoneradas, es decir, con el cumplimiento del plan de pagos aprobado por el Juzgado.

3. Que el deudor haya mejorado sustancialmente su situación económica<sup>589</sup>.

4. La existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados. Si en el apartado anterior hemos hecho referencia a las mejoras patrimoniales, aquí se trata de elementos que no hubieran sido incluidos en el inventario de la masa activa, sin que sea necesario que se aprecie un elemento intencional de ocultación por parte del deudor, basta con que no consten en el inventario, alegación que corresponde probar al que la invoca, y sin que sea necesario que esos nuevos elementos patrimoniales permitan pagar toda la deuda exonerada, hechos que no llevarán a la reapertura del concurso, puesto que para que esto ocurra es necesario que lo solicite el deudor o los acreedores (art. 179 LC).

La legitimación pasiva como es lógico la ostenta el deudor concursado (art. 72.2) También está contemplado esta legitimación del deudor en el art. 54 LC, al que se le atribuyen las acciones de interponer demandas, o *recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio*. Aunque el deudor precisará de la conformidad de las administraciones concursales para interponer dichas acciones.

---

<sup>589</sup> Tal y como indica CUENA CASAS, M., “Segunda oportunidad. Novedades de última hora”, op. Cit. p. 4, supone ello uno de los cambios más relevante que aborda la Ley de Segunda Oportunidad, “*según el texto inicialmente aprobado (RDL 1/2015) cuando al deudor se le había condonado provisionalmente determinadas deudas, tal exoneración era revocable si en el plazo de cinco años el deudor mejoraba sustancialmente su situación económica (art. 178 bis.7 LC). La LSOp modifica el texto del artículo 178 bis.7 LC y sigue permitiendo la revocación en dicho plazo, pero concreta las causas de tal mejora: “por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pueda pagar todas las deudas pendientes si detrimento de sus obligaciones de alimentos”.* Que la mejora de la situación del deudor fuera causa de revocación constituía un auténtico despropósito que desnaturalizaba la presunta “exoneración”, ya que lo que se pretende es recuperar al deudor y no tiene sentido que si el deudor remontaba, le fuera exigible, de nuevo, el pasivo exonerado. El legislador ha rectificado y evita los efectos adversos de un planteamiento legal que sólo podía calificarse de ridículo”.

## **2. Cauces procesales**

La demanda de revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho se tramitará en pieza separada vinculada al concurso y por los trámites del juicio verbal.

Para el caso de que sean varias las demandas estas se acumularán de acuerdo a las reglas generales de la LEC, habida cuenta que el RDL 1/2015 guarda silencio sobre este aspecto.

## **3. Efectos de la revocación**

Establece el art. 178 bis LC que *“en caso de que el Juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso”*, así pues el procedimiento concursal concluido no se reabre automáticamente, sólo se revoca la exoneración y, por lo tanto, se vuelve a aplicar el principio de responsabilidad universal que establece el art. 178.2 LC<sup>590</sup>.

### **A) La reapertura del concurso**

La revocación del beneficio, como se ha dicho anteriormente, no determina la reapertura del concurso automáticamente, que sólo se reabrirá a instancia del deudor o los acreedores.

En caso de encontrarnos en fase de liquidación la reapertura del concurso se producirá manteniendo esta, puesto que ya había sido acordada en el concurso anterior.

---

<sup>590</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. La Conclusión del concurso. En *La reforma Concursal*, Beltrán, García Cruices, Prendes, dirs. Cividas, Cizur Menor, 2011, pp. 643-719

La reapertura del concurso llevará aparejada, por un lado, la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor, por otro el deudor volverá a tener derecho a recibir alimentos con cargo a la masa del concurso, concurriendo las circunstancias del 145.2 LC y por último se produciría el vencimiento anticipado de los crédito concursales aplazados y la conversión en efectivo de los que consistan en otras prestaciones, según establece el art. 146 LC<sup>591</sup>.

## **B) La renuncia voluntaria al beneficio de exoneración**

Puesto que se trata de un beneficio éste es renunciable en cualquier momento y sin razón alguna, y ésta renuncia no supone la reapertura automática del concurso.

## **XI. LA EXONERACIÓN DEFINITIVA.**

La exoneración definitiva viene regulada en el art. 178 bis apartado 8 LC, este artículo viene a establecer diversas situaciones que, de observarse, permitirán al deudor pedir el reconocimiento definitivo de la exoneración.

En virtud de éste precepto podrá el deudor instar tal reconocimiento, por una parte, si conseguida la exoneración provisional y transcurrido el plazo de 5 años no se hubiera revocado el beneficio por parte de ningún acreedor, y por otra aun incumpléndose en parte el plan de pagos que el deudor hubo de presentar, si acreditaré haber aplicado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos que no tuviesen la consideración de inembargables<sup>592</sup> o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el art. 3.1 letras a) y b), del RDL 6/2012, de 9 de marzo durante el mencionado plazo de 5 años.

---

<sup>591</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. La Conclusión del concurso, op. Cit., pp. 643-719

<sup>592</sup> De conformidad con el art. 178 bis apartado 8 “*se entiende por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa*”.

## **1. Legitimación pasiva**

La legitimación pasiva obviamente la ostentará el deudor concursado, no puede el juez de oficio acordar la exoneración definitiva, sino que esta decisión va a corresponder al deudor, el cual deberá solicitarlo una vez transcurrido el plazo de 5 años desde que recayera resolución otorgando el beneficio de la exoneración provisional.

## **2. Cauces procesales**

La solicitud del deudor de exoneración definitiva se tramitará en pieza separada vinculada al concurso, resolviendo el Juez sobre la misma por medio de Auto, contra el que no cabe recurso alguno (art. 178 bis apartado 8 *in fine*).

Cabe indicar que dicho Auto se publicará en el RPC.

## **3. Efectos de la revocación**

El efecto fundamental que se le atribuye al Auto es el reconocimiento del carácter definitivo de la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso, es decir, a cualquier pasivo ya sean créditos contra la masa, deuda pública o créditos concursales por alimentos, pues no parece la normativa establecer limitación alguna.

Deberemos tener en cuenta que dicho Auto deberá contener un listado lo más exhaustivo posible de los pasivos concursales no satisfechos indicándose que sobre los mismos recaerán los efectos de la exoneración<sup>593</sup>.

---

<sup>593</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. La Conclusión del concurso op. cit pp. 643-719

#### **4. Exoneración definitiva cuando el deudor incumpla el plan de pagos: especialidades**

Como ya hemos referenciado, como regla general, la exoneración definitiva viene condicionada a la satisfacción del pasivo no exonerado, satisfacción que se dará bien por haberlos satisfecho dentro del concurso, bien por haberse cumplido el plan de pagos.

Sin embargo aun no habiendo podido satisfacer el plan de pagos en su totalidad el art. 178 bis apartado 8 LC faculta al deudor solicitar la exoneración definitiva, así pues, el Juez, siempre dando previa audiencia a los acreedores, puede declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor, Hay una condición para que el juez tome esta decisión, que el deudor que no cumplió el plan de pagos hubiera destinado a este pago por lo menos la mitad de los ingresos percibidos dentro del plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio, siempre que no tuvieses estos ingresos la consideración de inembargables.

En lo que respecta a la determinación de los bienes inembargables, a los efectos del art. 178 bis 8 LC, deberemos atender al art. 1 del RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa<sup>594</sup>.

---

<sup>594</sup> Art. 1 RDL 8/2011, "*Inembargabilidad de ingresos mínimos familiares*."

En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado.

Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma ley.

Deberemos tener en cuenta que corresponderá al deudor la acreditación de los ingresos que durante ese periodo de 5 años ha recibido así como que los mismos se han destinado al cumplimiento del plan de pagos.

La mayor diferenciación que resulta de este supuesto excepcional de exoneración la encontramos en el establecimiento del trámite de audiencia de los acreedores, sobre el que el legislador poco, o más bien nada, profundiza, pues nada indica en relación al plazo que los acreedores van a disponer para realizar alegaciones, los motivos en que deben fundamentar la oposición a la exoneración definitiva, el tipo de resolución que debe recaer en estos supuestos e incluso su recurribilidad.

## **5. Revocación de la exoneración definitiva**

La exoneración definitiva podrá revocarse, por cualquier acreedor concursal cuando se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados.

Recapitulando, el Capítulo IV de este trabajo analiza el acuerdo extrajudicial de pagos desde la perspectiva de las pequeñas empresas y en función del objetivo principal de la legislación concursal: la viabilidad futura de la empresa. Las herramientas que las normativas presentan para lograr este objetivo tienden a reducir los tiempos, agilizar las fases y simplificar todo el proceso que conduzca a alcanzar un pacto entre las partes, deudor y acreedores, que posibilite la continuidad de las actividades del primero.

Todos los implicados, legislador, juez y partes, son conscientes del alto riesgo que comporta para dichas partes el acuerdo y las posibilidades siempre muy reales que pudieran ser perjudicadas más que por el acuerdo en sí, por las consecuencias del mismo cuando se implementen en la práctica. Por esto, entendemos que el legislador introduzca la figura de la mediación como control y equilibrio de las negociaciones preconcursales, especialmente cuando se trata de pequeñas empresas. Aun cuando se trata de una figura diferente en buena parte de la que aparece en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Los acuerdos extrajudiciales de pagos son, ante todo, una alternativa al concurso que aparecen después de publicada la primera versión de la LC y responden al fracaso del concurso planteado en dicha primera versión sin modificar de la LC. Lo que se planteó el legislador es ofrecer una segunda oportunidad, que de hecho es una novación crediticia, como una alternativa al concurso de acreedores.

El proceso se inició con el RDL 3/2009 con la DA 4ª que se refería a los acuerdos de refinanciación y siguió con la Ley 38/2011 que introduce la homologación de los mismos, terminando, de momento, con el RDL 1/2015 y la ley 25/2015 que a nuestro juicio no han terminado de limpiar la LC de discordancias y algunas, a nuestro juicio y parte de la doctrina, contradicciones.

La problemática que entendemos se produce con las múltiples modificaciones, recordemos los tres decretos aprobados últimamente en un año que afectan en mayor o menor medida a la LC y que son normas provenientes del Ministerio de Economía, cuando lo más lógico sería que lo fueren del Ministerio de Justicia, pero que su misma procedencia implica que no se trata de presiones jurídicas sino sociales, por económicas, y que intentan satisfacer a todas las partes con lo que evidentemente no se llega a una plena satisfacción de ninguna.

Parte de la doctrina en la cual nos incluimos, no ve claro que los mecanismos de segunda oportunidad, especialmente cuando se refieren a las personas físicas, se incluyan dentro de la LC, dado que no es lo mismo una situación de concurso para una persona física que para un empresario. Está claro que el desarrollo de las fases preconcursales no son las mismas, como se explicita en el capítulo que comentamos, por cuanto el expediente extrajudicial es contemplado por un notario y un mediador concursal para ayudar a llegar a un acuerdo con los acreedores. La posición del deudor es muy débil porque si no llega a un acuerdo no tendrá otra opción que llegar a concurso que será de liquidación, en la que entrarán todos sus bienes y sólo entonces podrá ponerse en marcha el mecanismo de la segunda oportunidad. Esto le implica una catástrofe no sólo empresarial, sino también social y aun vital.



Este mecanismo se caracteriza por ser un procedimiento extrajudicial, que corresponde implementar al deudor y al que no todos los deudores pueden acogerse, sino que depende de las circunstancias explicitadas en el capítulo 4º de este trabajo. Tampoco es obligatorio y el deudor, si lo considera, puede ir directamente al concurso, y los resultados no afectan a terceros.

En nuestra opinión no se trata que el legislador no haya entendido cuál es la problemática que se presenta al deudor individual ante una situación de insolvencia. En la misma Exposición de Motivos del RDL 1/2015 presenta un panorama, muy de acorde con la realidad de los tiempos de crisis, en el que achaca muchas de estas situaciones de insolvencia a causas sobrevenidas e imprevistas, no actuaciones culposas del deudor y se plantea el “*fundamento ético*” de la obligación del ordenamiento jurídico de ofrecer salidas a estos deudores.

Aunque también es cierto que en el mismo texto advierte de la obligatoriedad del mismo ordenamiento jurídico de defender los derechos de los acreedores y propone una premisa que considera difícilmente discutible: “... *el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace*”

Una de las soluciones que el RDL introdujo fue la exoneración del restante del pasivo insatisfecho después de liquidar el deudor sus activos para satisfacer las deudas con los acreedores. Era una reclamación social muy antigua e intensa que chocaba con el art. 1911 del CC que deja muy clara la situación: *Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*. La presión para solucionar esta situación que impedía, como se ha dicho, que el deudor tuviera una segunda oportunidad y que, por otra parte, no existía respecto a las situaciones de resolución concursal de las personas jurídicas, no sólo provenían de la sociedad sino que las mismas instituciones de la UE las exigían. Aunque la solución fue con matices, ya que sólo pueden beneficiarse de dicha exoneración aquellos particulares que no hubiesen incurrido en mala fe y responsabilidad culposa en su propia insolvencia.

Por otra parte, el legislador parece que tenga una profunda desconfianza en la pertinencia de la exoneración pues complica a nuestro juicio innecesariamente los mecanismos para alcanzarla, proceso que parte de la doctrina califica, con razón a nuestro juicio, como tortuoso. El RDL 1/2015 en su exposición de motivos lo justifica como “*controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas*” y quizás en esta frase se concentre la desconfianza del legislador, que quiere evitar deudores que aprovechen la condonación de la deuda pendiente para realizar un rentable negocio.

En cuanto a los presupuesto cabe decir que pueden acogerse a la figura jurídica preconcursal cualquier persona, sea física o jurídica con un pasivo que no supere los cinco millones de euros y que se encuentre en situación de insolvencia o prevea que caerá en ella.

Respecto a las personas físicas, el art. 321 LC modificado por el RDL 1/2015, distingue entre personas naturales no empresarios y personas naturales comerciantes. La diferencia entre las dos es que las primeras están contempladas por el art. 2 LC y sólo necesitan acreditar que el deudor es insolvente. Los segundos comprenden las personas que ejerzan una profesión a efectos de la legislación de la seguridad Social y los autónomos.

Las personas jurídicas tienen mayores complejidades lo cual es natural porque son sociedades con mayores estructuras y actividades. Además de la situación de insolvencia actual, no se incluye en este caso la inminente, debe cumplir con lo expuesto en el art. 190 LC, es decir, que no revista especial complejidad, lo cual también es lógico porque nos hallamos ante un procedimiento abreviado. Por otra parte tampoco es necesario que se limite a los cinco millones de euros citados anteriormente pero sí que, para lograr que “*no revista especial complejidad*” o bien tenga menos de cincuenta acreedores, que la estimación en un primer momento del pasivo no supere los cinco millones de euros o que la valoración de los bienes no supere los cinco millones de euros.

Aun cuando en nuestra opinión y dado que es el juez quien debe apreciar la complejidad del caso y decidir si transforma un procedimiento abreviado en ordinario, o no, y por otra parte el registrador mercantil puede

excluir o no al solicitante de iniciar el trámite del acuerdo extrajudicial de pago, obvian los condicionantes.

La ley prevé otras exclusiones que vienen relacionadas en el art. 231 LC, centradas prácticamente todas ellas en la comisión de una variedad de delitos relacionados con los económicos, sociales o laborales cometidos dentro de los diez años anteriores a la declaración de concurso, se refiere, entendemos con la doctrina, que a partir de la sentencia condenatoria firme. Ciertamente que si el deudor ha sido rehabilitado no se darán estos supuestos.

También se verán excluidos aquellas personas que dentro de los cinco años anteriores hubieran alcanzado otro acuerdo extrajudicial de pagos, obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o declaradas en concurso de acreedores, lo cual nos parece razonable.

Respecto a los acreedores, la Ley es muy clara, todos los acreedores excepto los de derecho público, los créditos con garantía real según se tratan en los arts. 238 y 283 bis LC, los primeros en ningún caso y los segundos si se solicitan mediante comunicación al mediador concursal, en el caso de que no realicen comunicación alguna sus créditos no se verán afectados por el acuerdo.

Respecto al procedimiento, que por ser extrajudicial es en buena parte informal, debe seguir con algunas reglas que condicionarán en su momento la admisión a trámite o no y que aparecen en el art. 232 LC. La legitimación activa es del deudor que solicitará el inicio del expediente por medio de un formulario que facilita el Ministerio de Justicia.

La competencia depende de la naturaleza del deudor. Si se trata de una persona física la competencia es del notario, aunque según el tipo de deudor puede tenerla el notario, el registrador mercantil o la Cámara de Comercio.

En cualquier caso, la figura que centra la atención del proceso preconcursal es la del mediador concursal, cuyas características y competencias vienen explicitados en el art. 233 LC. En realidad no se trata, según buena parte de la doctrina con la que coincidimos, de un mediador sino de un profesional especializado en el tema concursal y cuyas funciones

especifica la ley, entre ellas la de elaborar un plan de pagos. Tampoco es concursal, por cuando sus funciones son extrajudiciales y disponen de facultades decisorias que no son, desde luego, propias de una mediación. Algunos autores denominan al administrador concursal preadministrador concursal porque su función es anterior a la administración concursal.

Sus funciones son impulsar el procedimiento y controlarlo, convocar a los acreedores ante el notario o registrador, supervisar el patrimonio del deudor y los posicionamientos de los acreedores, presidir las reuniones y formalizar los acuerdos o desacuerdos, en este último caso instar el concurso. En definitiva, dirigir el proceso extrajudicial.

La LC autoriza que los notarios asuman la función de mediadores, art. 242 bis LC. Sobre este punto diverge la opinión entre la doctrina. FERNÁNDEZ FEIJO entiende que lo pueden hacer con la salvedad de que *“... en estos casos no tiene el deber de instar el concurso consecutivo, tampoco podrá asumir la designa de administrador concursal”* Nosotros opinamos de manera muy diferente de este autor, por cuando entendemos que no existe ninguna norma que impida descalifique al notario de tener los requisitos necesarios para desempeñar el puesto de administrador concursal: ser abogado, que lo es, llevar más de cinco años como profesional en la abogacía, que puede perfectamente compaginar con su labor de abogado y cumplir las demás normas que son necesarias para ser y desempeñarse como administrador concursal. No vemos pues, si cumple con todos los requisitos, que se le prohíba esta posibilidad.

El inicio de las negociaciones extrajudiciales la realiza el mediador (art. 236 LC), quien comunica la actuación a los acreedores, aun cuando el deudor debe estar de acuerdo con la misma de manera expresa. La propuesta incluirá: esperas, de menos de diez años, quitas, cesión de bienes y derecho por parte del deudor como pago a los acreedores, conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, conversión de la deuda en préstamos participativos por un plazo inferior a los diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, o cualquier otro instrumento financiero diferente de la deuda original.

La limitación será, como ya se ha dicho, la necesidad de los bienes y derechos para la continuidad de la empresa o profesión del deudor. Tampoco podrá incluir la propuesta la liquidación global del patrimonio del deudor. Lo cual objetamos en ciertas condiciones. Por ejemplo, en el caso de que dada la consideración de expediente extrajudicial y el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en el caso de que no existan créditos de derecho público, por qué la ley no autoriza, si lo aceptan el cien por cien de los acreedores, realizar todo el activo del deudor y solucionar el conflicto terminando con el procedimiento.

Los efectos del acuerdo implican que ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar la ejecución sobre el patrimonio del deudor. El deudor puede solicitar, por otra parte, la cancelación de las cargas en los registros de propiedad correspondientes. Lo cual viene explicitado en el art. 240 LC, que dice que los efectos de la aprobación son la suspensión definitiva de las ejecuciones y la novación de las obligaciones de los acreedores comunes. Estos efectos no llegan a los avalistas o fiadores del deudor.

En el caso que no se acepte el acuerdo propuesto, el mediador concursal solicitará *“inmediatamente”* del juez la declaración de concurso, que dicho juez deberá acordar de forma inmediata. (Art. 238.3 LC).

El art. 239 LC expone la posibilidad de impugnar el acuerdo por el acreedor, que posee la legitimación activa para impugnar, que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o se hubiera opuesto en los términos que se indican en el art. 237.1 LC. Sin embargo, la impugnación no suspende la ejecución del acuerdo y sólo podrá referirse a la falta de concurrencia de las mayorías exigidas, la superación de los límites establecidos en el art. 236.1 LC y la desproporción de las medidas acordadas. La legitimación pasiva la ostenta el deudor, no el mediador. La aceptación de la impugnación en primera o segunda instancia sí anula el acuerdo y el mediador deberá instar el concurso de manera inmediata.

Por su parte, en lo que respecta al concurso consecutivo, este tipo de concurso ha sido establecido en nuestra legislación por la Ley 14/2013 y se define por la LC consolidada en su art. 242 LC como: aquel que se declare a

solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores cuando estos ven la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, por incumplimiento del plan de pagos acordado o, en último caso, que sea anulado por el juez de lo mercantil aun cuando se haya llegado a un acuerdo. Este último supuesto está regulado por el art. 239 LC.

Para solicitar con curso consecutivo están legitimados el deudor, los acreedores y el mediador concursal. Lo cual es lógico dada la imbricación de las partes y el mediador en el acuerdo extrajudicial. El deudor puede solicitarlo cuando considere que no va a poder cumplir con el acuerdo y tiene los mismos derechos en este aspecto que si se tratase de un concurso voluntario. Respecto a los acreedores también tienen los mismos derechos de lo que tuvieran en un concurso necesario, el deudor puede oponerse a la declaración. En el caso del mediador concursal, como ya se ha visto, no sólo está legitimado sino que también está obligado cuando se den las circunstancias establecidas.

El RDL 1/2015 ha introducido dos supuestos nuevos: la mediación concursal de las Cámaras de Comercio y la de los notarios. La pregunta es si cualquiera de los dos puede instar concurso consecutivo si han sido mediadores concursales. En el caso de las Cámaras de Comercio nos parece que la contestación es afirmativa, en el caso que estén legitimadas. También lo está a nuestro juicio el notario cuando ha actuado como mediador concursal si está legitimado para actuar como administrador concursal.

Respecto al administrador concursal, por lo general el juez debe designar al mediador concursal (242.2.2 LC), pero indica que *salvo causa justa*, que deberá incluirse en el auto en que se declara el concurso consecutivo. Y las causas justas pueden ser de vario tipo, por ejemplo alguna incompatibilidad o prohibición para el desempeño de las que aparecen en los arts. 28 y 37 LC.

Por otra parte entendemos, aunque no aparezca en la LC, que el mediador que no haya sido nombrado administrador concursal si reúne las características que se solicitan para el puesto, pueda recurrir la resolución y oponerse a las causas que se especifiquen en el auto. A este respecto hay que tener en cuenta que está previsto el nombramiento de mediador concursal por

medio de una lista del Ministerio de Justicia que de forma secuencial establecerá el turno a quién corresponda. Pero esto será cuando entre en vigor la reforma de la LC de la Ley 17/2014 y se desarrollen los reglamentos. Pero en el ínterin la decisión es una potestad del juez lo cual no es la mejor solución y menos cuando: *ninguna seguridad aporta al ordenamiento jurídico una designación arbitraria, injustificada en muchas ocasiones, y altamente dañina para el concursado que se ve abocado al pago de unos aranceles injustos y desproporcionados a un administrador que, obedeciendo a motivos espurios, es el primero que cobra y en muchas ocasiones el único, gran polémica se desató en su día, en la que participó activamente el que estas líneas escribe por defender lo injusto de este sistema de nombramientos y quizá el legislador dándose cuenta de la injusticia trate ahora de rectificar haciendo la designación como se hace la de los mediadores concursales.*

*Característica y diferencia del mediador concursal es la pérdida del deber de guardar confidencialidad que tiene el mediador concursal a diferencia de lo que ocurre con la mediación mercantil, pues continuando con las funciones de administrador concursal tiene conocimiento de hechos que ha recibido quizá en base a ese principio de confidencialidad y que ahora puede utilizar contra el deudor. Por lo tanto dejar claro desde aquí que no nos encontramos ante una mediación pues el principio básico de esta, la confidencialidad, queda rota en cuanto se nombra administrador concursal al mismo mediador, así pues esta mediación ni es mediación ni es concursal. Tan importante es este pequeño detalle que la ley advierte al juez que en el auto de declaración de concurso deberá advertir expresamente el alzamiento de ese deber.<sup>595</sup>*

Respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho, en las sociedades de capital el pasivo no satisfecho queda exonerado por ley, pero no ocurría así con las personas físicas que una vez desaparecido el patrimonio si quedaba un pasivo insatisfecho esta deuda gravaba el futuro de la persona. La LC regula de manera excepcional los supuestos en que no se llega a un acuerdo extrajudicial siempre que el deudor haya actuado de buena fe.

---

<sup>595</sup> En Capítulo 4. VIII de este trabajo.

Esta exoneración afecta a las personas naturales no empresarias y a aquellas que actúan como empresarios pero según lo regulado por LC. El deudor puede solicitar la exoneración en cuatro casos: que ya haya intentado llegar a un acuerdo extrajudicial; si no lo ha intentado la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho podrá realizarla en la fase de liquidación; si ha intentado el acuerdo extrajudicial el concurso tendrá la consideración de consecutivo y de liquidación; y deberá definir claramente el por qué de la insuficiencia de masa activa, lo que llevará al juez la declaración del llamado “*archivo expres*”.

Condición imprescindible para que el deudor pueda ser exonerado del pasivo insatisfecho es que no haya sido declarado culpable el concurso consecutivo. Para declarar culpable el concurso debe encontrarse una generación o agravación del estado de insolvencia provocada o culpa grave del deudor o, en su caso, de sus representantes legales dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso (art. 161.1 LC).

Como no quedan muy claros los conceptos dolo y culpa grave respecto a la insolvencia, el legislador ha dado una serie de factores que si se producen y/o concurren varios de ellos, tanto el administrador concursal como el ministerio fiscal pueden entender que se ha producido dolo o culpa grave en dicha insolvencia. Estos factores aparecen en los arts. 164.2 y 165 LC.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, entienden que el dolo es una actuación deliberada y consciente del deudor que provoca la insolvencia. La culpa grave se definiría como la falta de diligencia culposa del deudor o de sus administradores que provoca, asimismo, la insolvencia.

Los impedimentos legales para que el deudor pueda acceder a la exoneración, y a los que ya nos hemos referido anteriormente, se centran en delitos contra el patrimonio, de orden socioeconómico, contra la Hacienda Pública, la seguridad Social y de índole laboral. Ciertamente que estamos ante un asunto de tipo empresarial y patrimonial, luego los delitos que impidan el acceso a la exoneración deben estar relacionados con ello, pero quizás el legislador hubiera debido, a nuestro juicio, considerar otros delitos de



naturaleza grave o muy graves, como asesinato o violación de los que también se derivan responsabilidades patrimoniales.

Si el parámetro en que tuviera que basarse el juez fuera la gravedad de las penas y de las responsabilidades civiles derivadas de los delitos, posiblemente el magistrado pudiera tener mayores espacios para permitir al deudor condenado el acceso a la exoneración.

Tampoco dice nada la Ley sobre si los antecedentes de los deudores condenados en su día, y hubieren sido cancelados o fueran susceptibles de cancelación, es decir que hayan ya satisfecho sus responsabilidades patrimoniales, puedan acceder a la exoneración.



**PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO “SOBRE LOS MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA, LA SEGUNDA OPORTUNIDAD Y LAS MEDIDAS EFICIENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REESTRUCTURACIÓN, INSOLVENCIA Y APROBACIÓN DE LA GESTIÓN Y POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2012/30/UE.”**

La UE propone la directiva mencionada debido a la necesidad de coordinar las legislaciones europeas respecto a las normas de insolvencia que abarcan desde la situación de insolvencia de una empresa, hasta la liquidación de activos y la posibilidad de una segunda oportunidad para los empresarios honestos, pasando por la liquidación de activos por ejemplo.

Y justifica la propuesta por la existencia de un mercado único cada vez más integrado en el que las empresas son, por lo general, multinacionales o actúan en varios países lo cual, en caso de insolvencia, implica a deudores y acreedores de varios países, así como a activos que pueden situarse en distintas áreas europeas.

Por lo tanto el mercado de capitales de la UE necesita no sólo una mayor amortización entre las legislaciones de los países miembros, sino que también precisa de una mayor seguridad jurídica para aquellas empresas que se dedican a cualquier actividad comercial.

La misma Directiva afirma que la mitad de todos los negocios que se abren en la Unión Europea sólo sobreviven 5 años y las insolvencias se cifran en unas 200.000 al año, lo que se traduce en unas pérdidas de 1.700.000 empleos en el mismo periodo. Y la cuarta parte de estas cifras corresponden a insolvencias transfronterizas.

El problema de las insolvencias transfronterizas es que si bien suelen afectar a grandes empresas, en muchos caso las consecuencias también redundan en pymes que se encuentran acreedoras de las empresas

transnacionales con sede en otro país y que, ante los costes y dificultades de una reclamación a otro país, optan por amortizar el crédito con los perjuicios que les comporta.

Pero no es sólo la posibilidad de recuperar todo o parte considerable del crédito de la fallida, sino también la establece un marco que conceda una segunda oportunidad a la concursada, lo cual es beneficioso para la misma, los acreedores, la economía nacional y la del mercado común europeo.

El problema que se planteaba era que para llegar a un acuerdo con los proveedores, tenían que concordarse muchas legislaciones diferentes lo cual no sólo era difícil sino que en muchos casos sencillamente imposible.

En muchos de ellos se trata de legislaciones diferentes que por desconocidas o extrañas impiden un acuerdo extrajudicial; en otros casos la lentitud de los órganos jurisdiccionales de los países hacen, por lejana, imposible el acuerdo y, en otros casos, la falta de especialización de los jueces impide un arreglo plausible tanto para los acreedores como para la continuidad del negocio del concursado.

La propuesta que plantea la UE tiene como principal objetivo reducir las diferencias, entre países miembros, sobre la base de una reestructuración de las normativas sobre insolvencias que existen en la actualidad. Como objetivos secundarios surge el abaratar los costes, facilitar la viabilidad de las empresas y promover las segundas oportunidades para los empresarios.

Cierto que no todos los aspectos básicos de la insolvencia son contemplado por la propuesta del Parlamento Europeo, por ejemplo la definición de insolvencia que dependen de las normativas de cada país, especialmente aquellas que más se relacionan con el derecho nacional, pero en general la propuesta es lo suficientemente amplia y desarrollada como para establecer unas normas comunes que posibiliten unas relaciones comerciales más seguras y garantistas.

La Directiva se estructura en seis Títulos y una extensa Exposición de Motivos que explica con mucha amplitud lo anteriormente resumido. El Título I establece el ámbito de aplicación y las definiciones de los diversos conceptos que se tratan en la Directiva. El Título II trata de la disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva y establece las normativas para que los estados miembros faciliten los planes de reestructuración preventiva que comportan la suspensión de las acciones de ejecución individuales y los planes de reestructuración.

El Título III está dedicado a la segunda oportunidad para empresarios. Establece que los estados miembros deben garantizar a los empresarios sobreendeudados la posibilidad de quitas y aplazamientos. El artículo 20,2 de este Título III, dice que: “Los Estados miembros garantizarán que, al expirar el período de descarga, los empresarios sobreendeudados sean liberados de sus deudas sin necesidad de volver a solicitarla a una autoridad judicial o administrativa.”

El siguiente, Título IV, se refiere a la reestructuración de la deuda, la insolvencia y la segunda oportunidad. Aparece también en este Título la figura de los mediadores. El Título V se concreta en establecer los procedimientos de la reestructuración, insolvencia y aprobación de la gestión. Dedicando el Título VI a las provisiones finales, revisión y modificaciones.

La Directiva propuesta, a nuestro entender, no tiene muchos problemas para su implantación en España dado que muchos de sus objetivos están ya en nuestra LC.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Definimos los Institutos Preconcursoales como negociaciones entre el deudor, o futuro deudor, y sus acreedores, a fin de posibilitar un acuerdo que evite el concurso. Dicho acuerdo, en ocasiones, no está exento de problemas, ya que su comienzo, más que un acercamiento entre el deudor y sus acreedores, puede suponer el aumento de la desconfianza entre ellos, porque en estas situaciones, las pretensiones del deudor van encaminadas a la obtención de una quita, un aplazamiento en los pagos, o ambas a la vez.

**SEGUNDA.-** La LC (Ley Concursal) pretende condicionar la aplicación de la figura de los Institutos Preconcursoales a que en los dos años anteriores el deudor no haya realizado ninguna acción en perjuicio de su patrimonio y, por tanto, que durante la tramitación del concurso, llegado el caso, ese patrimonio se vea lo menos perjudicado posible.

A nuestro juicio, el legislador ha sido demasiado prolijo en poco tiempo, y no siempre todo lo acertado que sería deseable; desde la L 22/2003, pasando por el RD 3/2009, la L 13/2009, la 14/2013, la 4/2014, el RDL 11/2014 o la Ley 17/2014, las modificaciones introducidas en el texto original han sido muy variadas, añadiendo cada una de dichas leyes un plus de garantía al deudor, a fin de dotarlo de mejoras para seguir con su actividad empresarial, con el objetivo de llegar, como última finalidad, a dar satisfacción a sus acreedores que, a nuestro entender, deberían estar dotados de mayores precauciones.

**TERCERA.-** Los institutos preconcursoales son los instrumentos legales que tratan de admitir la satisfacción de los intereses de los acreedores y, en este sentido, pretenden acelerar y disminuir los procedimientos y reforzar las negociaciones antes del concurso, evitando en lo posible que este se produzca, no porque sea la mejor solución sino simplemente porque es la menos mala. Iniciadas las negociaciones preconcursoales, cabe plantearse la protección de las mismas, pues si el legislador privara de protección en el periodo de negociación al empresario, que se ve en dificultades financieras,

quedaría a expensas de cualquier acreedor disidente que solicitara concurso necesario.

**CUARTA.-** Sólo el deudor está legitimado para dar inicio a las negociaciones; sin embargo no queda muy claro, a nuestro criterio, que puedan solicitar las negociaciones todos los deudores insolventes, ya sea la insolvencia actual o inminente. El deudor, pues, debe elegir en función del tipo de insolvencia. En primer lugar debería negociar una propuesta anticipada de convenio o un acuerdo extrajudicial de pagos. En el caso de cumplir con los requisitos legales para acogerse a la opción de insolvencia inminente, debería acudir a la refinanciación ya que esta posibilidad la tiene aún en el caso de no estar incurso en insolvencia.

**QUINTA.-** De esta manera la comunicación al juzgado del inicio de negociaciones se convierte, para el deudor, en una especie de escudo protector, pues este ve como quedan paralizadas las ejecuciones al tiempo que se le amplía el plazo para solicitar concurso. Pero sus efectos son temporalmente limitados, ya que sólo dispone de tres meses, desde la comunicación, para alcanzar un acuerdo con sus acreedores, plazo, entendemos, más que suficiente, pues se trata de negociar con habilidad, agilidad, rapidez y eficacia, extremos que indican continua y reiteradamente las Exposiciones de Motivos de las leyes que en las últimas décadas han tratado sobre los procedimientos concursales.

**SEXTA.-** La LC, en nuestra opinión, tiene como finalidad última el cobro de los créditos de los acreedores; para lo cual necesita proteger al deudor a fin de que pueda continuar con su actividad productora, si resultara ser rentable, a través de la búsqueda de remedios en los que intervengan los indicados acreedores, posibilidad que pasa por el mantenimiento del patrimonio del deudor. Si bien somos conscientes de que el deudor toma posiciones de ventaja frente a los acreedores, creemos firmemente que estas vienen argumentadas por la aspiración del legislador de mantener la actividad empresarial, lo que facilita que en un futuro dichos acreedores puedan ver resarcidos sus créditos.



**SÉPTIMA.**- Dentro de la tendencia legislativa, a fin de agilizar el proceso concursal nos encontramos en la Ley Concursal con la figura de la PAC (Propuesta anticipada de Convenio) que pretende la búsqueda de soluciones en evitación de un proceso largo y costoso, que la mayoría de las veces no beneficia a ninguna de las partes intervinientes. La doctrina se ha planteado problemas a la hora de determinar la naturaleza jurídica del convenio, y ha discutido si se trata de un acuerdo entre las partes o de una resolución judicial. Las dos posturas más importantes sustentadas por la doctrina son: a) la de que es un contrato entre las partes y b) aquella que entiende es una actuación más dentro del proceso. En nuestra opinión la posición adecuada es que se trata de un contrato, por cuanto estamos ante una figura cuyas actuaciones se vienen desarrollando fuera del ámbito puramente judicial. Entendemos que la naturaleza jurídica de la PAC tiene una doble vertiente, una contractual y otra procesal, en dos momentos claramente diferenciados, la primera durante el tiempo de negociación y la segunda en el momento procesal de su aprobación.

**OCTAVA.**-Podría parecer, en un principio, que la Ley contempla una sobreprotección al deudor, pero no podemos perder de vista que para aprobar la PAC se necesita una determinada mayoría y la aprobación judicial. En nuestra opinión estas características de la PAC posibilita la práctica de actos *contra lege*, ya que la lista de acreedores la elabora el propio deudor y es la que presenta al Juzgado sin necesidad de refrendo alguno que acredite que la documentación que se presenta es la auténtica y real, de la misma manera que el Juez no puede comprobar si se han cumplido o no con los porcentajes de crédito que han servido para su aprobación. Apuntamos de *lege ferenda* que en la Ley podrían establecerse instrumentos de control eficaces para que la situación que acabamos de describir no se pudiera producir nunca.

**NOVENA.**- Compartimos con la doctrina mayoritaria que la PAC es un beneficio para el deudor, sobre todo aplicada a aquellas empresas que cumplen con sus obligaciones contractuales y son viables. De ello se desprende que su utilización no sólo es beneficiosa para el deudor, sino también para los acreedores, siempre y cuando la quita sea razonable, con el valor añadido de que si se llega a un acuerdo a través de la PAC la agilización del procedimiento es notoria así como su resolución. No obstante, en nuestra

opinión, muchas de las prohibiciones que aparecen en el art. 105 LC sobran, pues vienen a complicar las negociaciones con merma de rapidez y agilidad, objetivo este de la PAC, y así lo expresa con meridiana claridad la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, además de perjudicar a la masa activa. Por lo que opinamos, asimismo, que una reducción de prohibiciones daría más agilidad al procedimiento, limitando las mismas a las establecidas en el art. 1255 CC (Código Civil).

**DÉCIMA.-** Para la LC es insolvente el que no puede cumplir con sus obligaciones corrientes exigibles, definición que ha dado lugar a encendidas discusiones doctrinales. Opinamos que la definición de la LC es la más práctica, sencilla y eficaz, pero se hace necesario la distinción entre insolvencia e incumplimiento de obligaciones, figuras no coincidentes y, lo más importante, para el tema aquí tratado, la refinanciación. Es decir, que la medida tienda a la continuidad de la empresa, por cuanto determinadas obligaciones incumplidas, que no afecten a la viabilidad empresarial no se ven favorecidas de la misma forma que las de carácter económico para las que el legislador, a través de la L 38/2011, introdujo en nuestro Derecho concursal los acuerdos de refinanciación.

**DECIMOPRIMERA.-** Según la LC, el legislador propone dos tipos de acuerdos de refinanciación, estableciendo que el primero, contenido en el artículo 71.6 LC , no podrá ser objeto de rescisión cuando responda a un plan de viabilidad que dé continuidad a la vida empresarial, pues es dicho plan el considerado por el legislador como elemento esencial para la continuidad empresarial. El mencionado artículo fue modificado por RDL 4/2014, pero para reducir las causas de rescindibilidad de los acuerdos de refinanciación y aumentar el plazo para alcanzarlos. Entendemos que el legislador ha agilizado la tramitación de los acuerdos de refinanciación dándole una nueva redacción mediante RDL 3/2009, dotándole de una redacción más clara y aumentando la sencillez de tramitación.

**DECIMOSEGUNDA.-** Habida cuenta que la legislación no da una definición meridiana de los acuerdos de refinanciación, la doctrina recurre con frecuencia al artículo 1255 CC para interpretar qué son los acuerdos de

refinanciación, llegando a la conclusión de que se trata de un instrumentos que facilitan la viabilidad y continuidad de la empresa. Nos inclinamos a pensar que no se trata de un pacto de refinanciación si no de tantos pactos como temas, fases y naturaleza jurídica tengan, y que en su conjunto conforman el acuerdo de refinanciación

**DECIMOTERCERA.-** La comunicación que el artículo 5 bis LC obliga al deudor a realizar al juzgado, tiene dos consecuencias de contenido procesal, es decir se suspende la obligación del deudor de solicitar concurso y se paralizan las ejecuciones. La primera es técnica, mientras se negocia no está en insolvencia, la segunda es práctica pues cualquier ejecución frustraría todo acuerdo. La LC diferencia claramente dos tipos de acuerdos de refinanciación, aquellos que se benefician del escudo protector, acuerdos típicos que cumplen con los requisitos legales, entre los que se encuentran el informe de un experto independiente y la elevación a documento público, y los que no se adaptan a la normativa cuya desventaja es palpable, pues están privados de protección.

**DECIMOCUARTA.-** El RDL 11/2014 viene a modificar de nuevo la LC. con el objeto de facilitar en la medida de lo posible la supervivencia de la empresa y lo hace a través de la ampliación del quórum de los acreedores que se amplía con aquellos que hasta el momento no tenían derecho al voto.

La entrada de dinero nuevo o *fresh money* significa un ingreso de liquidez para tratar de garantizar el futuro de la empresa. Este privilegio del dinero nuevo puede crear suspicacias ante acreedores ya que establece privilegios, a estos acreedores, que antes no tenían y ello puede ir en contra de los intereses de los acreedores comunes. En nuestra opinión se trata de un crédito preferente contra la masa ya que su aportación supone beneficio para todos los acreedores, pues si la actividad continua todos se benefician.

**DECIMOQUINTA.-** La L 38/2011 abre una nueva posibilidad para que las empresas se refinancien y, de este modo, puedan salvarse a través de la continuidad de sus actividades. Por otra parte el DL 4/2014 viene a considerar que el cincuenta por ciento de los créditos de nuevo ingreso en tesorería captados dentro del acuerdo de refinanciación, serán considerados créditos contra la masa. En este sentido nos inclinamos porque no sólo deberían

considerarse con ese privilegio el cincuenta por ciento, sino todos los créditos. Y, desde nuestro punto de vista, la legislación tampoco soluciona satisfactoriamente la publicidad de la comunicación que deberá ser inscrita en el Registro Público Concursal.

**DECIMOSEXTA.-** En cuanto a la legitimación contemplada en el artículo 193 LC, existen en la doctrina posiciones enfrentadas, sobre todo en lo que al apartado tercero se refiere. En dicho apartado la ley establece que todas las partes deberán contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención se lo permitiese, y expresar con claridad y precisión la tutela concreta que solicite. La discrepancia doctrinal se situaría en la cuestión de si la simple personación de cualquiera que acredite interés legítimo en la sección de calificación justifica su legitimación. En nuestra opinión el problema no está en la legitimación en sí, sino en la reserva legislativa en admitir que los acreedores puedan tener legitimidad suficiente para el ejercicio de pretensiones de condena, con la consiguiente inhabilitación de aquellas personas a las que afecte la calificación.

**DECIMOSÉPTIMA.-** En cuanto a los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación, se desplegarán por mandato legal y, después de su publicación, a los acreedores de pasivos financieros, incluso a los que no hubieran firmado el acuerdo. No obstante estos conservarán sus derechos frente a terceros fiadores o avalistas, cuando los que sí firmaron condicionan el mantenimiento de sus derechos frente a terceros fiadores o avalistas, según lo acordado en la respectiva relación jurídica. Cabe destacar que los acuerdos de refinanciación sólo afectarán a los acreedores financieros, no así a los titulares de otro tipo de deuda. No es pacífica la opinión doctrinal en cuanto a los efectos de la homologación. Algunos autores no están de acuerdo con la solución dada, en especial la que se refiere a la limitación de los acreedores que se encuentran inmersos en los acuerdos, lo cual no está exento de fundamento. El problema que destaca la doctrina es la influencia de las suspensiones de ejecución respecto del deudor y qué juzgado es el competente para suspender, el juez del concurso o aquel ante quien se lleve la ejecución

**DECIMOCTAVA.-** Otra cuestión que tampoco queda clara es la que el juez puede decidir sobre los bienes que son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. En este caso también la doctrina está dividida entre los que opinan que el juez competente es el del concurso y los que entienden que la suspensión de la ejecución debe comunicarse al juzgado que la tramita por medio de una actuación que acredite cuáles son los bienes necesarios para poder continuar la actividad. En nuestra opinión, por una parte la solución dependerá del caso concreto, dada la amplitud del concepto y su indeterminación y, por otra parte, los bienes afectos resultarán del tipo de actividad que el deudor desarrolle.

**DECIMONOVENA.-** En materia de irrevocabilidad de los acuerdos destaca la necesidad de la misma si se quería dotar a los acuerdos de refinanciación de efectividad, para lo que era necesario blindarlos de algún modo. Los primeros pasos en este sentido aparecen en el RDL 3/2009 que establecen unos porcentajes mínimos para su aprobación, además de un informe de experto independiente y elevación a escritura pública. Se trata de una protección necesaria para el buen fin de dichos acuerdos que sin este blindaje tendrían poca aplicación. La Ley, en este sentido, es muy clara al establecer en el artículo 71 LC que los acuerdos de refinanciación y todo lo que incluyan, no serán rescindibles cualquiera que sea su naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, en los supuestos que el art. 71 indica.

**VIGÉSIMA.-** Respecto a la homologación que establece el RDL 4/2014, justifica su aprobación con los siguientes condicionantes, lo cual compartimos: en primer lugar salvar el mayor número de empresas que puedan entrar en concurso, con el fundamento de que la mayoría de las empresas no soportan el concurso; en segundo lugar, la necesidad de flexibilizar los procedimientos normativos que inciden negativamente en los acuerdos de refinanciación e impiden un acuerdo rápido y eficaz entre las partes, por lo que el RDL comentado establece una dinámica que permite esta eficacia en la negociación, y la suficiente rapidez para evitar una merma y deterioro en los activos del deudor.

**VIGESIMOPRIMERA.-** El último capítulo de este trabajo viene referido al acuerdo extrajudicial de pagos pensado por el legislador para PYMES sin perder de vista el objetivo principal de la legislación concursal, es decir la viabilidad empresarial. En este sentido el legislador utiliza herramientas que tienden a la agilización del procedimiento acortando plazos y simplificando el proceso, y para ello y, en el convencimiento de que existe un alto riesgo para las partes, el legislador introduce la figura del mediador concursal como control y equilibrio en las negociaciones preconcursales, figura que aun siendo diferente, tiene similitudes con la que aparece en la L 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

**VIGESIMOSEGUNDA.-** Consideramos que el legislador podía haber sido mas congruente en relación a las múltiples modificaciones, ya que unas provienen del Ministerio de Economía y otras del Ministerio de Justicia. Su misma procedencia indica que no se trata de modificaciones por presiones jurídicas sino sociales, intentando de esta manera favorecer a todas las partes pero obteniendo el resultado contrario, es decir no satisfacer a ninguna. No vemos claro, coincidiendo con parte de la doctrina, que los mecanismos de segunda oportunidad, especialmente en lo referente a personas físicas, se incluyan en la LC, dado que no es lo mismo una situación de concurso de una persona física que el de una persona jurídica o empresario.

**VIGESIMOTERCERA.-** El funcionamiento de tramitación de los acuerdos extrajudiciales de pago se caracteriza por ser un procedimiento extrajudicial en su totalidad, que corresponde implementar al deudor y al que todos los deudores no pueden acogerse dependiendo de las circunstancias de cada uno de ellos. Tampoco es obligatorio, siendo opción del deudor acogerse al mismo o presentar concurso directamente, no afectando a terceros los resultados. En nuestra opinión, el legislador ha entendido la problemática del deudor individual ante una situación de insolvencia, pues ya en la propia Exposición de Motivos el RDL 1/2015 presenta una situación muy real de lo que ocurre en el caso de insolvencia y se plantea el fundamento fáctico de la obligación del ordenamiento jurídico de ofrecer soluciones a este tipo de deudores.

**VIGESIMOCUARTA.-** Una de las soluciones introducidas en nuestra legislación por el RDL comentado, fue la exoneración del pasivo insatisfecho después de la liquidación de todo su patrimonio para satisfacción de las deudas. Es esta una reclamación muy antigua e intensa que chocaba frontalmente con el artículo 1911 CC que establece que el deudor responde con todo su patrimonio presente y futuro de sus deudas. En este supuesto convergen la demanda social y la exigencia por parte de U.E. La solución que adoptó el legislador lo fue con matices ya que para poder beneficiarse de la exoneración del pasivo insatisfecho el deudor no debía haber incurrido en mala fe ni en responsabilidad culposa de su propia insolvencia.

**VIGESIMOQUINTA.-** Pueden acogerse a la figura jurídica preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos cualquier persona física o jurídica cuyo pasivo no supere los cinco millones de euros y que se encuentre en insolvencia actual o inminente. Con referencia a las personas físicas la legislación distingue entre personas naturales no empresarios y personas naturales comerciantes. Mayor complejidad presentan las personas jurídicas que, además del presupuesto de la insolvencia actual no incluyen la inminente, deben cumplir los requisitos establecidos en el artículo 90 LC es decir, que no revista especial complejidad, exigencia lógica dado que nos encontramos ante un procedimiento abreviado. En nuestra opinión obvian los condicionantes, pues es el juez quien debe apreciar la complejidad y, por otra parte, el Registrador Mercantil puede excluir o no al solicitante de iniciar el trámite del acuerdo extrajudicial de pagos.

**VIGESIMOSEXTA.-** La figura clave y novedosa en el proceso preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos es el mediador. Aunque con parecidos con el mediador civil y mercantil, tiene su propio estatuto y coincidimos con la mayoría de la doctrina en la opinión de que se trata de un profesional especializado en materia concursal y sobre las funciones que la ley especifica. Es el mediador concursal quien tiene encomendada la misión de iniciar las conversaciones con los acreedores, siempre que el deudor esté de acuerdo; la propuesta incluirá esperas de menos de diez años, quitas, cesión de bienes y derechos por parte del deudor, también cabe la conversión de deuda en acciones, participaciones sociales o cualquier otro instrumento de

financiación siempre y cuando sea diferente a la deuda original. Caso de no aceptarse el acuerdo es obligación del mediador concursal solicitar inmediatamente la declaración de concurso ante el juzgado competente y que su titular deberá acordar de forma inmediata.

**VIGESIMOSÉPTIMA.-** La exoneración del pasivo insatisfecho, en cuanto a sociedades de capital se refiere, viene establecido legalmente a través de la disolución y liquidación de la sociedad en cuestión, lo cual no ocurría lo mismo para las personas físicas, las cuales, una vez desaparecido todo su patrimonio y quedando pasivo insatisfecho, arrastraban su deuda hasta su muerte. Esta cuestión, en cuanto a la persona física se refiere, ha cambiado a través de la correspondiente reforma de la LC que viene a regular de manera excepcional aquellos supuestos en los que, no habiendo llegado al acuerdo extrajudicial de pagos el deudor que lo hay sido de buena fe, y cumpliendo con los requisitos establecidos, puede verse exonerado de parte del pasivo no satisfecho.

**VIGESIMOCTAVA.-** La exoneración afecta por igual a personas naturales no empresarios y a aquellas que actúan como empresarios según la regulación establecida en la LC. El deudor puede solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho en los siguientes casos: en primer lugar si ha intentado llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos; en segundo lugar, si no lo ha intentado podrá solicitarlo en la fase de liquidación. Si ha intentado el acuerdo extrajudicial el concurso tendrá la consideración de consecutivo y estará abocado a la liquidación. En este caso se deberá definir claramente el motivo de la insuficiencia de la masa activa, lo cual llevaría al juez a la declaración de lo que se conoce como archivo exprés del concurso. Los impedimentos legales para que el deudor pueda acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho traen causa de aquellos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Pero aunque nos encontremos ante un asunto de tipo empresarial y patrimonial y los delitos que veten el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho deben estar relacionados con los mismos, a nuestro juicio, el legislador debió tener en consideración otros delitos graves, que aun sin relación con los que acabamos de comentar sí pueden tener derivaciones de responsabilidad patrimonial muy importantes.



**VIGESIMONOVENA.-** En definitiva, las cuatro figuras estudiadas en este trabajo: el *artículo 5 bis de la LC*, la *PAC*, los *acuerdos de refinanciación* y los *acuerdos extrajudiciales de pago*, han de ser relacionadas entre sí, de forma homogénea, para poder extraer todas las características que les son comunes.

Así, la primera de ellas, el *art. 5 bis de la LC*, que no es un fin en sí mismo sino más bien un medio -al que la doctrina viene llamando "paraguas protector"- que tiene por función la de evitar que el empresario se vea irremediablemente abocado a un procedimiento concursal mientras está negociando con sus acreedores (ordinarios, si de la *PAC* se trata, y financieros si nos referimos a refinanciación), es común a las otras tres figuras.

Por su parte, mientras la *PAC* es un mecanismo pensado por el legislador para esas empresas de mediano volumen cuyos pasivos no son fundamentalmente financieros, *la refinanciación* está ideada para esas otras empresas de mayor volumen cuyos pasivos sí que están compuestos, en mayor medida, por créditos bancarios. Ello no significa, obviamente, que cualquiera de estas dos figuras no pueda ser utilizada por cualquier empresa, independientemente de cuál sea su volumen.

Por último, la figura de los *acuerdos extrajudiciales de pagos*, es diferente y novedosa, en tanto en cuanto va enfocada a esas pequeñas empresas cuya tramitación se sale de la línea seguida por las anteriores. En estos casos serán el Notario, el Registrador Mercantil o la Cámara de Comercio -entornos ante quienes se desarrolla el proceso hasta su finalización, con o sin acuerdo- quienes notifiquen al Juez el inicio de las conversaciones.



## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV, BUFETE MARROQUÍN, *La nueva Ley concursal. Comentarios y formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio concursal*, ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona 2003, recuperado de <http://www.difusionjuridica.com>.

ALCOVER GARAU, G. “Comentarios al artículo 73 Ley Concursal”, en PULGAR EZQUERRA, J., (coord.), *Práctica del Derecho Concursal*, nº 21900/2009, ed. La Ley, 2009.

ALEMÁN MONTERREAL, A. *La Insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*. Andavira, Santiago de Compostela, 2010.

ALMENAR BELENGUER, M. “El concurso de personas físicas. La liberación del pasivo insatisfecho del deudor persona física y el principio de responsabilidad patrimonial universal: la segunda oportunidad”, *Lefebvre-El Derecho*, EDC 2015/1001982

ALONSO LEDESMA, C. “La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal”, ponencia *VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil, celebrado los días 27 y 30 de septiembre de 2010*, recuperado de <http://eprints.ucm.es>.

.- “Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos”. En J. PULGAR EZQUERRA, *El concurso de acreedores* (pp. 287-363). La Ley, Madrid, 2012.

ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A. y ALCOVER GARAU, G. (Dir.), AAVV, *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, ed. Dykinson, Madrid 2004.

.- “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*, nº 13, Sección Cuestiones prácticas, La Ley, Segundo semestre de 2010.

ALFONSO SÁNCHEZ, R. “El Concurso consecutivo”. En Boldo-Roda (Dir.) y Andreu-Martí (coord.) *La mediación en asuntos mercantiles*. Tirant Lo Blanc. Valencia. 2015.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. “El problema de la modificabilidad de la propuesta de convenio en junta de acreedores”, *Anuario de derecho concursal*, nº. 3, ed. Civitas, 2004, págs. 217-247.

ARRAIZA JIMÉNEZ, P. “La dimensión internacional del concurso de acreedores”, en MARÍN MOLINA, P. B.; Carre Díaz- Gálvez, J. M. del y Lopo López, M.A. (coords.) *El procedimiento en toda su dimensión*, Dykinson, Madrid. 2014.

ASENSI MERAS, A. “Efectos de la negociación de los acuerdos de refinanciación sobre la declaración del concurso”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (dirs.), *La reintegración de la masa: Congreso de Antequera. IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía, 19 a 21 de abril de 2012*, ed. Civitas, Pamplona 2012.

ÁVILA DE LA TORRE, A. “El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial”, en GARCÍA – CRUCES, J. A. (Dir.), AAVV, *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona 2013.

AZNAR GINER, E. “La acción rescisoria concursal”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2007, nº 23, pp. 37 a 106, recuperado de [www.icab.cat](http://www.icab.cat).

.- *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.

.- *La comunicación del art. 5.3 de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2011.

.- *La comunicación del art. 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

.- *La reforma concursal del Real Decreto – Ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

.- *Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2014.

.- *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. “Comentarios al art. 104” en, BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Technos, Madrid 2004.

.- “Comentarios al artículo 105”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Dir), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Tecnos, 2004.

BAUTISTA SAGUES, F. “Aspectos prácticos de las reestructuraciones”, *RMV*, 4, 2009.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N. *Créditos y quiebra*, ed. Cívitas, Madrid 2002.

.- “Comentarios al art. 135”, en ROJO FERNÁNDEZ – RÍO, A y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Civitas, 2004.

BLANQUER UBEROS, R. *Las garantías reales en el concurso*. Dykinson, Madrid. 2006.

BOLDO RODA, C. “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales,” en BOLDO RODA C. (dir.), AAVV. *La Mediación en Asuntos mercantiles*, ed. Tirant lo Blanch Valencia 2015.

CALBACHO LOSADA, F. (2011). *Homologación de los acuerdos de refinanciación. Actualidad Jurídica*.  
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3206/documento/art22.pdf?id=3351>

CARRASCO PERERA, Á. “Comentarios al artículo 140”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, Rodrigo (Coord.), AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Technos, 2004.

.- *Comentario a la Reforma Concursal del Real Decreto Ley 11/2014*. Gómez Acebo y Pombo, Madrid.2014.

.- “Ejecución de garantías reales, impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía en la reforma concursal del Real Decreto Ley 4/2014”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32 Mayo-Agosto 2014.

CERDÁ, F. “La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no participantes”, *ADCo* núm. 33, septiembre-diciembre, 2014.

CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I. *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, Barcelona 2001, recuperado de [www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).

CERVERA MARTÍNEZ, M. “Procedimiento de solicitud de homologación judicial del acuerdo preconcursal de financiación”. *RDCyP* núm. 17, 2012.

.- “El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”. *ADC*, núm.33 septiembre-diciembre, 2014.

CONDE FUENTES, J. *Los sujetos en el proceso concursal*, Tesis Doctoral, Universidad de Almería, 2013.

CORDÓN MORENO, F. “Comentario al artículo 140”, en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.) AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Pamplona 2004.

.- “Comentarios al artículo 109”, en CORDÓN MORENO, F. (dir.) AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Pamplona 2004.

.- Algunas cuestiones procesales problemáticas en concurso de Acreedores. *Rev. Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá, núm III, 2010.

CUENA CASAS, M. “Reformas de la ley concursal e insolvencia de la persona física. La persona física insolvente, de nuevo olvidada”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 11, Sección Estudios y Consultas, 2014, pp. 168-185.

.- “Segunda oportunidad. Novedades de última hora”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 63, 2015.

.- “Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente”, *La Ley, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* (La Ley 2037/2015).

DAMIAN 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)”, *Anuario de derecho concursal*, nº. 21, ed. Civitas, 2010, pp. 163-176.

DE LA CUESTA RUTE, J. M. *El convenio concursal, comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Madrid 2004.

DE LAS HERAS GARCÍA, M<sup>a</sup> D. “La reforma concursal. Los grandes cambios”, en MARTÍN MOLINA, P. P. (Dir.), AAVV, *Una revisión de la Ley Concursal y su Jurisprudencia. Dada por especialistas*, ed. Dykinson, Madrid 2013.

DÍAZ DE LA ROSA, A. “La delimitación entre insolvencia concursal e insolvencia laboral, a la luz de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal”. *Anuario da Facultade de Dereito de Santiago de Compostela*. 2005.

DÍAZ EXCHEGARAY, J.L. *Los acuerdos de Refinanciación*. Thomson Reuters, Cizur Menor. 2014.

DÍAZ REVOIRO, E. “Efectos de la comunicación pre-concursal en las ejecuciones singulares contra el deudor”, en MARTÍN MOLINA, P. B., DEL CARRE DÍAZ – GÁLVEZ, J. M<sup>a</sup>, LOPO LÓPEZ, M<sup>a</sup> A. (Coords.), *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, ed. Dykinson, Madrid 2014.

ENCISO ALONSO – MUÑUER, M. “La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio”, ed. *La Ley*, Monografía nº 6/2007.

.- “El mantenimiento de la propuesta anticipada de convenio de concurso no aprobada: presupuestos, opciones y efectos”, en PULGAR EZQUERRA, J. (coord.), *Práctica del Derecho Concursal*, nº 21900/2009, ed. La Ley, 2009,.

ESCRIBANO GAMIR, R. C. “La reintegración de la masa activa del concurso”, en AA.VV, *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid 2005.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. “Art. 8”, en *Derecho Concursal Público*  
FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (coord.) Iurgium, Madrid. 2004.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de Refinanciación. Propuesta de reforma legislativa*. Dykinson, Madrid. 2010.  
.- *La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos*, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm, 32, 2014, pp. 93 y ss.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. “El convenio”, en FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, Luis y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coords.), AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid 2004.

FERNÁNDEZ, A., THERY, A. y CARLES, J. “La aprobación judicial acelerada de la propuesta anticipada de convenio”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 25, ed. Civitas, 2012.

FERNÁNDEZ RUÍZ, J. L. “La propuesta anticipada de convenio en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 251, 2004.

FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M., “Comentarios al artículo 99”, en SAGRERA TIZÓN José María; SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Bosch, Barcelona, 2004.

.- “Comentarios al artículo 104”, en SAGRERA TIZÓN J. M., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Bosch, Barcelona, 2004.

.- “Comentarios al artículo 110”, en SAGRERA TIZÓN J. M., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Bosch, Barcelona 2004.

FERNÁNDEZ TORRES, I. “Concurso y contratos con el sector público en el marco real decreto 3/2009 y de la nueva ley de contratos con el sector público”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11, Sección Varia, ed. La Ley, Segundo semestre de 2009, recuperado de <http://revistas.laley.es>.

.- “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)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 12, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, ed. La Ley, Primer semestre de 2010, recuperado de <http://revistas.laley.es>.

FLORES DOÑA, M. de la S. “Comentarios al artículo 100”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (coords.), AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004.

.- “Propuestas de convenio concursal con contenido alternativo”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid 2005.

FONT SERVERA, J. M., “La propuesta anticipada de convenio”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 3, ed. La Ley, Sección Varia, Segundo semestre de 2005, recuperado de <http://revistas.laley.es>.

GALLEGO, E., “La mediación concursar” *Anuario de Derecho Concursal*, 31, enero-abril 2014.

GARCÍA-ALAMAN DE LA CALLE, B. “El presupuesto objetivo del concurso y los problemas de su concreción práctica”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M<sup>a</sup> (Coords.), AAVV, *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi, Pamplona 2010.

GARCÍA – CRUCES, J. A. “Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación”, en AAVV, GÓMEZ SEGADÉ, J. A. y GARCÍA VIDAL, Á. (Coords.), *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

.- *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*. Bosch, Barcelona: 2013.

GARCÍA CRUCES, J. A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *La reforma de la Ley Concursal*. Thomson, Pamplona, 2009.

GARCÍA ESCOBAR, G. A., “El tratamiento de los créditos concursales y el principio de la par conditio creditorum”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* ([www.ual.es](http://www.ual.es)), Vol. 5, ed. Grupo de Investigación Derecho Civil y Bienestar Social, 2014.

GARCÍA MARRERO, J. “Los acuerdos de refinanciación”. En PRENDES CABRIL y MUÑOZ PAREDES (dirs.) *Tratado judicial de insolvencia*. Aranzadi, Cizur Menor. 2012.

GARCÍA VICENTE, J.R. Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual. En GARCÍA CRUCES, J.A. *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de la empresa en crisis*. Bosch, Hospitalet de Llobregat. 2013.

GARNACHO CABANILLAS, L. “La pretendida finalidad conservativa del convenio en el Derecho Concursal italiano reformado y en el derecho español vigente”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 10, ed. La Ley, 2009, pp. 409-424, recuperado de <http://revistas.laley.es>.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil II*, Madrid, Aguirre, 1940.

GÓMEZ HERNÁNDEZ, L. *Emprendimiento y concurso de acreedores*. Universidad Pública de Navarra, Salamanca.



GÓMEZ LÓPEZ, E. “La utilidad real de aplicación del art. 5 bis LC”, en AA.VV, MARTIN MOLINA, P. B. (Dir.), *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia. Dada por especialistas*, ed. Dykinson, Madrid 2013.

GÓMEZ SEGADE, J. A., GARCÍA VIDAL, Á., OLIVENIA RUIZ, M. (Coords.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid 2010.

GONZÁLEZ GOZALO, A. “Comentarios al artículo 100”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo (Coord.), AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Technos, Madrid 2004.

GONZÁLEZ PACHÓN, L. “El contenido dilatorio y remisorio en el convenio concursal, Revista de derecho concursal y paraconcursal.” *Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº. 8, 2008.

GONZÁLEZ PASCUAL, J. *El concurso de acreedores, una nueva solución para las empresas insolventes*, ed. Estudios financieros, Madrid 2003.

GONZÁLEZ PEREIRA, F. *Nueva Reforma de la Ley Concursal. Ley 9/2015 de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal*. Cuatrecasas, Madrid. 2015.

GUILLAMÓN MARTÍ -CALERO, C. “La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración del concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 8, Sección Comunicaciones, ed. La Ley, Primer semestre de 2008.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A. “Comentarios al artículo 104”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. de M. y ORELLANA CANO, A. M. Deber de solicitar la declaración del concurso (art. 5), en PRENDES CARRIL, P. (Dir.), *Tratado Práctico Concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

.- “La conservación del convenio concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, , ed. La Ley, Segundo semestre de 2014

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., La segunda oportunidad en el Real Decreto-ley 1/2015. *El Derecho-Mercantil*, 1 de marzo 2015, pág. 11

HERRERA CUEVAS, E. *Manual de la reforma concursal*, ed. Europea de derecho, Madrid 2003.

HERRERO PEREZAGUA J. F. “Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”. En GARCÍA-CRUCES *La reintegración, en el concurso de acreedores*. Thomson, Pamplona 2009.

HURTADO YELO, J.J. "Problemas de legitimación en el incidente concursal". *Revista de Jurisprudencia*. Núm. 2, de 15 de septiembre de 2014.

ILLESCAS RUS, A. V. "Comentarios al artículo 100" en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á. (coord.), *Derecho concursal práctico*, ed. La Ley, Madrid 2004.

JAQUET YESTE, T. "La propuesta anticipada de convenio, monografía" nº 16, ed. *La Ley*, 2012.

JIMÉNEZ SANCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. "Algunas cuestiones en torno a la reforma del Régimen del Convenio Concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009". En Gómez Segade, J.A., García Vidal, A. y Olivencia Ruiz, M. (coord.) *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa. Madrid, 2010.

LACRUZ VERDEJO, J. L. (et al), *Elementos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato, vol 1*, ed. Bosch, Barcelona 1994.

LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004.

.- "Comentarios al artículo 105", en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004.

.- "Comentarios al artículo 110", en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004.

.- "Comentarios al artículo 128", en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004.

.- "El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales (Consideraciones en torno al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 23 de julio de 2008, de inadmisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por Fórum Filatélico S.A.)", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 10, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia*, Primer semestre de 2009, recuperado de <http://revistas.laley.es>.

.- *Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores*, Ponencia presentada en "VIII Seminar Harvard-Complutense", Septiembre de 2010, recuperado de <http://eprints.ucm.es>.

.- “La conservación del convenio concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, Sección Ponencias, Editorial La Ley, Segundo semestre de 2014, recuperado de <http://revistas.laley.es>.

LEÓN F. J. “La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”, *ADC* núm. 33, septiembre-diciembre, 2014.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el nuevo sistema concursal” *Diario La Ley*, nº 8111, 23 junio de 2013.

LÓPEZ CURBELO, J. *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, ed. Bosch, 2000, p. 167.

.- *El proceso Concursal*, ed. Aranzadi. Pamplona 2012

LÓPEZ SÁNCHEZ, J. La Conclusión del concurso. En *La reforma Concursal*, Beltrán, García Cruices, Prendes, dirs. Cividas, Cizur Menor, 2011, pp. 643-719

.- *El proceso concursal*. Thomson Reuters y Aranzadi. Pamplona, 2012.

.- “La tramitación del incidente de calificación del concurso”. En GARCÍA-CRUCES, J. A. *Insolvencia y responsabilidad*. Civitas y Thomson Reuters. Pamplona. 2012.

MACHADO PLAZAS, J. “La distinción entre la dación en pago y la cesión “pro solvendo” contenidas en un convenio concursal (Comentarios a propósito de la sentencia del TS de 28 de junio de 1997)”, *Revista General de Derecho*, nº 648, 1998,

.-*Convenio concursal y fianza*, ed. Tirant lo Blanch, 2001.

MAIRATA LAVIÑA, J. “Confidencialidad de la comunicación de negociaciones en el artículo 5Bis LC”. En *Revista Concursal y Para Concursal*, núm. 22, 2015.

MARCOS GONZÁLEZ, M. “La reforma concursal española ante la crisis económica”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III*, 2010.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., “Comentario al artículo 139”, en SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, ed, Lex Nova, Valladolid 2004.

MARTÍN MOLINA, P (Dir.) *Una revisión de la Ley Concursal y su Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2013.

MARTÍN MOLINA, P. B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. y LOPO LÓPEZ, M. A., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*. Dykinson. Madrid. 2014.

MARTÍN REYES, M<sup>a</sup> de los A., “La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada”, en AA.VV,

*Estudios sobre la Ley concursal : libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid 2005.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. “Comentarios al artículo 99”, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (dirs.), AA.VV, *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, Dir., ed. Dykinson, Madrid 2004.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa”, *Poder Judicial*, Madrid 2004.

.-“La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor “, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, nº 5, 2005.

MARTINEZ MELÓN, M<sup>a</sup> D. *Las Soluciones al concurso por vía de convenio*, ed. Aranzadi, Pamplona 2013.

MARTÍNEZ MULERO, V. “Función y racionalidad de los sistemas de reintegración concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11, Sección Varia, ed. La Ley, Segundo semestre de 2009, recuperado de <http://revistas.laley.es>.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M.: “El «fresh start» y la segunda oportunidad”, Aranzadi, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 902/2015 (BIB 2015\964).

MORILLAS JARILLO, M. J. “La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002”, *Derecho de los negocios*, nº 149, 2003.

MUÑOZ PAREDES, A. *Protocolo Concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

NIETO DELGADO, C. “La refinanciación como alternativa al concurso”. En MARTÍN MOLINA, p. b.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. y LOPO LÓPEZ, M. A., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*. Dykinson. Madrid, 2014.

NOVAL PATO, J. *El informe de la administración concursal (con referencia también a la documentación complementaria)*, ed. La Ley, Madrid 2008.

NÚÑEZ – LAGOS BURGUERA, A. “Restricciones en el mercado español de deuda concursal: el art. 122.1.2º de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 7, 2007.

OLIVENCIA, M. “Los motivos de la reforma de la ley concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 17, ed. La Ley, 2012, pp. 23-30, recuperado de <http://www.cuatrecasas.com>.

ORTIZ HERNÁNDEZ, A., "La mediación en el concurso de acreedores. Reflexiones y estrategias", *Diario La Ley*, nº 8111, 23 de junio de 2013.

PÉREZ BENÍTEZ, J. (2014). “La nueva regulación de los acuerdos de refinanciación”. *Rev. Derecho Mercantil*, núm. 1.

PIÑEL LÓPEZ, E., “Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales” *RDCyP* núm. 11/2009.

PULGAR EZQUERRA, J. “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dirs.), AAVV, *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, ed. Dilex, Madrid 2003.

.- “El contenido remisorio y dilatorio del convenio concursal y las ayudas de Estado”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 1, 2004.

.- “Comentarios al artículo 100”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004.

.- *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid 2005.

.- “Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 5, Sección Estudios, ed. La Ley, Julio 2006, p. 25, recuperado de <http://revistas.laley.es>.

.- “Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de escudos protectores”. *Diario La Ley* núm. 6963 de 9 de junio de 2008.

.- “Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009”, en ALONSO UREBA, Alfonso y PULAR EZQUERRA Juana (Coords.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, ed. La Ley, Madrid.

.- “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”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 11, ed. La Ley, 2009.

.- “Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: Escudos protectores en el marco del RDL 3/2009”, en ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dirs.), AAVV, *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, ed. La Ley, Madrid 2009.

.- “La protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11, ed. La Ley, Segundo semestre de 2009, recuperado de <http://revistas.laley.es>.

- "El artículo 5 bis introducido en la ley concursal por la ley 38/2011 de 10 de octubre de 2011. Comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud de concurso", recuperado de <http://laleydigitalconcursal.laley.es>.

.- "Acuerdos de refinanciación, escudos protectores y garantías reales". *Revista de derecho concursal y paraconcursal* P. 7 ss. Enero. Madrid. 2012.

.- "Fresh Money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 16, 67-83. 2012.

.- "Ponencia sobre Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal". *Diario La Ley*, Nº 8271, Sección Doctrina, 14 Mar. 2014.

.- "Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley concursal española 22/2003", *Diario La Ley*, nº 7731, ed. La Ley, 2011, recuperado de <http://www.sanperhouse.es>.

.- *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid 2015.

.- "Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5.bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 23, Sección Estudios, ed. La Ley, Segundo semestre de 2015, recuperado de <http://revistas.laley.es>.

QUIJANO GONZÁLES, J. "Comentarios al artículo 131", en SÁNCHEZ – CALERO, J., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, ed. Lex Nova, Valladolid 2004.

QUINTANA CARLO, I. *Las Claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

QUINTANA EIRAS, R. "Luces y sombras en la reforma de la propuesta anticipada de convenio concursal", en GÓMEZ SEGADE, J. A., GARCÍA VIDAL, A., OLIVENIA RUIZ, M. (Coords.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid 2010.

REVILLA GONZÁLEZ, J. A. "Conclusión del Convenio", en OLIVENCIA RUÍZ, M., FERNÁNDEZ – NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R., *Tratado de Derecho Mercantil. Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid 2008.

RODRÍGUEZ ACHUTEGI, E. "Convenio anticipado, ordinario y por asunción", en GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. (coord.), AAVV, *Proceso Concursal: Crisis de las empresas promotoras y constructoras*, ed. Lex Nova, Valladolid 2009.

RODRÍGUEZ CONDE, C. *Los acuerdos de refinanciación en la reforma Concursal 2011*. Bosch, Barcelona, 2012.

ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A. “De la propuesta anticipada de convenio”, en ROJO, A., BELTRÁN, E. (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, ed. Thomson Civitas, Madrid 2004, p. 1928.

.-“Comentario al artículo 110”, en ROJO FERNÁNDEZ – RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, ed. Thomson Civitas, Madrid 2004.

.-“El contenido del convenio”, *Revista del Poder Judicial, número especial XVIII*, 2004.

.-*El convenio anticipado*, ed. Civitas, Madrid 2004.

.-“La pérdida del derecho de voto en caso de adquisición de crédito concursal”, *Anuario de derecho concursal*, nº 12, 2007.

.-“La adhesión de los acreedores”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid 2005.

RONCERO SÁNCHEZ, A. “Comentarios al artículo 117”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A.; ALCOVER GARAU, G. (dir.), AA.VV, *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, Dir., ed. Dykinson, Madrid 2004.

RUIZ DE LARA, M. “Ponencia ejecución del auto de homologación de acuerdos de refinanciación previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal”. En MARTÍN MOLINA, P.B., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. Y LOPO LÓPEZ M. A. El procedimiento concursal en toda su dimensión. Dykinson, Madrid, 2014.

SACRISTAN REPRESA, M “Comentario al artículo 105”, en SANCHEZ CALERO, J. GUILLARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.) *Comentarios a la Legislación concursal*, ed. Lex Nova, octubre 2004.

SÁEZ LACAVE, M<sup>a</sup> I. “Las bases económicas del derecho de la junta de socios”, *InDret*, nº 2, 2008.

SALA REIXACHS, A. “Comentarios al artículo 116”, SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Bosch, Barcelona 2004.

SÁNCHEZ – CALERO GUILLARTE, J. “La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº. 11, ed. La Ley, 2009.

.- “Los cambios que afectan a la propuesta anticipada de convenio”, Intervención en la Jornada “*La reforma de la Ley Concursal: Real Decreto-Ley 3/2009*”, celebrada el 13 de mayo de 2009, organizada por el Departamento de

Derecho Mercantil de la Universidad Complutense, recuperado de <http://eprints.ucm.es>.

.- “Refinanciación y reintegración concursal”, *Anuario de derecho concursal*, nº 20, ed. Civitas, 2010, recuperado de <http://eprints.ucm.es>.

.- “Refinanciaciones de deuda y responsabilidad de la banca”, Intervención en la Mesa Redonda, celebrada el 20 de mayo de 2010 dentro de la *Jornada Refinanciaciones de Deuda y Concurso de Acreedores: Balance y Perspectivas de Regulación*, recuperado de <http://eprints.ucm.es>.

SÁNCHEZ RUIZ, M. *Derecho Concursal. Concurso de acreedores*. Universidad de Murcia, Murcia. 2014.

SÁNCHEZ-CALERO, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos “, *Anuario de Derecho Concursal*, mayo agosto 2014.

SANJUAN y MUÑOZ, E. “Acuerdos selectivos extrajudiciales de pago (ASEP)”, *Diario La Ley*, nº 8196.

SARAZÁ JIMENA, R. “El convenio del concurso, una visión judicial”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, nº 2, 2005.

SASTRE PAPIOL, S. *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, ed. Bosch, Barcelona 1990.

SENES, C. “La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efectos de la comunicación de negociaciones con acreedores”. *ADCo*, núm. 33, septiembre-diciembre.

SENÉS MOTILLA, C. “La tramitación del procedimiento concursal”, *Poder Judicial*, nº 18, 2004.

SENÉS SEMPERE, C. “La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 33, ed. Civitas, 2014.

VALENZUELA CANO, I. (2009) “La comunicación previa a la declaración de concurso y la propuesta anticipada de convenio”. *Rev. La Gaceta Jurídica de la empresa andaluza*, núm. 20.

VALPUESTA GASTAMINZA, E. “Comentarios al artículo 104”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Pamplona 2004.

VARA DE PAZ, N. “Comentarios al artículo 137 LC”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004.



VARA DE PAZ, N. "Comentario al artículo 139", en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, ed. Dykinson, Madrid 2004.

VELASCO SAN PEDRO, L. A. "Comentarios al artículo 103", en SÁNCHEZ – CALERO, J., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, ed. Lex Nova, Valladolid 2004.

VELASCO SAN PEDRO, L. A. "Comentario al artículo 99", en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la legislación concursal*, ed. Lex Nova, 2004.

VELASCO SAN PEDRO, L. A. "Comentario al artículo 100", SÁNCHEZ – CALERO, J., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, ed. Lex Nova, Valladolid 2004, p. 2163, nota 24.

VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho mercantil*, ed. Bosch, Barcelona 1990.

VIGUER SOLER, P. L. "La masa activa: determinación y acciones de reintegración" en GARNICA MARTÍN Juan Francisco (dir.), *La nueva Ley Concursal, Cuadernos de derecho judicial, nº 18*, 2003.

VILATA MENADAS, S. *Introducción al derecho concursal*, ed. Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles y Empresariales de España, Madrid 2009.

VILLARUBIAS GUILLAMET, F. "La eficacia del convenio en la nueva Ley Concursal", AAVV, *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid 2005.

VILLORIA RIVERA, I. "El Mito de la par conditio creditorum", *Revista de Derecho concursal y Paraconcursa, nº 9*, Sección Cuestiones prácticas ed. La Ley, 2008.

YAÑEZ EVANGELISTA, J. y NIERO DELGADO, C., "Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos. ADCo, núm. 32, mayo-agosto, 2014.

ZABALETA DÍAZ, M. *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, ed. Civitas, Madrid 2006.

## **JURISPRUDENCIA**

Capítulo 1º.

SJM nº 2 de Barcelona, de 25 de febrero de 2005, ponente: Illmo. Sr. D. José María Ribelles Arellano.

SAP de Palma de Mallorca, de 9 de junio de 2005, ponente: Illmo. Sr. D. Guillermo Roselló Llaneras.

AJM de Madrid nº 1, de 23 de octubre de 2006, ponente: Illma. Sra. Mónica García de Yzaguirre.

SJM nº 9 de Córdoba, de 31 de octubre de 2006, ponente; Illmo. Sr. D. Fernando Caballero García.

SAP de Lugo (Sección 1ª), de 11 de enero de 2007, ponente: Illma. Sra.Mª Josefa Ruiz Tovar.

AAP de Sevilla (Sección 5ª), de 6 de julio 2008, ponente: Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua.

SAP de Madrid (Sección 28ª), de 19 de diciembre de 2008, ponente: Illmo. Sr. D. Enrique García García.

AJM nº 5 de Madrid de 17 abril de 2009, ponente: Illmo. Sr. D. Javier García Marrero.

AJM de Granada nº 14, de 11 mayo 2009.

AJM de Barcelona nº 8, de 11 de mayo de 2009, ponente: Ilmo. Sr. D. José Ma Fernández Seijo, entre otras.

AJM de Bilbao nº 1, de 2 de junio de 2009, ponente: Illmo. Sr. D. Edmundo Rodríguez Achutegui.

AAP de Girona (Sección 1ª), de 2 de diciembre de 2009.

AJM nº 8 de Madrid, de 21 de diciembre de 2009, ponente: Illmo. Sr. D. Javier Yáñez Evangelista.

AAP de Pontevedra (Sección 1ª), de 27 de enero de 2010, ponente: Illma. Sra. María Begoña Rodríguez González.

AAP de Madrid (Sección 28ª), de 5 de febrero de 2010, ponente: Illmo. Sr. D. Enrique García García.

AJM de Granada nº 1, de 17 de marzo de 2014, ponente: Illmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz.

AJM de Jaén nº 4, de 25 de abril de 2014, ponente: Illmo. Sr. D. Luis Shaw Morcillo.

AJM de Granada nº 1 de 16 de junio de 2014, ponente: Illmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz.

## Capítulo 2º

STS de 4 de julio de 1996.

AJM de Oviedo de 1 de diciembre de 2005.

SJM nº 1 de Madrid, de 30 de enero de 2006.

AJM nº 1 de Madrid, de 23 de julio de 2007.

AJM nº.1 de Zaragoza de 9 de noviembre de 2007.

SJM nº 7 de Madrid, de 12 de noviembre de 2007.

SJM nº 5 de Madrid, de 23 de diciembre de 2008, ponente: Illmo. Sr. D. Javier Jesús García Marrero.

SAP Las Palmas, sección 4a, de 11 de marzo de 2009.

AAP Madrid de 12 de marzo de 2010.

SAP de Murcia (Sección 4.ª) nº 139/2012, de 1 de marzo de 2012.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1º) nº 147/2015 de 26 de marzo, Ponente: Excmo Sr. Sebastian Sastre Papiol, (RJ\2015\1168).

## Capítulo 3º

SAP de Barcelona 6 de febrero de 2009 58/2009

AJM núm. 1 de Bilbao de 2 de junio de 2009 núm. 576/2009 (EDJ 2009/110574)

SAP Barcelona de 13 de enero de 2010

AP Baleares de 27 de enero 2010 (JUR 2010, 101507).

SAP Asturias de 15 de julio de 2010

STS 652/2012 de 8 de noviembre de 2012

SAP Las Palmas 389/2013 de 29 de octubre 389/2013.

SAP de Sevilla de 17 de Diciembre de 2013 (JUR 2014, 104241), núm. 624/2013, rec.5929/2013 (EDJ 2013/304285).

Capítulo 4º

AAP de Castellón (Sección 3ª) de 8 de octubre de 2009, ponente: Illmo. Sr. D. José Manuel Marco Cos