

PROCEDIMIENTOS PRECONCURSALES. LAS SOLUCIONES DEL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL

Gabriela Ulas

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| I. Palabras preliminares..... | 1 |
| II. Propuesta Anticipada de Convenio..... | 3 |
| III. Acuerdos de Refinanciación..... | 6 |
| IV. Acuerdo Extrajudicial de Pagos..... | 15 |
| V. Conclusiones..... | 21 |

I. Palabras preliminares.

La actual Ley Concursal española¹ (LC) importó un hito histórico en el derecho falimentario. Llegó para ponerle fin a ese sistema que pretendía reglar situaciones de insolvencia cuando, en realidad, los actores judiciales debían recurrir a un conjunto de normas que se encontraba distribuido en distintos cuerpos legales de fondo y de forma para llegar al destino deseado.

Esta nueva ley dio unidad, eficiencia, celeridad y rejuvenecimiento a los procesos concursales en un marco de una crisis económica creciente y su objetivo fue brindar normas que incidan sobre la actividad empresarial, fortalecer el modelo productivo español sobre la base de su competitividad y

¹ Ley 22/2003 de 2003. Ley Concursal. [España]. Julio 9 de 2003.

contrarrestar el impacto de la crisis sistémica ocurrida sobre la economía española².

La Exposición de Motivos estableció como uno de los primeros objetivos, el darle unidad al sistema mediante un ordenamiento armónico, coherente y que superara la dispersión normativa que –como hemos dicho antes- llegaba a tener todavía vigentes algunos artículos del Código de Fernando VII. Expone, también, que las sucesivas modificaciones legislativas introdujeron privilegios de manera incongruente, alterando el orden de prelación muchas veces de manera injusta.

Sus principios básicos quedaron ordenados en el capítulo II de la Exposición de Motivos: unidad legal, disciplina y sistema. Concretamente, estos principios quedaron plasmados en la supresión de los cuatro procedimientos previstos para la insolvencia (quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores y beneficio de quita y espera) por uno solo³ y en la supresión de la diferenciación entre el concurso de comerciantes y de no comerciantes. Además, explica que esta unidad en el procedimiento impuso el criterio de cesación de pagos como presupuesto objetivo de la situación de insolvencia, garantizando que el deudor pueda adelantar el tiempo de la solución de su crisis y que los acreedores logren cobrar sus créditos, siendo éste último la finalidad principal de la ley. En un único procedimiento ingresa toda crisis financiera la cual, luego del proceso previsto, tiene una doble salida: el convenio o la liquidación. Nos encontramos, entonces, ante un régimen monista en el cual no tiene lugar la dicotomía procesal entre concurso liquidatorio y concurso concordatorio⁴.

Corresponde hacer notar sobre el carácter universal de este proceso sobre el cual reguló el legislador. Pero no obstante su carácter único y universal, la ley prevé otros sistemas de composición de patrimonios, aún por fuera del regular procedimiento concursal, pero que tendrán fuerza obligatoria dentro de él. Aunque todos están dentro del articulado del cuerpo legal, todos poseen

² ETXARANDIO HERRERA, Edorta J., *Manual de Derecho Concursal*, Ed. La Ley, Madrid, 2009. p. 41.

³ CALDERÓN, Carmen y GONZÁLEZ LORENTE, Álvaro, “Consecuencias tributarias de la declaración de concurso de acreedores”. *Anuario de Derecho Concursal*, N°26, mayo – agosto de 2012, p. 220. [En línea]. Consultado el 5 de febrero de 2017. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/101637263/Anuario-Derecho-Concursal>

⁴ *Ibíd.* p. 49.

independencia estructural. Estos medios de composición patrimonial, importan la intención del legislador de brindar soluciones a la crisis financiera evitando el trámite concursal y, de ese modo, esquivar la liquidación y que los acreedores puedan cobrar su deuda.

Pero el trámite concursal no siempre dio las soluciones esperadas.

Ya desde hace varios años que se vienen barajando alternativas que tengan una finalidad preventiva a la cesación de pagos (estados de pre-insolvencia) o incluso aun ya declarado el estado, que la situación pueda ser reconducida a través de mecanismos que se arbitren por fuera del concurso, pero con una venia judicial posterior que le otorgue validez legal.

Así, el Derecho Concursal español habilita tres institutos que marcan este pensamiento preventivo y que fueron ideados bajo la finalidad de atenuar la rigidez del proceso concursal clásico y la de evitar situaciones de liquidación.

En este punto, merece la pena recordar la fragilidad del mercado, que tambalea peligrosamente ante algún hecho aislado ocurrido en alguna parte del mundo (quiebra de Lehman Brothers) o ante acontecimientos que van más allá de hechos económicos y financieros (Covid-19).

Dada la experiencia que nos han aportado las crisis, y otras tantas que nos tocará vivir, los mecanismos preconcursales se nos muestran como una importante solución tanto preventiva como compositiva.

El presente trabajo analizará cada uno de ellos, sin perjuicio de un futuro análisis más intensivo que se harán en el futuro.

II. Propuesta Anticipada de Convenio.

La “propuesta anticipada de convenio” es un instituto legislado desde los inicios de la Ley 22/2003 y es un medio de solución que pretende concluir con el proceso adelantadamente cuando el concurso ya fue iniciado.

La necesidad de contar con una ley que reglara un convenio entre el deudor y sus acreedores de manera extrajudicial y que produjera efectos

dentro del ámbito privado ya había sido planteada en la Exposición de Motivos de la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1979 por parte del Colegio de Abogados de Barcelona⁵.

También, posteriormente, el Anteproyecto de 1983 contenía ciertas finalidades sanatorias que constaba de una declaración de nulidad de los pactos prejudiciales celebrados por el deudor y los acreedores que se hubiesen celebrado una vez emitida la declaración de concurso. Nos obstante, el proyecto no contenía previsión alguna sobre los acuerdos celebrados con anterioridad a la apertura del concurso y que, desde ya, eran válidos pero con sus efectos limitados a los firmantes de los mismos sin efecto irradiador sobre quienes no hubiesen participado.

Mientras tanto, fue la propuesta de reforma de 1995 la que realizó un tratamiento sobre un procedimiento amistoso de composición de crisis sobre la base de la configuración de institutos intermedios entre los procesos judiciales y los extrajudiciales. De allí que se propuso un instituto denominado “expediente de suspensión de pagos” que versaba sobre un procedimiento al cual podían recurrir los deudores que aún no habían incumplido con sus obligaciones, que tramitaba ante un registrador mercantil y el juez, pero que contenía un alto grado de desjuicialización⁶.

Hoy por hoy, la ley actual presenta un instituto que se encuentra habilitado tanto para concursos voluntarios como necesarios y puede tramitarse antes de que haya vencido el plazo para comunicar los créditos⁷. Es un medio que está disponible para todo aquel que se encuentre en esta situación, salvo que hubiese sido condenado con sentencia firme por algún delito patrimonial o tributario, o hubiese omitido el depósito de las cuentas anuales durante los tres últimos ejercicios.

En su redacción original, las prohibiciones eran mucho más amplias y llegaban incluso a exceptuar a aquellos que, durante los tres años anteriores a la presentación en concurso, hubiesen constituido garantías reales, pagado obligaciones no vencidas, o realizado donaciones sobre bienes o derechos,

⁵ PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, Ed. La Ley, Madrid, 2016, p. 222.

⁶ *Ibid.*, p. 224.

⁷ Ley 22/2003, artículo 104.

entre otras. El Real Decreto Ley (RDL) 3/2009, de 27 de marzo⁸, en su afán por morigerar la dureza del régimen, introdujo dos modificaciones relevantes. Del artículo 105, la norma que establece las prohibiciones, se modificó el apartado 1 dejando solo las de contenido delictual y aquella que sobreviene por la falta de depósito de las cuentas anuales. En segundo lugar, se agregó el apartado 3 al artículo 5 mediante el cual se amplió el plazo de dos meses a tres –contados desde que conociere o debiera haber conocido su insolvencia- para que el deudor pueda obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en tanto lo hubiese comunicado al juzgado. Pero lo cierto es que de cumplirse con todos los requisitos, este instituto hace cesar todas las consecuencias de la apertura del concurso.

Así es como lo decidieron los tribunales respecto de una presentación de propuesta anticipada en octubre de 2016. En dicha ocasión el Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, sección 2, había aprobado la propuesta anticipada formulada por el concursado. Asimismo, el tribunal acordó el cese de los efectos de la declaración del concurso sobre las facultades de administración y disposición del deudor, así como de los efectos que tal declaración produce en los contratos, y, además, sobre los acreedores de la concursada. Dos puntos muy interesantes que destacó el citado juzgado, es el haber determinado el cese de la Administración concursal en sus funciones de intervención sobre las facultades de administración y disposición de la entidad concursada y que, además, obligó a la concursada a informar al tribunal acerca del cumplimiento del convenio, con periodicidad semestral, a partir de la fecha de la resolución⁹.

Otra sentencia muy interesante y que marca una flexibilización a la hora resolver un incidente promovido por un acreedor que intentaba que se declarara el incumplimiento del convenio pactado en una propuesta anticipada, es la que emitió el Juzgado de lo Mercantil de Murcia cuando desestimó el pedido y confirmó el cumplimiento del acuerdo. En sus argumentos, la incidentista (y acreedora en el concurso) expresó que lo que

⁸ Real Decreto Ley 3/2009 de 2009. Ley de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Modificatoria de la Ley 22/2003. [España]. Marzo 27 de 2009.

⁹ Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, sección 2, Recurso 284/2015, 06/10/2016. En igual sentido: Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, sección 1, Recurso 1049/2015, 27/07/2016.

se efectuó con la suscripción de dicha escritura fue una refinanciación de los créditos afectados por el convenio pero que estos no estaban abonados. Por la otra parte, la demandada afirmó que el destino de dicho préstamo fue pagar a los acreedores y dar por canceladas las deudas del concurso, pero que de ningún modo implicaban una refinanciaron. Para decidir en consecuencia, el tribunal consideró que con la escritura de préstamo hipotecario mancomunado, con igualdad de rango, prenda de participaciones sociales y afianzamiento, que suscribieron las partes seis meses después de haberse aprobado el convenio, se había realizado una novación y no una refinanciación del pago¹⁰.

Sin embargo, la doctrina opina que la propuesta anticipada de convenio tuvo y sigue teniendo muy poca utilización práctica. Las razones de este fracaso se ubican en las iniciales limitaciones que supusieron las prohibiciones legales para acceder al instituto y por la inserción de la homologación judicial que implica dilación temporal y asunción de erogaciones económicas. La doctrina además señala el factor estigmatizante que este instituto genera en el deudor y la limitación en el contenido que posee¹¹.

Es por ello que la reforma del 2009 regló otros caminos preconcursales.

III. Acuerdos de Refinanciación.

Como ya hemos señalado, toda crisis que antecede a toda futura reforma concursal. Es así como el RDL 3/2009 colocó a la Ley Concursal en el camino de la conservación de la empresa y preservación del crédito, orientándose en la disminución de los costos procesales y temporales del sistema concursal¹². Si bien la redacción original de la LC ya había estado signada por reformas anteriores, fue la modificación del año 2009 la que impuso el cambio en tal sentido.

¹⁰ Juzgado de lo Mercantil de Murcia, sección 1, Recurso 834/2008, 12/07/2016.

¹¹ PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...*, Op. Cit., p. 229.

¹² *Ibíd.*, p. 231.

En el texto que antecede al articulado, se explica que la reforma obedece a la crisis económica que estaba mostrando características sistémicas e impactaba en la economía española. Se establecieron dos objetivos: el de adecuar a la realidad aquellas normas que inciden sobre la actividad empresarial y el de fortalecer la competitividad en aras a superar la crisis existente. Admite, con gran tino, que la ley original de 2003 fue creada en un contexto radicalmente diferente al que se estaba viviendo en 2009. Por ello, todo hacía suponer que en el futuro acontecería una reforma profunda de la Ley Concursal y que llegaría de la mano de la experiencia en la práctica judicial. Otro de los objetivos del decreto fue el de facilitar la refinanciación de la empresa reduciendo las tasas de interés legal del dinero y del de demora y ampliando el ámbito de cobertura de los avales otorgados por el Estado al interés moratorio.

Ya hemos hablado que en la versión original de la Ley 22/2003, la continuación de la empresa devenía como propósito secundario siendo una mera consecuencia de la satisfacción de los acreedores¹³. De hecho, tal como lo hemos dicho al comienzo, la Exposición de Motivos es clara. Ésta plantea al proceso concursal como un sistema de carácter flexible en el cual se abandona el carácter represivo que importaba la insolvencia mercantil y permitiendo que el deudor pueda continuar con el ejercicio de su actividad profesional o empresarial. Pero también es cierto que en dicho texto el juez conserva amplias facultades para cerrar el establecimiento aún a costa de los contratos laborales, incluso estando el deudor en etapa de convenio y aún sin saber si éste efectivamente concluirá en liquidación o no. La contrarreforma de esta ley, originada a través de la Ley 38/2011¹⁴, moderó esta tendencia que ya se había iniciado con el RDL 3/2009.

La nueva ley modificatoria careció de Exposición de Motivos pero tuvo un preámbulo que anticipó la reforma. En él, si bien elogia la modernidad y unidad del proceso creado por la 22/2003, también reconoce que el propósito de conservar la actividad profesional o empresarial del deudor no se venía realizando, dado que la mayoría de los procesos se iniciaban o devenían en liquidación, afectando así la actividad económica empresarial del país y provocando la cesantía de los trabajadores. Además, reconoce que las

¹³ ETXARRANDIO HERRERA, Op. Cit. p. 68.

¹⁴ Ley 38/2011 de 2011. Ley de reforma de la Ley 22/2003. [España]. Octubre 10 de 2011.

dificultades del régimen se sumaban al estigma que aún pesaba sobre el concurso, cosa que ocasionaba que el endeudado evitase a toda costa el proceso concursal como vía de solución. También argumenta que la satisfacción de los acreedores ordinarios no fue incrementada a pesar de las anteriores redacciones de la ley.

Es por esto que, desde la sanción del RDL 3/2009, se integraron al abanico de soluciones preventivas otros medios alternativos previos a la presentación en concurso y que tienen lugar fuera de él. Medidas como éstas tienden usualmente a una múltiple finalidad: superar la insolvencia evitando dispendio jurisdiccional, quitar el estigma que significa estar concursado, sanear el pasivo con antelación y evitar el cierre de la empresa. En este sentido, reconocemos en el DRL 3/2009 y en la Ley 38/2011 como las dos reformas más productivas.

El sistema actual posee varias normas que muestran claramente la intención del legislador por avanzar en la protección de la empresa.

El artículo 56 LC prevé la paralización de las ejecuciones provenientes de los créditos amparados con garantía real y que recaigan sobre bienes del concursado que sean necesarios para la continuación de su actividad empresarial o profesional. En dicha situación, se prohíbe iniciar la ejecución de la garantía o la realización forzosa de la garantía.

Además, el legislador ha propiciado la enajenación a favor de un tercero de la empresa derivada de una liquidación por haber fracasado la etapa de convenio. Es decir, la conservación de la empresa no solo queda sentada durante el convenio concursal sino que también se extiende a la etapa liquidativa¹⁵.

Otras normas que marcan el camino hacia la conservación de la empresa son las que contienen los artículos 40.1 y 40.2 de la LC. El primero de ellos establece la conservación de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio bajo la intervención de la administración concursal, cuando ocurriere un concurso voluntario. Por otra parte, el artículo 40.2 prevé que para el supuesto de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio de dichas facultades, que será ejercido por los administradores concursales.

¹⁵ PULGAR EZQUERRA, *El concurso de acreedores. La declaración*, Ed. La Ley, 2009, p. 161.

Pero la LC también prevé determinados institutos que de manera directa o indirecta, intentan evitar la liquidación y favorecen la conservación de la empresa.

Es el caso de los denominados “Acuerdos de Refinanciación”. Estos acuerdos fueron una de las posibilidades extraconcursales que llegaron a la LC en su objetivo de detener la liquidación de los patrimonios durante plena crisis.

Ya el Decreto 3/2009 atisbó esta posibilidad e incorporó la Disposición Adicional 4ta. por medio de la cual estableció dicho procedimiento. Definitivamente, este es un instituto con basamento en la experiencia de los tribunales que se encontraron con esta problemática a medida que se fueron acopiando los procesos concursales en los juzgados mercantiles. Resultaba una situación típica aquella en la cual el deudor, en la etapa germinal de su insolvencia, intentaba –y conseguía- refinanciar su deuda con alguno de sus acreedores, generalmente con entidades financieras y con la finalidad de aplazar los vencimientos u obtener nuevos créditos que le ayudasen a evitar la cesación de pagos¹⁶. Correlativamente, estos acreedores se veían en la encrucijada mediante la cual si no prestaban, corrían el riesgo de que el deudor no pudiera rehacer sus finanzas y caer en concurso liquidatorio y cobrar poco o nada y, si prestaban, quedaban a merced de los actos rescindibles del artículo 71 LC si el deudor llegaba a concurso.

Es verdad que en el concurso deben conjugarse los derechos de varias partes, con lo cual, toda ley concursal que se precie de serlo, debe contemplar acciones integrativas del patrimonio con el fin de evitar abusos y actos que menoscaben el patrimonio como prenda común de los acreedores.

Esa es la finalidad de los Acuerdos de Refinanciación regulados en los artículos 71 a 73 mediante los cuales se pretende regresar el patrimonio a su estado anterior declarando la ineficacia del acto en el intento de no perjudicar a la masa activa. Por eso la doctrina recuerda ciertos casos emblemáticos ocurridos en los juzgados mercantiles en los que el deudor había conseguido

¹⁶ CARRO ARANA, María Mercedes y SOUSA FERNÁNDEZ, Francisco, “*Los acuerdos de refinanciación en empresas con riesgo de insolvencia*”, Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, documento en PDF, s/p. [En línea]. Consultado el 13 de octubre de 2015. Disponible en: http://www.aeca1.org/pub/on_line/comunicaciones_xvcongresoaecca/cd/51b.pdf

acuerdos de refinanciación con un grupo financiero y, llegada la etapa de concurso, la Administración Concursal solicitó que estos se dejaran sin efecto¹⁷.

La reforma del 2009 llegó para superar este escollo y otorgar un manto de seguridad jurídica a estos créditos contraídos con anterioridad al concurso. Mediante aquella disposición adicional, se intentó moderar la rigidez de estas normas que no contribuían a paliar la crisis financiera empresarial.

La novedad que trajo la modificación fue que algunos actos quedarían fuera de la rescisión prevista por el artículo 71.1 LC, siempre y cuando reuniesen determinadas condiciones.

La primera de ellas exigía que el acuerdo fuese suscrito por acto público y consentido por acreedores cuyos créditos representaren de mínimo las tres quintas partes del pasivo al tiempo del acuerdo. Además de ello, debía realizarse un informe por un experto independiente designado por el registrador mercantil y que debía versar sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, el carácter razonable y realizable del plan y la proporcionalidad de las garantías.

La reforma fue criticada por insuficiente¹⁸. La opinión de la doctrina fue muy tenida en cuenta. Tanto es así, que hasta hoy la Disposición Adicional 4ta. lleva seis modificaciones, sumadas a las del artículo 71, 71 bis y 5 bis, que son las que regulan la materia.

Por la entidad que poseen dichas reformas en materia de Acuerdos de refinanciación, se ve claramente que el objetivo principal del concurso viró drásticamente.

De ser una ley concursal que amparaba el crédito de los acreedores, pasó a ser una legislación que tuvo como finalidad principal la recuperación financiera de las empresas. Las características principales de este instituto - luego de las sucesivas modificaciones- son la habilitación para homologar dichos acuerdos y hacerlos extensivos a los acreedores disidentes o no participantes, la posibilidad de constituir ciertas garantías sobre estos créditos sin que pese sobre ellas la eventualidad de ser rescindidas y la

¹⁷ CARRO ARANA Y SOUZA FERNÁNDEZ, Op. Cit.

¹⁸ *Ibíd.*

facultad que se les da a algunos acreedores de adherirse voluntariamente al acuerdo.

Otro detalle novedoso que puede señalarse de esta regulación preconcursal, es que su utilización no depende del estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo. En síntesis, nos encontramos frente a un instituto que faculta el inicio de negociaciones de una persona que incluso se encuentre en estado preferencial¹⁹.

Dicho esto, la doctrina detalla tres posibles medios de arribar a acuerdos que suponen herramientas para renegociar las deudas.

La primera opción se encuentra marcada por el ámbito de la autonomía de la voluntad propia del Derecho Civil y reglada en España a través del artículo 1255 CC. Estos son acuerdos que no necesitan adaptarse a los tipos previstos por el artículo 71 bis ni la Disposición Adicional 4ta. En síntesis, serán aquellos que no posean los requisitos de mayorías mínimas, certificado de auditor de cuentas ni se encuentren plasmados en instrumento público. Estos acuerdos gozan de licitud en virtud de la norma civil nombrada, no podrán acogerse al beneficio del artículo 71 bis LC y quedarán a merced de las acciones de reintegración del patrimonio previstas en el artículo 71 LC.

Ahora bien, respecto de las otras dos modalidades de acuerdos de refinanciación tenemos lo normado por el artículo 71 bis LC y la Disposición Adicional 4ta. que establecen acuerdos de refinanciación que se denominan “típicos” pero que operan ambos de manera diferente²⁰.

La diferencia entre ambos se encuentra básicamente marcada por el grado de judicialización y por la homologación del acuerdo.

Tal como hemos señalado, la gestación del artículo 71 bis LC tuvo como objetivo de brindar protección a los acuerdos preconcursales celebrados con los acreedores del efecto rescisorio del artículo 71, pero, además, traen correlativamente un nivel de desjudicialización máximo dado que no requieren de homologación judicial. Lógicamente la norma en cuestión señala varias exigencias que ameritan ser cumplidas para evadir la rescisión

¹⁹ PAVÓN NEIRA, Carlos, *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013, p. 72.

²⁰ PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...*, Op. Cit., p. 278.

concurzal, pero ofrece un abanico de posibilidades para que deudor y acreedores puedan celebrar convenios aun cuando estos no sean acuerdos plurales sino, incluso, singulares. Por ello, se reguló el apartado 1 que introduce requisitos tales como una mayoría mínima de las tres quintas partes del pasivo, un plan de viabilidad, entre otros. Y, por otra parte, el apartado 2 brinda una suerte de “puerto seguro” a aquellos acuerdos que no cuadren en el apartado anterior. Esta última norma es más restrictiva dado que requiere que del acuerdo surja una clara mejora en la situación patrimonial del deudor y no implique un menoscabo en los derechos de los acreedores intervinientes, pero, correlativamente, es menos estricta en cuanto a los sujetos intervinientes²¹.

Mientras tanto, la tercera opción la otorga la Disposición Adicional 4ta. que llega a reglar los convenios de refinanciación mediante un nivel intermedio de judicialización. Aunque requieren de la homologación judicial, la doctrina descarta que esto los coloque en una juridificación plena, sino que ostentan una nueva clase de tutela judicial ligada a lo establecido por dicha norma²².

La característica primera que poseen es que ellos son acuerdos plurilaterales y, aunque la norma en cuestión posee determinadas exigencias que se encuentran previstas en el punto 1 y en el artículo 71 bis apartado 1, letra a), números 2º y 3º, la diferencia notable radica en la homologación del mismo.

Pero también poseen otra diferencia importante. Si bien ambas normas prevén que el deudor obtenga determinadas mayorías, lo cierto es que ellas poseen características distintas. Es decir, mientras que los acuerdos no homologados requieren de la obtención de mayorías por parte de toda clase de acreedores, los acuerdos de la Disposición Adicional 4ta. exigen la suscripción de una mayoría del 51% pero que solo quede integrada por los pasivos financieros. Es decir, podría decirse que los acuerdos homologados, que requieren la mayoría cualificada de los acreedores financieros, podrían calificarse como “acuerdos particulares”, mientras que los no homologados,

²¹ *Ibíd.*, p. 279.

²² *Ibíd.*, p. 278.

que requieren mayorías en las cuales quedan integrados toda clase de acreedores, se califican como “acuerdos generales”.

La homologación judicial de dichos acuerdos lleva consigo varios efectos. Primeramente, y tal como se encuentra previsto por el artículo 71 bis, estos acuerdos también poseen la mencionada exención rescisoria, es decir, quedarán fuera de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Pero además, la homologación del acuerdo implica un *cramdown power*, es decir, una irradiación de los efectos del acuerdo al resto de los acreedores.

Aunque este instituto limita la extensión de los efectos a los acreedores titulares de pasivos financieros –dado que ellos son quienes participarán de la votación- lo cierto es que este efecto expansivo implica un avance prometedor en las posibilidades de solución preconcursal.

Es lo que dispuso el Juzgado de lo Mercantil de Valencia cuando a instancias de la parte concursada se solicitó que los efectos del Acuerdo de refinanciación que había sido oportunamente homologado²³. El tribunal justificó su respuesta basándose en el hecho de que, si bien se les está vedado a los jueces volver a revisar autos que ya han sido firmados, sí se encuentran autorizados a aclarar conceptos oscuros, sea tanto de oficio como a petición de parte. Para decidir sobre la extensión del acuerdo a los acreedores que no participaron, el juzgado tuvo en cuenta que dicha extensión quedó estipulada en el propio convenio de refinanciación en las cláusulas 4.1 a 4.4 y que, además, expresa que en dicho documento se convino la conversión parcial en préstamo participativo de la deuda pendiente de pago bajo el contrato de préstamo hasta alcanzar el importe del préstamo participativo²⁴.

Respecto del tema sobre el que versa el presente hay que aclarar que los acuerdos de refinanciación se encuentran vedados para los créditos de Derecho Público.

La Disposición Final 4ta. aclara, en el tercer párrafo, que quedan excluidos los acreedores por créditos laborales, los acreedores comerciales y aquellos de pasivos de Derecho Público. Fue contundente la intención del

²³ Juzgado de lo Mercantil de Valencia, Sección 3, Recurso 659/2016, 15/09/2016.

²⁴ Juzgado de lo Mercantil de Valencia, Sección 3, Recurso 659/2016, 28/09/2016. En igual sentido: Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, Sección 2, Recurso 463/2016, 02/09/2016.

legislador de otorgarle especial protección a aquellos pasivos, quitándolos del efecto que pudieren sufrir por el acuerdo. En síntesis, si bien el acuerdo de refinanciación posee el objetivo de sanear los pasivos mediante un mecanismo de propuestas, votación de dichas propuestas y extensión del acuerdo aprobado a los acreedores no participantes o disidentes, no todos los créditos serán alcanzados por dicho acuerdo de igual manera.

La doctrina explica que se contradice con la simpleza en los requisitos que se otorga a las agencias tributarias y de la Seguridad Social para que estas puedan realizar transacciones de sus créditos dentro del proceso concursal, de las que solo se requiere la autorización del órgano competente de la AEAT cuando se trate de créditos que versen sobre su facultad recaudatoria y del Ministerio de Hacienda cuando impliquen otra clase de créditos, y sobre lo cual posee facultad de delegación de la competencia.

Pero, además, la doctrina indica que, a pesar de no quedar sujetos a este instituto, los créditos de Derecho Público podrían tener incidencia sobre el cómputo de las mayorías legalmente exigidas en los acuerdos no homologados y ello a pesar de que el crédito público resulte inalterado por dichos acuerdos. La doctrina destaca la importancia de esta situación en la medida de que el monto del pasivo derivado de los créditos públicos suelen representar un gran porcentaje del pasivo debido, con lo cual, el voto de esta clase de acreedores podría tener alta importancia al momento de la contabilización de los votos²⁵.

No obstante, corresponde aclarar que en los acuerdos de refinanciación homologados la situación es distinta. En ellos solo podrán contabilizarse los pasivos correspondientes a los créditos financieros y se excluye de manera expresa, en la Disposición Adicional 4^a. 1, a los créditos de Derecho Público de entre ellos.

²⁵ PULGAR EZQUERRA, *Preconcuralidad...*, Op. Cit., p. 308.

IV. Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

Otra de las alternativas al concurso es el “Acuerdo Extrajudicial de Pagos” reglado a partir del artículo 231.

Tanto los Acuerdos de refinanciación como los Acuerdos extrajudiciales de pagos son institutos concursales que responden al objetivo de reestructuración de las deudas que se inició con la reforma concursal de 2009²⁶. El objetivo primario que se buscó fue la de evitar el riesgo de la liquidación de grandes empresas las que, entradas en concurso, ostentaban la dramática cifra que demostraba que el 98% de ellas culminaba en liquidación. Ello sumado a la necesidad de evitar el continuo aumento de la tasa de desempleo en España, situación ayudada precisamente por la liquidación de las empresas grandes, se inició el camino para la promoción de los acuerdos de refinanciación como medio de protección de la empresa que se vio, aún más, con la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011²⁷.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre,²⁸ fue otra de las modificaciones de la Ley Concursal que llegó con motivo de la necesidad de emprender reformas favorables al crecimiento y a la reactivación económica, teniendo en cuenta la gravedad financiera que la crisis estaba provocando en los jóvenes empresarios. La idea rectora de esta nueva ley modificatoria, fue provocar el modelo del *entrepreneurship* entre los jóvenes y que, mediante la autogeneración de empleo como una nueva cultura generalizada, el índice de desempleo se acomodase a niveles razonables. Con ese objetivo se sancionó esta ley. En su Preámbulo, se puso énfasis en que el entorno normativo e institucional resulta de esencial importancia para impulsar ganancias de productividad en las empresas y que, además, por la necesidad de que las políticas de apoyo al emprendimiento sean mejoradas en cuanto a la asistencia, información, y formación de comerciantes y, correlativamente, sea incentivado el fomento de la cultura emprendedora²⁹.

²⁶ *Ibíd.*, p. 762.

²⁷ *Ibíd.*, p. 755.

²⁸ Ley 14/2013 de 2013. Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Modificatoria de la Ley 22/2003. [España]. Septiembre 27 de 2013.

²⁹ Ley 14/2013 de 2013. Preámbulo.

En síntesis, mientras los acuerdos de refinanciación y reestructuración de deuda implícitamente fueron destinados a evitar el concurso y posterior liquidación de las grandes empresas, esta reforma colocó su mirada en las PYMES y en las personas naturales.

Por ello la Ley Concursal prevé este instituto que habilita a que cualquier persona natural, comerciante o no, para que pueda iniciar un procedimiento para alcanzar un Acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores.

Este instituto no requiere que la persona se encuentre en estado de insolvencia, tal como lo prevé el artículo 2 de la LC, sino que también puede acceder a este procedimiento aquel “que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones”³⁰. Esto muestra una palmaria intención de ampliar la cantidad de sujetos que puedan hacer uso de este instituto preventivo del concurso. La ley impone una limitación patrimonial: no podrán celebrar acuerdo extrajudicial las personas cuyo pasivo sea superior a los cinco millones de euros o que el activo no sea suficiente para cubrir los gastos del acuerdo. Pero esta no sería la única limitación. Al regular este instituto se coloca, además, una restricción subjetiva y una temporal.

En el primer aspecto, estarán vedados aquellos que hubiesen 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. La cuestión temporal implica la prohibición de iniciar acuerdo extrajudicial antes de que hubieren transcurrido cinco años contados desde el último acuerdo extrajudicial de pagos celebrado con los acreedores, u obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o que hubiesen sido declarados en concurso de acreedores. Al igual que en el “acuerdo de refinanciación”, quedan excluidos los créditos de Derecho Público por más que gocen de garantía real, tal como reza el artículo 231.5 LC.

El acuerdo extrajudicial de pagos, otorga la posibilidad de pactar con los acreedores de qué forma será satisfecha la deuda evitando así entrar al proceso concursal. En su redacción original, el artículo 236 detallaba los pormenores del plan de pagos que debía elaborar el mediador para luego

³⁰ Ley 22/2003, artículo 231, apartado 1º.

poner a disposición de los acreedores. Este podía consistir en una espera no superior a los tres años o en una quita de no menos del 25% del importe de los créditos. El apartado 2º también daba la opción para que el mediador pueda proponer una cesión de bienes a los acreedores como una de las formas de pago.

Pero el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero³¹ modificó el escenario de las propuestas que puede contener el plan de pagos. Con el argumento de mejorar la situación de los españoles que continuaban bajo los efectos nocivos de una larga recesión, en la Exposición de Motivos se asume que los poderes públicos son los que deben actuar proponiendo nuevas soluciones a través del ordenamiento jurídico. En este caso, se pretende dar una segunda oportunidad a quienes se encuentran ante un fracaso económico o empresarial y que, mediante estas nuevas normas, puedan continuar con la actividad o con una nueva iniciativa sin tener que arrastrar indefinidamente la carga de una deuda.

Por ello, el artículo 236 sufrió varias modificaciones en pos de lograr su finalidad. En primer lugar, se sustituye el título anterior “el plan de pagos” por el de “propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos”.

Lo que resulta innovador es la ampliación de los medios permitidos para llegar al acuerdo. A partir del 1 de marzo de 2015 los acuerdos extraconcursoales amplían el plazo de la espera de tres años a diez, a las quitas las colocan sin topes mínimos, y se agrega la conversión de deuda en acciones o participaciones. Otra posibilidad que da la reforma es la de proponer la conversión en préstamos participativos por un plazo no superior a los diez años en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero.

Pero además de lo dicho, la nota más distintiva de este mecanismo preconcursal, es que pretende que la reunión entre acreedores y deudor, durante el mencionado plazo máximo establecido, se concrete a través de la figura de un mediador como rector del procedimiento.

³¹ Real Decreto-ley 1/2015 de 2015. De mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Modificatorio de la Ley 22/2003. [España]. Febrero 27 de 2015.

Si bien quien decidirá finalmente sobre su apertura será el juez, hay que destacar que el hecho de que un tercero imparcial no judicial oficie de intermediario entre las partes y que dicho tercero actúe dentro del marco de una ley concursal, muestra una clara intención por solucionar las crisis evitando el ingreso al proceso concursal propiamente dicho. Es así como el Acuerdo Extrajudicial de Pagos se encuentra inmerso en lo que la doctrina ha denominado “mediación concursal” o “mediación impropia” dado que resulta ser una mediación que presenta notas particulares. En primer lugar, aunque la utilización de este instituto es facultativa, dado que no se trata de un requisito previo obligatorio a la solicitud de apertura en concurso, quienes deseen recurrir al Acuerdo Extrajudicial de Pagos no pueden eludir la mediación, es decir, esta se impone como un elemento sustancial del instituto³². Además, nos encontramos frente a una “mediación impropia” porque, si bien el mediador tiene como función aproximar a las partes para que establezcan negociaciones en relación a su deuda, lo cierto es que presenta especiales diferencias respecto de las funciones y sistema de nombramiento en comparación con lo normado por la Ley de Mediación³³. Por ello la doctrina admite que no nos encontramos frente a una mediación en sentido estricto³⁴.

Otro de los efectos de este instituto es que durante el tiempo que dure el procedimiento, ningún acreedor podrá iniciar acciones individuales o proseguirlas pero con un plazo máximo de tres meses, lo cual garantiza que este tienda a ser un procedimiento rápido. Estos plazos se extienden a los intereses, que quedará suspendido su devengo hasta la finalización de las negociaciones o cumplido el plazo para ellas. Además, está previsto que el inicio del procedimiento sea anotado en los registros respectivos con el fin de impedir la anotación de embargos o secuestros de los bienes del deudor mientras dure el Acuerdo extrajudicial, excepto los que pudieren corresponder con procedimientos respecto de créditos de Derecho Público³⁵.

Un lugar importante dentro de la legislación concursal ocupa lo normado por el artículo 5 bis, dado que llegó para reglar distintas situaciones derivadas

³² PULGAR EZQUERRA, *Preconcuralidad...*, Op. Cit., p. 763.

³³ Ley 5/2012 de 2012. Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. [España]. Julio 6 de 2012.

³⁴ PULGAR EZQUERRA, *Preconcuralidad...*, Op. Cit., p. 764.

³⁵ Ley 22/2003, artículo 235.

de los Acuerdos de Refinanciación, de la Propuesta Anticipada de Convenio y de los Acuerdos extrajudiciales.

La Ley 38/2011 introdujo este artículo estableciendo la facultad de comunicar al juzgado el inicio de negociaciones para lograr acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones para una propuesta anticipada. Agrega que al deudor que así lo hiciera, no se le exigirá el deber de solicitar el concurso voluntario. Lo cierto es que esta incorporación fue insuficiente si tenemos en cuenta las intenciones del legislador de aportar nuevos caminos en la prevención del concurso. De hecho, la Ley 14/2013 agrega a esta norma, y con todos sus efectos, los Acuerdos extrajudiciales de pago, en consonancia con las intenciones vertidas en el preámbulo que precede a esa ley.

La jurisprudencia española fue conteste con la incorporación del Acuerdo Extrajudicial de Pagos al artículo 5 bis y rechazó la solicitud de concurso necesario incoado por un acreedor. Fue lo decidido por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona que admitió la procedencia del concurso voluntario de un deudor que no comunicó el inicio de las negociaciones del Acuerdo extrajudicial de pagos.

El tribunal basó su decisión en el hecho de que hasta en dos ocasiones el deudor intentó iniciar el Acuerdo Extrajudicial de Pagos ante un notario siendo así que, por causas no imputables al deudor, no se produjo la comunicación a la que alude el artículo 5 bis LC. A pesar de ello, el tribunal valoró que el deudor trató de agotar los mecanismos procesales a su alcance aunque existió la imposibilidad de efectuar dicha comunicación por falta de nombramiento y aceptación del mediador concursal. La activación del mecanismo previsto en el artículo 5 bis veda expresamente la posibilidad de presentar concursos necesarios contra el insolvente, y, si bien el deudor no interesó expresamente medidas cautelares, el tribunal consideró que se halla implícita en su actuación procesal la voluntad de satisfacer íntegramente los requisitos legales para alcanzar el Acuerdo Extrajudicial de Pagos con anterioridad al vencimiento del plazo previsto por la norma³⁶.

³⁶ Juzgado de lo Mercantil, Barcelona, sección 1, Recurso 1109/2014, 02/07/2015.

Pocos meses más tarde, el artículo 5 bis sufre otra reforma a través del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo³⁷. Esta modificación marca un antes y un después en la vida de los procesos concursales dado que regula el trámite de las ejecuciones judiciales de los bienes del deudor. Con la clara intención de proteger el patrimonio, el apartado 4 de esta norma prohíbe el inicio de ejecuciones sobre los bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, mientras se encuentren en trámite un Acuerdo de refinanciación, Propuesta anticipada de convenio, Acuerdo extrajudicial o se haya declarado el concurso. Agrega, además, que si dichos bienes tuvieran ejecuciones en trámite, éstas quedarán suspendidas.

Las ejecuciones singulares por pasivos financieros correrán idéntica suerte, bajo la condición de que el deudor haya obtenido un 51% de apoyo en un Acuerdo de Refinanciación. El apartado 4 dedica su tercer párrafo a los créditos con garantía real y explica que, si bien durante este periodo se puede iniciar la ejecución, ella deberá quedar paralizada hasta tanto no hayan transcurrido los plazos establecidos en el primer párrafo del apartado 4, o en su defecto, se solicite el concurso.

De la interpretación que se hace del apartado 5, se deduce que esta protección cede a los cuatro meses de formalizada la comunicación³⁸. Los créditos que permanecen sin sufrir contingencia alguna son aquellos de Derecho Público, que continuarán según los trámites normales que establece la LC. Tal como señala la doctrina, al igual que ocurre en los Acuerdos de Refinanciación, los créditos de Derecho Público se encuentran blindados de los efectos de los Acuerdos extrajudiciales de pago³⁹.

En esto es clara la Disposición Adicional 7^a cuando expresa que el Título X de la Ley Concursal no resultará aplicable a los créditos de Derecho Público para cuya gestión recaudatoria se encuentra establecida en la Ley

³⁷ Real Decreto-Ley 4/2014 de 2014. Por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Modificatoria de la Ley 22/2003. [España]. Marzo 7 de 2014.

³⁸ LUCEÑO OLIVA, José Luis, “El nuevo art. 5 bis de la Ley Concursal”. [En línea]. Consultado el 27 de octubre de 2015. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/el-nuevo-art-5-bis-de-la-ley-concursal>

³⁹ PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...*, Op. Cit., p. 845.

General Tributaria, Ley General Presupuestaria y Ley General de la Seguridad Social.

Sin embargo se tiene dicho que el acuerdo extrajudicial provoca ciertos efectos sobre los créditos de Derecho Público.

Acerca de este punto, se puede advertir que la admisión a trámite del acuerdo extrajudicial de pagos implica que el deudor deba presentar una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento para el caso en el cual no pueda cumplir regularmente con dichas obligaciones. Es así como el artículo 236.2 LC reza que dentro del contenido de la propuesta debe constar la copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de Derecho Público.

Pero lo cierto es que el artículo 231.5 LC, tal como lo hemos señalado, establece que los créditos de Derecho Público no podrán verse afectados en ningún caso por el acuerdo extrajudicial de pagos, aunque estos se encuentren afianzados por garantía real.

La doctrina especializada destaca una serie de efectos⁴⁰.

El primero de ellos versa sobre la imposibilidad de que la administración pública, acreedora de alguna de las obligaciones, pueda participar del acuerdo ni tampoco que su crédito sea computable a los efectos de establecer las mayorías que exige la ley para llegar al Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

En segundo lugar, los organismos que sean titulares de créditos de Derecho Público no serán citados conforme a lo que expresa el artículo 234.1 LC que claramente establece la exclusión de la convocatoria a los acreedores de Derecho Público.

Por último, la doctrina señala que respecto de dichos créditos no se producirán los efectos que prevé el artículo 235 LC. Ello implica que las deudas en cuestión continuarán devengando intereses ni se limitará la ejecución de tales deudas.

V. Conclusiones

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 848.

Aun cuando nos encontremos ante mecanismos susceptibles de tener mejoras, puede verse con claridad hacia donde mira el Derecho Concursal de hoy.

Ya ha quedado atrás la frase “*too big to fail*” que nos ha llegado de Wall Street. Porque no solo la realidad nos ha mostrado que cualquier empresa puede caerse ante un acontecimiento externo, sino que también nos ha señalado la importancia que representa contar con procedimientos simples que eviten el proceso concursal.

Si tenemos presente lo que ocurre en nuestro tiempo, podremos asumir la necesidad de promover estos mecanismos no solo para facilitar la recuperación de las empresas de gran tamaño, que poseen gran cantidad de nóminas y que se entrelazan con otros servicios colaterales. También debemos recordar que las PYMES y micro PYMES representan el mayor porcentaje de la actividad empresarial del mundo de hoy y que requieren de soluciones aptas a su devenir de cada día.