

LAS HERRAMIENTAS PRECONCURSALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Juan Carlos Rodríguez Maseda

INTRODUCCIÓN

El planteamiento en la búsqueda de soluciones autocompositivas parte de una antítesis esencial: la contraposición entre convenios judiciales y convenios extrajudiciales o acuerdos privados. Evidentemente, este planteamiento sistemático, debería aceptar, o, al menos evaluar, la posibilidad de acuerdos privados en el seno del procedimiento judicial, al amparo del principio dispositivo de las partes en todo proceso civil, aunque en procedimientos judiciales colectivos, afectados por el orden público, la capacidad de desistimiento y, en su caso transacción, suele – debe- estar limitada, o al menos, judicialmente intervenida.

Los acuerdos privados encuentran su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, dentro de los límites establecidos por la Ley, y, siempre –dada su naturaleza negocial- con causa lícita. En el marco del Derecho comparado europeo, estamos asistiendo a un proceso claro de tendencia a la desjudicialización, procurando un marco jurídico para los ADRS (alternative dispute resolutions – arbitraje/mediación). Estos acuerdos privados deben responder, conceptualmente, a la definición y resolución del fenómeno de la preinsolvencia¹, con determinación de sus límites cuantitativos –si es posible- y fundamentalmente, temporales: en qué momento, o hasta qué momento, puede el deudor negociar con sus acreedores, sin acudir a la vía judicial en búsqueda del obligatorio proceso colectivo concursal. Aparece aquí la cuestión sobre el deber de solicitar, judicialmente, el concurso de acreedores, como deber legal y sus límites, lo que no concurre en todos los ordenamientos jurídicos.

Este proceso de desjudicialización, pretende aprovechar los indudables beneficios temporales, reputacionales, incluso judiciales (responsabilidades civiles y penales) y de costes, que aportan los convenios privados².

Un primer planteamiento sistemático podría partir de la diferenciación entre acuerdos privados típicos y acuerdos privados atípicos. Estos últimos encuentran su fundamento en la autonomía de la voluntad, inherente al concepto de negocio jurídico, con un fundamento contractual que extiende –y limita- su eficacia a los firmantes del acuerdo. Al amparo de estos acuerdos, atípicos por carecer de regulación legal, es posible la articulación de soluciones refinanciadoras, utilizando todas las soluciones que concede o pueda conceder cada Ordenamiento Jurídico. Evidentemente, estos acuerdos atípicos plantean problemas operativos a los deudores frente a una pluralidad de acreedores. En todo caso, parece evidente que el ámbito subjetivo de este camino negocial, no

¹ Preinsolvencia frente al concepto de insolvencia actual, que debería proponer el punto de inicio del procedimiento judicial. En el Ordenamiento Jurídico español, a pesar de las sucesivas reformas que introducen y potencian las instituciones prejudiciales, nos encontramos con el mantenimiento del concepto de insolvencia inminente en el artículo 2 de la Ley 22/2003, que la define como la previsión futura de no poder cumplir con las obligaciones a su respectivo vencimiento, pero en un marco temporal de corto recorrido. Evidentemente, la insolvencia inminente es el ámbito propio de los acuerdos privados preventivos, sin embargo, como veremos, la refinanciación excede, conceptualmente, del marco de la insolvencia inminente.

² En el marco del Derecho Comparado encontramos la “prevención francesa: conciliación y salvaguarda de empresas. Los “schemes of arrangements del Derecho Inglés. Los acuerdos de reestructuración de deuda del Derecho Argentino. Los escudos protectores del Derecho italiano. Derecho norteamericano: “reorganization”, “workouts”, “prepackaged bankruptcy”

regulado, será protagonizado, intensamente, por los acreedores profesionales (entidades financieras) o los más significativos proveedores estratégicos. Dado su alcance estrictamente negocial, únicamente vincularán a los firmantes del mismo, lo que, en escenarios de crisis colectiva, evidencia su debilidad: (i) posibilidad de impugnación por parte del resto de acreedores (fraude negocial), (ii) continuación de las reclamaciones judiciales y ejecuciones por parte de los no firmantes, (iii) responsabilidades civiles y penales, calificadoras de la actuación del deudor y de los acreedores que pueden incurrir en la figura del administrador de hecho. A pesar de tantas y tan evidentes debilidades, el Legislador español no ha excluido la posibilidad de acuerdos atípicos ante situaciones de insolvencia. Al contrario, parece aceptarlos en el marco del apartado 2 del artículo 71 bis de la Ley Concursal.

La cuestión temporal en la insolvencia resulta esencial. Por ello, las instituciones prejudiciales no se pueden vincular, exclusivamente a supuestos de insolvencia inminente o futura, sino que deben procurar enfrentar y aportar herramientas jurídicas para resolver la propia insolvencia actual, aunque parezca que los caminos judiciales y prejudiciales, al menos conceptualmente, se entrecrucen.

El legislador, opta y regula los denominados acuerdos privados que serán típicos y que deben coordinarse institucionalmente con el presupuesto objetivo del propio concurso de acreedores, que en el caso de insolvencia actual, serían coincidentes; debiéndose desplazar la obligación legal de instar el concurso, a un momento temporalmente posterior. Por ello, en estos supuestos, es necesario regular – tipificar- las condiciones en que un deudor puede optar entre acudir a un convenio privado o solicitar su propio concurso. El hecho de que disponga de diferentes herramientas, para resolver la misma patología, no debe preocuparnos. La complejidad del fenómeno de la insolvencia, aconseja la máxima flexibilidad para que el deudor pueda elegir la vía que mejor se adapta a sus necesidades y las de sus acreedores.

Consideramos que la insolvencia es un concepto jurídico. Y como tal, únicamente, podrá ser eficazmente removida en vía prejudicial, si existen instituciones que regulen acuerdos típicos y sus efectos. La atipicidad, amparada en el ámbito de la autonomía de la voluntad, encuentra graves riesgos en las crisis colectivas. La relación entre una pluralidad de acreedores y un deudor, exige la aportación de un marco legal, desjudicializado, pero que permita alcanzar acuerdos eficaces.

Con una finalidad meramente descriptiva, en este básico trabajo, exponemos las que denominamos herramientas prejudiciales:

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

El acuerdo extrajudicial de pagos constituye un procedimiento introducido por la Ley 14/2013 de 27 de setiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, por el que se adhiere un nuevo título X a la Ley Concursal.

Es un procedimiento concursal puesto que, como veremos, su presupuesto objetivo es la insolvencia actual o inminente. Pero también lo es por su naturaleza universal puesto que afecta, o puede afectar a todos los acreedores, según lo establecido en la Ley³. Pero también puede ser subsumido en la categoría de los llamados “institutos preconcursales” ya que es una alternativa al proceso concursal, articulando de forma extrajudicial, una vía de refinanciación⁴ en aquellos

³ SÁNCHEZ-CALERO, J. “El acuerdo extrajudicial de pagos”. Anuario de Derecho Concursal, 32, mayo agosto 2014, p. 11.

⁴ BOLDÓ RODA, C. “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”. La Mediación en Asuntos Mercantiles. Dir. Carmen Boldó Roda. Tirant Lo Blanch. 2015, p.391.

supuestos en que es posible remover la insolvencia con el plan de pagos propuesto por el mediador y aceptado por el quorum necesario de acreedores.

La norma nos dice que el deudor, persona natural, o persona natural empresario, que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Concursal, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.

Pero el acuerdo extrajudicial de pagos no solamente es un vehículo para las personas físicas, puesto que también (art 231.2 LC) podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que (i) se encuentren en estado de insolvencia, (ii) en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad⁵, (iii) y que la entidad disponga de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

Esta vía se considera un beneficio para el deudor, puesto que a través de ella, es posible alcanzar la exoneración total del pasivo ordinario (nunca del privilegiado y los créditos contra la masa). Tal es así, que se prohíbe la petición de solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos a (i) quienes 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 10 años anteriores a la declaración de concurso (ii) o a 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.

Ya, desde el primer momento, nos encontramos con una de las decisiones más criticables de nuestro sistema que, sin rubor, establece que los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial. Es decir, el Estado español, decide inhibirse en el proceso de insolvencia de sus ciudadanos, optando por un camino técnicamente erróneo y moralmente claramente reprochable.

El centro del funcionamiento del sistema del acuerdo es la figura del mediador. Una figura de la que se ha dicho que no es realmente un mediador⁶, puesto que se configura como un profesional especializado en materia concursal al que la Ley atribuye funciones concretas, técnicamente muy relevantes y complejas como es la elaboración de un plan de pagos y la preparación del denominado concurso consecutivo. Debemos destacar aquí que, a diferencia de cualquier mediador, este profesional debe ser proactivo, puesto que tendrá la responsabilidad de comprobar la existencia y cuantía de los créditos y la exactitud de la documentación aportada con la solicitud. El propio carácter reglado del procedimiento que lo aleja del principio de autonomía de la voluntad – inherente a toda mediación mercantil- para otorgarle consecuencias y exigencias naturales en un marco de tipicidad, evidencia que estamos en presencia de un mediador cuyo estatuto jurídico le confiere una imagen especial.

⁵ El artículo 190 LC regula el procedimiento abreviado, para concursos que no revisten especial complejidad, determinados por la constancia de menos de 50 trabajadores y con un pasivo y un activo que no superen los cinco millones de euros.

⁶ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA. “La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal”. Diario La Ley nº 8225, de 9 de enero de 2014. Especialmente crítico resulta el profesor CARRASCO PERERA, en “Los nuevos mediadores concursales”. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 872/2013. Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

Dice la Ley (art 236 LC) que tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. 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. 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.

En todo caso, continuando con las tradicionales prevenciones derivadas de la reacción protagonizada por la Ley Concursal en el año 2003⁷, se dice que 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. La prohibición de articular una propuesta que incluya o que recoja la liquidación global del patrimonio del deudor, es una limitación que carece de cualquier tipo de justificación. Especialmente, en los casos de insolvencia de personas físicas, en las que en un escenario de insolvencia, la única vía será la realización de los bienes para articular un plan de pagos.

El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo mencionado en el apartado 3 de este artículo, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente. Esta última mención demuestra, o permite entender que la presente vía también puede ser utilizada en supuestos de dificultades económicas o financieras graves, pero que no respondan, estrictamente, a supuestos de insolvencia actual o inminente; es decir, esta vía puede articular un mero proceso de refinanciación.

En el marco de la tipicidad a la que hacemos referencia, para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado, serán necesarias las mayorías establecidas en la Ley Concursal, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo.

La Disposición Adicional Cuarta. Homologación de acuerdos de refinanciación.

Con la introducción de la vía de la Disposición Adicional Cuarta, se profundiza en la cuestionable diferenciación entre acreedores financieros y los restantes acreedores⁸. Ciertamente,

⁷ GUTIÉRREZ GILSANZ, A. "El Convenio Concursal". La Ley. 2015. P, 72.

⁸ En su apartado 1, la Disposición Adicional Cuarta, dice que 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 por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. Además recoge una posibilidad que, de alguna forma, viene a mediatizar el efecto discriminatorio que estamos denunciando, al establecer que voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. En todo caso, la adhesión está configurada en términos muy amplios y genera muchos interrogantes. El primero, es si se trata de una adhesión unilateral, por manifestación y vinculante para el resto de acreedores. Ciertamente, tal adhesión puede no resultar inocua para las aspiraciones de los restantes. Pensemos en un acuerdo de capitalización de deuda; una adhesión no inicialmente contemplada ni prevista,

se representa la realidad, puesto que los financieros, ostentan, siempre, una posición mejor, avalada en el acceso a mayor información y a la obtención de todo tipo de garantías, a las que no suelen llegar los restantes acreedores, excepto que puedan disponer de algún tipo de poder estratégico que condicione el funcionamiento de la compañía. En todo caso, aun cuando reconocemos que se responde a la realidad, resulta cuestionable porque, en esa misma realidad habrá que aceptar que tanto se financia con dinero como con productos, sin que concurra ninguna razón material para esta sobreprotección, con un procedimiento especial, que aparece como un paso más en el abandono del principio de *pars conditio creditorum*, que, aunque superado por el voluntarismo y oportunismo delirante del Legislador, no resulta agradable verlo pisoteado por la obscena actuación del Estado, incapaz de entender el funcionamiento y los límites de determinadas instituciones, que no deberían perder su esencia ante el poder del dinero.

El Decreto Ley 3/2009, introduce la Disposición Adicional Cuarta, comenzando a incorporar al Ordenamiento Jurídico Español, los primeros escudos protectores frente a la rescisoria concursal. De forma incipiente, tímida quizás, pero abriendo la vía al acceso a un verdadero Derecho preventivo de la insolvencia. Posteriormente la trascendente Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal que constituye una norma estrella en el desarrollo de las instituciones preconcursales, para introducir los acuerdos de refinanciación⁹, que, consecutivamente sufren algunas modificaciones, con la finalidad de que alcancen la homologación, permitiendo extender sus efectos a minorías disidentes, alterando el principio de relatividad de los contratos, regulando en el artículo 1257 del Código Civil español.

La finalidad del procedimiento extrajudicial preventivo es la homologación, que no permite ningún tipo de control inicial de oportunidad vinculado al sacrificio desproporcionado. Se configura –la intervención judicial- como un mero control *ex post* para el caso de que en sede de impugnación alguno de los acreedores lo alegue y lo pruebe¹⁰. La intervención del juez resulta restrictiva, puesto que simplemente se debe limitar a homologar o no homologar el acuerdo presentado¹¹.

modificará, evidentemente, la posición relativa de los que inicialmente configuraron el acuerdo. En el mismo sentido, la pregunta procede en relación con las nuevas garantías otorgadas en el proceso de refinanciación. Quizás, la solución la encontremos en la incorporación de pactos concretos, en los acuerdos de refinanciación que limiten la adhesión a determinados pactos, o a determinados contenidos. Téngase en cuenta que únicamente tienen facultad de impugnar los acreedores de pasivos financieros, por lo que ninguno de los acreedores que no lo sean, tendrían oportunidad de reivindicar ningún derecho frente a una limitación pactada y homologada de su facultad de adhesión.

⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio. "Materiales de la Reforma Concursal". Emilio Beltrán. Ana B. Campuzano. Coord. TIRAN LO BLANCH. Valencia. 2012. Pág. 662. "Los acuerdos de refinanciación avanzan hacia un verdadero procedimiento concursal alternativo/preventivo, mediante la homologación judicial, la paralización de acciones, la imposición de las esperas acordadas a los acreedores financieros no firmantes y la concesión de preferencia a los refinanciadores en caso de declaración de concurso ...". FERNANDO CERDÁ. "La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes". Anuario de Derecho Concursal num.33/2014. Editorial Civitas, SA. 2014.

¹⁰ CERVERA, Marta. "El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación". Anuario de Derecho Concursal 33. Setiembre-Diciembre 2014. Pag.120.

¹¹ LOPEZ SÁNCHEZ, Javier. "El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación". Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la Empresas en Crisis. GARCÍA CRUCES (dir.). BOSCH 2013. Pág. 304.

Dice la norma que podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros –no representativos, necesariamente de deudas líquidas y exigibles-, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a)¹² y en los números 2.º y 3.º de la letra b)¹³ del apartado 1 del artículo 71 bis. Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita alcanzarán el primer efecto que se pretende, su protección frente a cualquier acción de rescisión.

Para extender sus efectos serán necesarias las mayorías exigidas en los , al que nos remitimos,¹⁴ y que se han ido reduciendo en sucesivas reformas.

En definitiva, el contenido del acuerdo de refinanciación, en la redacción actual del precepto, permite un amplio abanico de soluciones que, en principio, deberían permitir un uso generalizado de esta vía de refinanciación del pasivo financiero. Pero para ello, resulta imprescindible incrementar la cultura financiera de las entidades de crédito, en un marco de buena fe, imprescindible en la relación con sus clientes. Concorre tanta convicción en la herramienta que se contempla el arrastre de acreedores con garantía real, evidentemente, con incremento de porcentajes y por la parte que no exceda del valor de su garantía.

Por último debe destacarse la intervención judicial y la competencia para conocer de la homologación que corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores. En este sentido también resulta relevante el efecto de paralización de ejecuciones que a diferencia de la regulada en el artículo 5 bis, corresponde al juez competente, y una vez que es admitida a trámite la solicitud de homologación.¹⁵

Finalmente, el juez otorgará – nuevamente la norma lo establece en términos imperativos- la homologación, siempre que el acuerdo reúna los requisitos formales anteriormente referenciados

¹² Artículo 71 bis 1 a): “En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo”.

¹³ Artículo 71 bis 1 b): 2.º Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo . De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante. 3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores .

¹⁴ Una muestra de las dificultades de regular instituciones extrajudiciales, con categorías judiciales, se observa en la exclusión del cómputo a los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionadas (art 93 LC). Al lector no se le escapará que al estar en un ámbito prejudicial, procede que nos preguntemos quién y cómo determina y califica la concurrencia de personas especialmente relacionadas. Evidentemente, aparece aquí un expediente abierto al abuso de los acreedores financieros, que únicamente verán cuestionadas sus determinaciones por la vía de impugnación del acuerdo fundamentado en la no concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición.

¹⁵ La publicidad en este tipo de procedimientos resulta esencial. Por ello la norma establece que el secretario judicial ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido .

y declarará –también en términos imperativos se expresa la norma- la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas.

EL ARTÍCULO 5 BIS DE LA LEY CONCURSAL

En esta exposición conscientemente desordenada de las herramientas, no podemos menos que hacer referencia al famoso 5 bis. Una muestra de la visión judicializada de la solución de la insolvencia que acunó la versión original de la Ley 22/2003, resulta evidente con la constatación de que no existía una regulación suficiente de las situaciones de preinsolvencia, que se consideraban incardinadas dentro del concepto de insolvencia inminente que contemplaba –y contempla- la definición legal de insolvencia. El Legislador del año 2003, consideraba que ante un escenario de imposibilidad de pago regular de las obligaciones exigibles (art 2.2 LC), únicamente cabía la remoción de la insolvencia a través del procedimiento judicial establecido por la Ley.

El Real Decreto Ley 3/2009, añadió una especie de situación de prórroga en relación con la obligación legal (art 5 LC) de instar la declaración concursal, si el deudor comunicaba que se encontraba en negociaciones con sus acreedores para la consecución de un convenio anticipado¹⁶. Posteriormente, la reforma articulada por la Ley 38/2011, creando un nuevo artículo 5 bis amplía sus efectos de prórroga de la obligación legal de solicitar la declaración concursal, a cualquier tipo de negociación de refinanciación, ampliando así, sustancialmente sus efectos, y emprendiendo un camino desjudicializador.

La Ley 14/2013, de apoyo de los emprendedores, modifica, nuevamente el precepto, incorporando las nuevas vías de refinanciación con la incorporación de las negociaciones para un acuerdo extrajudicial de pagos. Por último, las Leyes 17/2014 y 9/2015, configuran la actual redacción del precepto, debiéndose destacar que la Ley 17/2014¹⁷, incorpora la prohibición de ejecuciones judiciales, según veremos¹⁸.

¹⁶ Decía el apartado 3 del artículo 5 de la Ley Concursal que: “El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente”.

¹⁷ LUCEÑO OLIVA, José Luis. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 887/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. “La valoración de la reforma ha de ser positiva ya que protege, frente a las ejecuciones judiciales, la continuidad de la actividad del deudor en esta fase de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. Impide también la nueva norma el que pueda hacerse un uso abusivo de la misma limitando las comunicaciones sucesivas, y obligando a que transcurra al menos el periodo de un año entre las mismas. No obstante, apreciamos dos deficiencias importantes: la primera que el legislador sigue tratando privilegiadamente a los créditos de derecho público lo que impedirá que, incluso en esta fase, pueda continuarse la actividad si existen ejecuciones sobre bienes necesarios para el desarrollo de la actividad que provengan de créditos de aquella naturaleza, y la segunda deficiencia, bajo nuestro punto de vista, es el «olvido» de no otorgar protección a los bienes del deudor respecto a las ejecuciones extrajudiciales notariales que se encuentran inexplicablemente fuera del ámbito de la norma.”

¹⁸ Téngase en cuenta que la Disp. Final 1ª del RD-Ley 4/2014 (RCL 2014, 340) también modifica la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) en su artículo 568.1: «Artículo 568. Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales. 1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución»

Algunos autores han destacado que la comunicación que articula el artículo 5 bis no es una institución concursal ni preconcursal, sino “extraconcursal”¹⁹. Compartimos en parte esta conclusión, puesto que la vía del 5 bis, en coherencia con su evolución, no contempla como supuesto de hecho, únicamente la insolvencia actual. La Ley 14/2013 centra su atención en los caminos de solución de la insolvencia. Fundamentalmente prejudiciales –a excepción de la propuesta anticipada de convenio- por lo tanto, óptimos para regular y atender a situaciones de insolvencia inminente y de preinsolvencia, propias de necesidades de mera refinanciación. Excede de este trabajo el análisis de los diferentes estadios del concepto de insolvencia, pero resulta esencial, al menos dejar constancia que las vías que contempla o ampara el paraguas del artículo 5 bis, todas ellas, permiten la remoción de la insolvencia, pero en cuanto vías de refinanciación, también situaciones de preinsolvencia, en horizontes temporales más dilatados que los estrictos y propios de la insolvencia inminente, que se han demostrado ineficaces en la crisis vivida por Europa en los últimos años.

El régimen legal pone de manifiesto que, cualquiera que sea su naturaleza, se pretende evitar la vía judicial o reducirla sustancialmente tramitándola por la vía de la propuesta anticipada de convenio (art. 104 LC). Dice la norma que 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 la Ley. Para el caso de 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. Es decir, nos ofrece la Ley, ahora, dos comunicaciones previas, inherentes a la situación concursal: En primer lugar, la voluntaria, la del deudor. En segundo lugar, la obligatoria que debe efectuar el registrador o el notario, ante la tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos.

El tradicional efecto del artículo 5 bis de la Ley Concursal, siempre vino determinado por la suspensión de la legitimación para la solicitud de concurso necesario de cualquier acreedor (art 15.3 LC) durante el plazo de tres meses desde las comunicaciones realizadas por el deudor o el mediador. Pero el efecto verdaderamente relevante es que desde la presentación de la comunicación, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzcan unas circunstancias que están en estricta relación con cada una de las vías que el escudo del 5 bis ampara: i) se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis 1; ii) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; iii) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; iv) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; v) tenga lugar la declaración de concurso.

Resulta muy relevante, en este sentido, indicar que en su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En

¹⁹ VALPUESTA GASTAMIZA, Eduardo. “Las soluciones a la Situación de Insolvencia”. Coor. Ibón Hualde López. ARANZADI. 2014. Pág. 16.

caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso. Algunos autores cuestionaron la competencia del Secretario que el 5 bis consagra, por la concurrencia de bienes necesarios²⁰ y la evidente necesidad de intervención judicial en tal sentido. La dicción literal del precepto no deja lugar a dudas en cuanto que, para el caso de disputa, será el juez de lo mercantil, competente para declarar el concurso, el que tenga que resolver la calificación de bienes necesarios.

Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

EL ARTÍCULO 71 BIS DE LA LEY CONCURSAL

Volvemos a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de Medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, norma que viene precedida del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo. Tal como consta en su preámbulo, la finalidad de la Ley es la de adoptar medidas que permitan aliviar la carga financiera a la que se encuentran sometidas determinadas empresas que podrían llegar a ser viables, permitiendo que éstas sigan atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. Con esta confesada finalidad, se intenta mejorar el marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación; acuerdos que, siendo fruto del consenso entre el deudor y sus acreedores,

²⁰ GONZÁLEZ NAVARRO. Blas Alberto. "El nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma de 2014". Revista Aranzadi Doctrinal núm. 2/2014 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2014: La reforma de 2014 no parece haber reparado en que, al mantener intacta la competencia del Secretario Judicial para dejar constancia de la comunicación previa, y desde ahora para gestionar la publicación de su resolución de constancia, deja fuera del precepto la necesaria intervención judicial que el precepto exige ahora. Y es que, si bien la diligencia de constancia, o la resolución que pide el artículo 5 bis al Secretario, no precisa de control ni intervención judicial ninguna, parece claro que no será el Secretario quien pueda valorar si los bienes afectados por la ejecución son necesarios o no para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Solamente los bienes que son necesarios para la continuidad de la compañía son los que habilitan al Juzgado mercantil a paralizar las ejecuciones contra el deudor. Podría pensarse, entonces, que el sistema de la comunicación previa sigue siendo el de la reforma de 2011; una ventanilla de sellado, en la que el Secretario deja constancia meramente de la comunicación del inicio de las negociaciones. Será el deudor el que, con este papel, acuda a los Juzgados de 1ª Instancia instando la consiguiente paralización de las ejecutorias sobre bienes necesarios. Sin embargo, es obvio que ese sistema no puede perdurar: según una doctrina reiterada del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, que acabó por consagrarse en el artículo 56.5 de la LC, «(a) los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». Por tanto, ello obliga al juez civil a preguntar al juez mercantil sobre el carácter de los bienes de necesarios o no para la continuidad de la actividad de la empresa, lo que supone un coste temporal incompatible con la protección que otorga el artículo 5 bis.

Es en consecuencia el Juez de lo Mercantil que recibe la comunicación el que debe valorar la necesidad de los bienes; evidentemente, en el caso de existir ejecutorias en marcha: es posible que las ejecuciones ni siquiera se hayan activado cuando se presenta la comunicación previa, por lo que no se pida valoración de necesidad ninguna, en cuyo caso no sería precisa intervención judicial. No obstante, cabe pensar en lo recomendable que sería que, en relación a bienes estratégicos sujetos a garantías reales, incluso sujetos al riesgo de ejecuciones por embargos ordinarios, se solicite del Juzgado que se declare su necesidad para la continuidad de la empresa, a los efectos de que, de iniciarse luego la ejecución, el Juez de 1ª Instancia no tenga que consumir un tiempo precioso preguntando al Juez del eventual concurso posterior, de modo que, presentando el deudor el auto del juez en que se declaran los bienes necesarios y se cierra el paso a cualquier ejecución durante el plazo del artículo 5 bis, ese debate ni siquiera se abriría."

pretenden maximizar el valor de los activos, evitando el concurso de la entidad y la reducción y los aplazamientos pasivos. La norma habla de preconcursalidad, de evitación del concurso, reconociendo que un marco extrajudicial privado, permite una mejor gestión de los activos y de la propia situación de insolvencia o de preinsolvencia.

En este marco, el artículo 71 bis LC, responde a la regulación de lo que se ha venido a denominar “escudos protectores”²¹ que permitirían articular estos acuerdos de refinanciación sin el riesgo de posteriores acciones de reintegración, consagrando así, una defensa preventiva, para el mantenimiento de los mismos. Es decir, se trata ahora, con esta vía, de una regulación reactiva que se estructura para evitar la rescisión de los acuerdos de financiación otorgados durante un período sospechoso. En España durante el período de dos años anteriores al auto de declaración del concurso (art. 71 LC).

Probablemente por ello, la actual redacción del artículo 72.2 LC, evidencia la voluntad de legislador de limitar, de forma sustancial, la rescindibilidad de los acuerdos de financiación y de refinanciación, puesto que tal acción únicamente podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones legales, con legitimación exclusiva de la administración concursal. Con esta redacción, se hace imposible la rescisión por razones materiales, de fondo. Se trata de bloquear la rescisión, otorgando la máxima seguridad jurídica a los acuerdos alcanzados por alguna de las vías típicas estructuradas por la Ley.

Sin perjuicio de ello, no se nos escapa la posibilidad del ejercicio de acciones de nulidad – simulación, fraude de ley, vicio del consentimiento- o, incluso, acción pauliana. En todo caso, desde el punto de vista práctico, resulta casi imposible impugnar un acuerdo de refinanciación que cumpla con las condiciones legales²², formales. Las extraordinarias acciones de nulidad o fraude, no resultan óptimas para procesos que tendrán un marco negociador previo, suficientemente contradictorio como para eludir cualquier vicio de este tipo.

En definitiva, no serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor , así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren

²¹ Destacamos los trabajos de la profesora Pulgar Ezquerro, J., quien ha venido sosteniendo en numerosas ocasiones la necesidad de avanzar en esta línea, destacando la necesidad de establecer legislativamente «escudos protectores» para los acuerdos de refinanciación. Acuerdos que, por su propia naturaleza y la versatilidad de su contenido, podrían incluir pactos o requerir actos para su ejecución fácilmente subsumibles en el ámbito de las presunciones que en relación a la concurrencia de perjuicio patrimonial para la masa activa se establecen en el artículo 71 de la Ley Concursal. Así, puede verse, entre otros, en los siguientes trabajos de esta autora: «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 5, julio 2006; «Refinanciaci3n de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de “escudos protectores” y el fraude del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», Diario La Ley nº 6963, 9 de junio de 2008 (La Ley 23016/2008); «Rescisi3n concursal y refinanciaci3n bancarias», Diario La Ley nº 7097, Secci3n Doctrina, 29 de enero de 2009 (La Ley 41791/2008); «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciaci3n», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 14, Primer semestre 2011, (La Ley 1235/2011) y «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciaci3n y reestructuraci3n de deuda empresarial y Real Decreto Ley 11/2014, de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», Diario La Ley nº 8391, 3 de octubre de 2014 (La Ley 7151/2014).

²² Parra Lucán, M.A. «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnaci3n de actos y contratos del Derecho Común», Anuario de Derecho Concursal nº 19, 2010 (BIB 2010, 2) , pág. 11. En sentido contrario se pronuncia Carmen Pérez de Ontiveros . Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Anuario de Derecho Concursal núm. 35/2015 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2015. Esta autora desarrolla un interesante estudio sobre la compatibilidad y posibilidades de ejercicio de la acci3n pauliana.

realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, que cumplan con lo establecido y previsto en el artículo 71 LC. Con la finalidad de no superar el límite de espacio concedido para esta nota, nos remitimos a la lectura de la regulación legal.

LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

Por último, aunque no pueda considerarse una herramienta preconcursal, debemos hacer mención en este trabajo a la Propuesta Anticipada de Convenio regulada en la Sección 3ª del Título V (De las fases de convenio o de liquidación) de la Ley Concursal. Su posición sistemática revela que se trata de una vía estrictamente concursal, judicial. Sin embargo, es cierto que en la versión original de la Ley del año 2003, junto con la insolvencia inminente, resultaban los únicos cauces legales o previsiones normativas, para enfrentarse a situaciones de preinsolvencia o de situaciones de insolvencia futura o previsible. Se trata de un procedimiento de tramitación acelerada de un convenio concursal que debe articularse a través de la previa solicitud de concurso voluntario –o desde la declaración de concurso necesario-, y que responde estructuralmente al mismo esquema de aprobación del convenio concursal ordinario. Respondía al principio de unidad procedimental que regía en nuestra norma.

Estadísticamente se ha demostrado que no ha resultado suficiente para dar solución a los problemas de preinsolvencia. Por esta razón, y por otras, a partir, fundamentalmente del año 2013, el Legislador español se ha aventurado al desarrollo motorizado de instituciones preconcursales.

CONCLUSIONES

Hemos intentado realizar un trabajo fundamentalmente descriptivo de la situación en el Ordenamiento Jurídico español. Esperamos que su lectura permita al lector especializado caer en la cuenta de la existencia de un cierto desorden normativo que no oculta una constante voluntad de proteger a los acreedores profesionales (entidades financieras) y excluir de cualquier riesgo o contingencia al crédito público. Estos dos presupuestos, que alcanzan –por su constancia- características de principios en la regulación normativa, nos permiten entender que estamos ante una propuesta regulatoria asimétrica, jerárquica, radicalmente superadora del tradicional principio de la par conditio creditorum. Como juristas, simplemente, nos vamos a limitar –en este momento- a indicar que para que un sistema así previsto pueda funcionar, es necesario, fundamentalmente, que los acreedores profesionales asuman el protagonismo que la jerarquía les otorga. Que sean capaces de liderar, de forma individual o sindicada, procesos de refinanciación que, materialmente, lo sean; y que dirijan, con objetividad y equilibrio, la remoción de las situaciones de insolvencia de sus clientes.