

MEMENTO PRÁCTICO
FRANCIS LEFEBVRE

Concursal

2012

Actualizado: noviembre de 2011

MEMENTO CONCURSAL
es una obra colectiva realizada por iniciativa
de **Ediciones Francis Lefebvre**

Coordinación:

Íñigo Villoria Rivera

María Enciso Alonso-Muñumer

Capítulo 1. Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación

Carlos Nieto Delgado. Magistrado especialista en materia mercantil.

Capítulo 2. Normativa, finalidad y presupuestos del concurso

María Enciso Alonso-Muñumer. Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos. Consultora Académica. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Capítulo 3. Solicitud y declaración judicial del concurso

Ramón Hermsilla Gimeno. Abogado. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Daniel Rodríguez Ruiz de Villa. Abogado. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Capítulo 4. La administración concursal

José Antonio Salgado González. Abogado. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Capítulo 5. Efectos del concurso

José María Fernández Seijo. Magistrado especialista en materia mercantil.

Bernardo Gutiérrez de la Roza. Abogado. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Capítulo 6. Aspectos procesales de carácter general

Ángel Díaz Álvarez. Abogado. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Capítulo 7. Fase común

I y II: Íñigo Villoria Rivera. Abogado. Clifford Chance.

III, IV, V: María Enciso Alonso-Muñumer. Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos. Consultora Académica. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Capítulo 8. Fase de convenio

María Enciso Alonso-Muñumer. Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos. Consultora Académica de Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Capítulo 9. Fase de liquidación

Juan Ignacio Peinado Gracia. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Málaga.

Capítulo 10. La calificación del concurso

Íñigo Villoria Rivera. Abogado. Clifford Chance.

Capítulo 11. Responsabilidades penales en situaciones de crisis financiera

Eduardo Junco Otaegui. Abogado. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Capítulo 12. Conclusión y reapertura del concurso

Eutimio Martínez Suárez. Abogado. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Estefanía Carou García. Abogada. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Capítulo 13. Aspectos laborales del concurso

Javier Aurelio Rodríguez Pérez. Abogado. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Sara Blanco Menéndez. Abogada. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Luis Sánchez Quinones. Abogado. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Capítulo 14. Aspectos fiscales del concurso

Alejandro Rebollo Álvarez-Amandi. Inspector de Hacienda. Abogado. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Teresa Pérez Martínez. Abogada. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

Capítulo 15. Insolvencias internacionales

A, D, E: Pedro Rodríguez Rodero. Abogado. Ramón Hermsilla & Gutiérrez de la Roza.

B, C: Carlos Nieto Delgado. Magistrado especialista en materia mercantil.

Capítulo 16. Crisis de las entidades financieras

Epifanio Pérez. Abogado. Clifford Chance.

Con la colaboración en la parte que afecta a los **créditos de las administraciones públicas** de:

Concepción Ordiz Fuertes. Abogada del Estado.

Colaboró en **ediciones anteriores**: José Luis De la Calle Sánchez. Abogado. Clifford Chance

© EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S. A.

Santiago de Compostela, 100. 28035 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00. Fax: 91 210 80 01

www.efl.es

Precio: 122,72 € (4% IVA incluido)

ISBN: 978-84-15056-85-0

Depósito legal: M-45270-2011

Impreso en España por Printing'94

Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

| | Número marginal |
|---|----------------------------|
| Capítulo 1. Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación | 10 |
| Capítulo 2. Normativa, finalidad y presupuestos del concurso | 100 |
| Capítulo 3. Solicitud y declaración del concurso | 300 |
| Capítulo 4. La administración concursal | 500 |
| Capítulo 5. Efectos del concurso | 700 |
| Capítulo 6. Aspectos procesales de carácter general | 1500 |
| Capítulo 7. Fase común | 2000 |
| Capítulo 8. Fase de convenio | 3000 |
| Capítulo 9. Fase de liquidación | 4000 |
| Capítulo 10. Calificación del concurso | 5000 |
| Capítulo 11. Insolvencias punibles | 5500 |
| Capítulo 12. Conclusión y reapertura del concurso | 6000 |
| Capítulo 13. Aspectos laborales del concurso | 6500 |
| Capítulo 14. Aspectos fiscales del concurso | 7500 |
| Capítulo 15. Insolvencias internacionales | 8000 |
| Capítulo 16. Crisis de las entidades financieras | 8500 |
| Anexos | 9100 |
| Tabla alfabética | |

Principales abreviaturas

| | |
|--------------------|--|
| AEAT | Agencia Estatal de Administración Tributaria |
| AP | Audiencia Provincial |
| art. | artículo/s |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CC | Código Civil |
| CCAA | Comunidades Autónomas |
| CCom | Código de Comercio |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| Circ | Circular |
| CNMV | Comisión Nacional del Mercado de Valores |
| Const | Constitución Española |
| CP | Código Penal (LO 13/1995) |
| CV | Consulta vinculante |
| D | Decreto |
| DGRN | Dirección General de Registros y Notariado |
| DGT | Dirección General de Tributos |
| Dir | Directiva |
| disp.adic. | disposición adicional |
| disp.derog. | disposición derogatoria |
| disp.final | disposición final |
| disp.trans. | disposición transitoria |
| ERE | Expediente de Regulación de Empleo |
| ET | Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 1/1995) |
| FGD | Fondo de Garantía de Depósitos |
| FOGASA | Fondo de Garantía Salarial |
| IAE | Impuesto sobre Actividades Económicas |
| IRPF | Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas |
| ITP y AJD | Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados |
| IS | Impuesto sobre Sociedades |
| IVA | Impuesto sobre el Valor Añadido |
| JC | Juzgado Contencioso Administrativo |
| JM | Juzgado de lo Mercantil |
| JPI | Juzgado de Primera Instancia |
| L | Ley |
| LCon | Ley Concursal (L 22/2003) |
| LCSP | Ley de Contratos del Sector Público (L 30/2007) |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000) |
| LECr | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LGSS | Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 1/1994) |
| LGT | Ley General Tributaria (L 58/2003) |
| LH | Ley Hipotecaria (L 8-2-1946) |
| LHN | Ley de Hipoteca Naval (L 21-8-1893) |
| LIRPF | Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (L 35/2006) |
| LIS | Ley del Impuesto sobre Sociedades (RDLeg 4/2004) |
| LITP | Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RDLeg 1/1993) |
| LIVA | Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (L 37/1992) |
| LMV | Ley de Mercado de Valores (L 24/1988) |

| | |
|---------------|--|
| LNA | Ley de Navegación Aérea (L 48/1960) |
| LOPJ | LO 6/1985 del Poder Judicial |
| LORC | LO 8/2003 para la Reforma Concursal |
| LOSP | Texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados (RDLeg 6/2004) |
| LPL | Ley del Procedimiento Laboral (RDLeg 2/1995) |
| LSA | Ley de Sociedades Anónimas (RDLeg 1564/1989) |
| LSC | Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010) |
| LSRL | Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (L 2/1995) |
| LVPBM | Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (L 28/1998) |
| modif | modificado/a |
| NRV | Norma de Registro y Valoración |
| OM | Orden Ministerial |
| PGC | Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007) |
| Proc | Procedimiento |
| RD | Real Decreto |
| RDL | Real Decreto Ley |
| RDLeg | Real Decreto Legislativo |
| redacc | redactado/a |
| Rec | Recurso |
| Resol | Resolución |
| Rgto | Reglamento |
| RIRPF | Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RD 439/2007) |
| RIS | Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RD 1777/2004) |
| RITP | Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (RD 828/1995) |
| RM | Registro Mercantil |
| ROAC | Registro Oficial de Auditores de Cuentas |
| RRC | Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil (D 14-11-1958) |
| RRM | Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996) |
| SA | Sociedad Anónima |
| SMI | Salario Mínimo Interprofesional |
| SRL | Sociedad de Responsabilidad Limitada |
| TCJ | Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales |
| TCO | Tribunal Constitucional |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| UE | Unión Europea |
| UTE | Unión Temporal de Empresas |

CAPÍTULO 1

Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación

SUMARIO

| | | |
|----|---|----|
| A. | Antecedentes y necesidad de la reforma operada por la L 38/2011 | 11 |
| B. | Referentes de Derecho comparado | 12 |
| C. | Elaboración legislativa | 14 |
| D. | Régimen de los acuerdos de refinanciación sin homologación judicial | 15 |
| 1. | Acuerdos con riesgo de reintegración concursal | 16 |
| 2. | Acuerdos sin riesgo de reintegración concursal | 17 |
| 3. | Otros efectos legales | 27 |
| E. | Nuevo régimen de acuerdos de refinanciación homologados judicialmente | 30 |
| 1. | Requisitos generales | 31 |
| 2. | Requisitos especiales | 32 |
| 3. | Procedimiento de homologación: fase inicial inaudita parte | 36 |
| 4. | Oposición a la homologación judicial | 44 |
| 5. | Incumplimiento del acuerdo de refinanciación | 49 |
| F. | Adhesión del crédito público | 53 |
| G. | Aspectos internacionales | 54 |
| H. | Régimen transitorio | 55 |

10

A. Antecedentes y necesidad de la reforma operada por la L 38/2011

No es del todo exacto afirmar que hasta el año 2009 el ordenamiento jurídico español carecía por completo de un Derecho de la preinsolvencia. A decir verdad, nuestra normativa en materia de **sociedades** incorporaba desde 1951 diversas previsiones para la preservación de la integridad del capital social que cumplían una rudimentaria función de «alerta preventiva» frente a quebrantos patrimoniales significativos. La finalidad de dichas normas no era otra que preservar la garantía de cobro que el mantenimiento de un patrimonio contable en una franja de valor superior a la mitad del capital social pudiera suponer para los acreedores de compañías mercantiles en situaciones de progresivo deterioro financiero, propiciando soluciones a través de un aumento de la financiación propia de la sociedad. La responsabilidad de los administradores que la ignorancia de dichas alertas podía desencadenar actuaba como un acicate para su cumplimiento. Por otra parte, ciertas disposiciones incorporadas a la reglamentación española de la **auditoría de cuentas** en el ámbito de las sociedades mercantiles también habían sido vistas por algunos autores como un sistema elemental destinado a prevenir con una mínima antelación la insolvencia y, en cierta medida, a evitarla (básicamente, la LSA art.209 1.b; Ver L. Fernández del Pozo, *Posibilidad y contenido de un Derecho Preconcursal*, Madrid: Marcial Pons, 2001).

11

- 11.1** Excepción hecha de tales previsiones, nuestro Derecho de la insolvencia no abordaba de otro modo el fenómeno de las empresas en dificultades financieras al margen del concurso de acreedores ni arbitraba ningún remedio institucionalizado para solventarlo. La aprobación de la L 22/2003 (**LCon**), en un contexto de bonanza económica, no hacía presagiar que tales dificultades fueran a afectar de forma generalizada a la práctica totalidad del tejido empresarial español; ni que, en consecuencia, nuestra Administración de justicia carecería de medios personales y materiales suficientes para absorber una hipotética avalancha de procedimientos concursales.
- Sin embargo, a lo largo del año 2008, la **crisis económica mundial** estalló con toda su virulencia en España, provocando la presentación de numerosos expedientes de regulación de empleo en grandes empresas (p.e., Seat, Nissan, Ford, Telefónica Móviles, Spanair, etc.). Dicha situación generó una grave alarma social. La coyuntura empeoró en el primer trimestre de 2009, en que fueron autorizados por nuestras autoridades laborales 4660 expedientes de regulación de empleo, afectando a más de 180.000 trabajadores (un crecimiento del 466% respecto al mismo período del año anterior). En el ámbito de las insolvencias, el número de expedientes concursales creció en el primer trimestre de 2009 un 266% respecto al mismo período del año anterior, con un incremento que alcanzó el 330% en los procedimientos ordinarios. El mayor porcentaje de insolvencias en el primer trimestre de 2009 afectó principalmente a las empresas del sector de la construcción (35%), gravemente perjudicadas por la caída de la demanda resultante de la recesión, el acusado descenso de los precios de la vivienda y la restricción del crédito derivada de la crisis financiera internacional.
- 11.2** Entre los años 2008 y 2009 se presentaron en los Juzgados Mercantiles de distintas provincias españolas, entre otros, los concursos de las constructoras Martinsa Fadesa (7.155 millones de euros), Habitat (2.807 millones de euros), Tremón (919 millones de euros), Nozar (1.563 millones de euros) o Lábaro (750 millones de euros). En algunos de los citados expedientes, la administración concursal ejercitó **acciones de reintegración** encaminadas a que se declarase la ineficacia de importantes operaciones bancarias previas a la declaración de concurso (algunos de los casos más sonados: el canje de deuda por activos para pago de obligaciones no vencidas por un importe aproximado de 1.700 millones de euros en la constructora Nozar, o la acción de reintegración ejercitada contra la operación de refinanciación concluida el 7-5-2008 entre Martinsa Fadesa y un sindicato de 48 entidades bancarias, destinado a la renegociación de 3.742 millones de euros, incluyendo la constitución de importantes garantías reales, que posteriormente son objeto de renuncia por las entidades financieras).
- 11.3** Algunas resoluciones judiciales –p.e., JM Madrid núm 1, 21-5-07–, que habían recaído en los auspicios de la crisis económica, desataron el pánico entre las entidades financieras, al declarar como efecto de la reintegración de una operación de refinanciación determinante de la constitución de garantías reales sobre deuda preexistente no sólo la ineficacia de dichas garantías, sino también la **subordinación del préstamo subyacente** (PULGAR EZQUERRA, J., «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», *La Ley* n° 7097 de 21 de enero 2009, pp. 1-8). Ante el riesgo de que las restricciones crediticias derivadas del miedo a la rescisión de las refinanciaciones en sede concursal pudiera ocasionar un auténtico colapso

de importantes empresas que, especialmente en el sector de la construcción, se hallaban inmersas en procesos de renegociación de sus deudas (arrastrando consigo a otros sectores de la economía y, no en pequeña medida, al propio sector bancario), el Gobierno recurrió a la legislación de urgencia promulgando el **RDL 3/2009**, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. El propio título de la norma evidenciaba a las claras que su contenido justamente era tributario de los hechos anteriormente descritos.

Como más adelante se expondrá, una de las previsiones más importantes contenidas en el RDL 3/2009 se ubicó en su artículo 8 que, entre otras modificaciones de la LCon, vino a añadir a ésta una nueva disposición adicional 4ª bajo la rúbrica «Acuerdos de refinanciación». Más ilustrativo de su contenido era el propio título del citado artículo 8 del RDL 3/2009: «Reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación». La norma añadida en la LCon disp.adic.4ª básicamente instituía un sistema de «**blindajes**» o «escudos protectores» que, simplificando su funcionamiento, operaba como una suerte de inmunidad de jurisdicción de los acuerdos de refinanciación frente a futuras acciones rescisorias concursales, bajo la condición de que dichos acuerdos reunieran determinados requisitos formales y materiales.

11.4

Los cambios introducidos en la LCon por el RDL 3/2009 en este ámbito se vieron completados con la adición de un último inciso a la LCon art.5, en el que se establecía una **moratoria** de hasta cuatro meses en el cumplimiento del deber de solicitar el concurso que dicho precepto establecía con carácter general. La moratoria venía condicionada a que se efectuara una comunicación al Juzgado del inicio de negociaciones encaminadas a la conclusión de una propuesta anticipada de convenio. Un efecto esencial que el precepto anudaba a la comunicación, de forma adicional a la prórroga del plazo para solicitar el concurso, era el disfrute durante la moratoria de un «blindaje», «escudo» o «**inmunidad**» frente a posibles solicitudes de concurso necesario, que con arreglo a la disciplina citada no se podían tramitar hasta tanto hubiera finalizado la moratoria aludida.

11.5

El recurso a las nuevas previsiones fue inmediato: solamente en el año 2009 se registraron 90 operaciones de refinanciación acogidas al nuevo marco normativo, con un volumen total de pasivo equivalente a 14.930 millones de euros, de los que 10.606 millones (71% del total) respondía a empresas del sector de la construcción. En la praxis aplicativa de las normas reseñadas, tres fueron las **disfunciones** que básicamente pudieron rápidamente constatarse:

11.6

1. La **insuficiencia** de la moratoria establecida, según su restrictivo tenor literal, para cobijar procedimientos de refinanciación. Ello suscitaba básicamente dos dudas:
 - a) Si la evidencia grosera del empleo de la misma con una **finalidad** distinta de la prevista por el legislador podría conducir a la denegación judicial de los efectos legalmente anudados a dicha comunicación (tras la estela del JM Granada auto 11-5-09).
 - b) Si la constancia posterior, en un hipotético concurso, de que la moratoria había sido utilizada para una operación de refinanciación y no para la negociación de una propuesta anticipada de convenio podría considerarse un **retraso culpable** de la **solicitud** de concurso, subsumible en la presunción recogida en la LCon art.165.1 e idóneo para fundar una eventual declaración de culpabilidad en la sección de calificación, con riesgo de responsabilidad para administradores *ex* LCon art.172.3.

- 11.7** **2.** La insuficiencia de la LCon disp.adic.4ª para poner freno a **solicitudes oportunistas** de concurso necesario, deducidas por acreedores disconformes con las condiciones de la refinanciación alcanzadas en la mayoría de los casos por las principales entidades financieras y el deudor;
- 3.** La ausencia de estímulos para que las **entidades financieras** ampliasen el crédito a las empresas en situación de preinsolvencia, al faltar un privilegio conocido en otros ordenamientos (*fresh money*) que antepusiera su recuperación en caso de concurso posterior frente a otros créditos dotados de mayor rango, como los créditos laborales o los fiscales.
- Durante el año 2010, el número de refinanciaciones acogidas al procedimiento de la LCon disp.adic.4ª disminuyó drásticamente (hasta la cifra de 52, un descenso del 42%). El pasivo refinanciado también se redujo hasta los 3.148 millones de euros y en la distribución por sectores se experimentó un descenso claro de su empleo en relación con empresas del sector de la construcción (en dicho ejercicio sólo representan ya un 24,43% del pasivo total), paralelo al ascenso de las refinanciaciones en el sector de la industria y energía (que se incrementó hasta el 59,32% en la misma magnitud).

- 11.8** A pesar del innegable éxito de las previsiones contenidas en el RDL 3/2009 entre sus destinatarios naturales, las insuficiencias del marco legal propiciaron la «**huida al extranjero**» de la refinanciación de algunas grandes empresas (La Seda de Barcelona, Metrovacesa) en pos de un marco jurídico más propicio.
- Advirtiendo el legislador la existencia de otros aspectos en que nuestra elemental normativa sobre refinanciaciones disminuía la ventaja competitiva de nuestro ordenamiento (la ausencia de previsiones encaminadas a extender la obligatoriedad de los acuerdos extrajudiciales alcanzados a acreedores disidentes y la imposibilidad de imponer restricciones generalizadas a la iniciación de ejecuciones singulares frente al deudor inmerso en una operación de saneamiento), la **L 38/2011** ha introducido cambios notables en el régimen de la preinsolvencia hasta la fecha vigente, que intentan atacar el problema desde varios flancos.

B. Referentes de Derecho comparado

- 12** La nueva normativa española en materia de preinsolvencia, intentando ofrecer una solución equivalente a los «schemes of arrangement» británicos desde una perspectiva continental, toma como referente inmediato el modelo de los «Accordi di ristrutturazione» del Derecho italiano, objeto también de reciente reforma por el DL 78/2010, de 31 de mayo.

PRECISIONES Véase en torno a estos cambios el artículo A. CASTIELLO D'ANTONIO, «La evolución legislativa del Derecho Preconcurso Italiano», en *RDCP* núm. 14/2011, pp. 331-347 y del mismo autor «Acuerdos de reestructuración: nueva financiación preconcursal y *fresh money* en Derecho italiano», en *RDCP* núm. 15/2011, pp. 503-508; para un completo examen del sistema italiano, véase A. Bianchi, *Crisi di impresa e risanamento*, Milán: Wolters Kluwer, 2010.

De forma parecida al Derecho español, la **normativa italiana** sobre la insolvencia contempla dos figuras distintas: los *piani attestati di risanamento* del art.67.3.d del Real Decreto, de 16 de marzo de 1942 (acuerdos de refinanciación informados por un experto independiente y simplemente protegidos de la revocatoria concursal) y los *accordi di ristrutturazione dei debiti* del art.182 del mismo Real Decreto, que comparten con el nuevo régimen español de la LCon disp.adic.4ª la sumisión a homologación judicial y el efecto suspensivo de las ejecuciones individuales. Estos últimos sin embargo presentan sustanciales **diferencias** con la solución legal acogida en nuestro país, pues entre otros extremos difieren de nuestra nueva LCon disp.adic.4ª:

- en que la configuración del acuerdo no se orienta específicamente a los acreedores financieros;
- en que el apoyo exigido únicamente alcanza al 60% de los créditos;
- en que la posible oposición a la homologación puede ser deducida por cualquier acreedor o interesado; y
- en que la resolución homologatoria siempre puede ser objeto de apelación.

Menos similitudes se advierten entre el nuevo modelo español y el recientemente modificado **sistema francés** de prevención, conciliación y salvaguarda instituido en los art.L611-1 y ss. del *Code de Commerce* (última reforma mediante la Ley nº 2010-1249, de 22-10-2010; un análisis del alcance del cambio normativo en el país vecino en F PEROCHON «La prevención de las crisis en Derecho francés», en *RDCP* núm. 15/2011, pp. 511-521).

Este último sistema difiere del español en aspectos básicos, pues somete a tutela judicial todo el procedimiento de refinanciación, que básicamente reviste dos **modalidades**:

a) La «conciliation» a la que puede acogerse cualquier deudor que no haya sobreseído pagos por más de 45 días. La normativa gala establece una diferenciación en el resultado del procedimiento de conciliación y sus efectos en función de si concluye con un plan simplemente notificado a la autoridad judicial o bien homologado por esta última. En este segundo caso, las ventajas principales son la posibilidad de inclusión en el acuerdo de privilegios para el «dinero fresco» y el blindaje de las operaciones incluidas en el mismo frente a una ulterior rescisoria concursal; y

b) El procedimiento de «sauvegarde», al que sólo puede acceder el deudor que no se encuentre en sobreseimiento de pagos, y que concluye con un plan de reorganización con aprobación judicial y una vigencia máxima de 10 años. Dicho plan puede incluir quitas y esperas para todos los acreedores que las consientan (para los disconformes, únicamente esperas uniformes), así como otras previsiones en orden a prohibir la enajenación de determinados bienes de la masa activa. La reforma de 2010 ha instituido una salvaguarda «acelerada» a la que sólo determinados deudores pueden acceder (grandes empresas de más de 150 trabajadores y volumen de negocio de más de 20 millones de euros) y en el que sólo quedan integrados los acreedores financieros, que aprueban el plan de reorganización por mayoría de 2/3.

En definitiva, podemos acoger que el **sistema español** de los acuerdos de refinanciación constituye una variante muy cercana sistema italiano, que incorpora del modelo francés de «salvaguarda financiera» su carácter orientado a las entidades

12.1

12.2

12.3

12.4

de crédito. Por el contrario, a nuestro modo de ver constituyen singularidades clave del procedimiento español la posibilidad de instituir privilegios para el dinero fresco en cualquier acuerdo de refinanciación (incluyendo aquellos que no hubieran sido objeto de homologación judicial), y las restricciones en el acceso a la segunda instancia de las resoluciones judiciales homologatorias.

C. Elaboración legislativa

- 14** En el contexto anteriormente descrito, el Ministerio de Justicia encomendó a una Sección Especial de la **Comisión General de Codificación** que elaborase una propuesta de reforma en profundidad de la Ley Concursal. La Sección Especial se constituyó el 16-7-2009 y presentó al Ministerio de Justicia un documento titulado «Criterios para la elaboración de una propuesta de reforma de la Ley Concursal» articulado en torno a ocho puntos. En ninguno de ellos se hacía alusión alguna a la necesidad de modificar la regulación los acuerdos de refinanciación; las únicas materias que según dicho documento se consideraban precisadas de un cambio legal eran el sobreendeudamiento de particulares, la exoneración del pasivo para concursados no fraudulentos, la preparación de los administradores concursales, el tratamiento de los créditos post-convenio, la reforma laboral, el procedimiento abreviado, el concurso de grupos y otros cambios técnicos de alcance puntual.
- 14.1** En la **Propuesta de Anteproyecto** de Reforma de la Ley Concursal que surgió de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, en relación con esta materia únicamente se propugnaba la introducción de una leve modificación de La LCon art.5.3 (en la L 38/2011, nuevo artículo 5 *bis*), encaminada a dar cabida en la moratoria prevista en dicha norma a las refinanciaciones y eliminar todo atisbo de control jurisdiccional de dicho trámite. Por lo demás, los acuerdos de refinanciación de la LCon disp.adic.4ª entonces vigente se trasladaban en dicho documento con leves retoques redaccionales a su ubicación más natural en la LCon art.71.6, habida cuenta de la naturaleza y fin de dicha norma.
- En el **Anteproyecto de Ley** de 19-12-2010, en la ubicación que quedaba vacante por el desplazamiento del contenido de la LCon disp.adic.4ª a la LCon art.71.6 aparecía por vez primera una reglamentación totalmente novedosa y ajena al resultado de los trabajos de la Sección Especial, intitulada «Homologación de los acuerdos de refinanciación». En la nueva norma, de forma muy sucinta, se contemplaba la posibilidad de obtención de homologación judicial para los acuerdos de refinanciación suscritos por el deudor y el 75% de los *acreedores financieros*.
- 14.2** Sometido el Anteproyecto a la consideración de diversas instituciones, el **Consejo General del Poder Judicial** emitió informe en fecha 17-2-2011 en el que, al margen de algunas discordancias terminológicas y redaccionales de menor entidad (referencia en el texto del Anteproyecto al «Tribunal» en lugar de al «Juez del concurso», falta de claridad en torno al órgano al que incumbía la paralización de las ejecuciones singulares a resultas de las presentación a homologación del acuerdo de refinanciación), básicamente se apuntaban tres graves **defectos** en la disciplina propuesta:

- a) La falta de definición legal del trámite procesal que debía seguirse para la homologación del acuerdo.
- b) La falta de definición legal del trámite procesal a seguir para la suspensión de las ejecuciones singulares.
- c) La falta de definición legal del trámite por el que debía sustanciarse la oposición a la homologación y la posible legitimación para deducirla por parte de otros acreedores distintos de los financieros que hubieran quedado vinculados por el acuerdo.

En el trámite de aprobación parlamentaria, en el **Congreso de los Diputados** se presentaron enmiendas a la disposición adicional 4ª que no resultaron aprobadas por parte del Grupo Parlamentario Vasco (enmiendas núm. 82 a 86, cuyo objeto era en esencia la extensión de la vinculación de los acuerdos homologados a los acreedores con garantía real; la supresión de la alusión al «sacrificio patrimonial desproporcionado» por la vaguedad del concepto, la exigencia de que la mayoría del 75% se alcance en cada clase de acreedores); y por el Grupo Parlamentario Popular (enmienda núm. 153, que proponía la remisión del tratamiento preventivo de la insolvencia a un proyecto de ley distinto, a aprobar en el plazo de seis meses).

14.3

Por el contrario, sí resultó aprobada como transacción en el Informe de la Ponencia la importante enmienda 201 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, la cual supuso la adición a la disposición adicional 4ª de importantes cambios en el texto del Proyecto de Ley en:

14.4

- su inciso 2º: publicidad de la presentación del decreto de admisión a trámite de la homologación en el Registro Público Concursal, con indicación de su disponibilidad en el Registro Mercantil para su consulta;
- su inciso 3º: extensión de la paralización de las ejecuciones individuales por el mismo plazo que la vigencia del acuerdo, que no podrá exceder de tres años);
- su inciso 4º: ampliación del plazo para deducir oposición a la resolución homologatoria del acuerdo de diez a quince días; y
- su inciso 6º: posibilidad de instar la declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación por los trámites de un incidente concursal, facultando la sentencia estimatoria del incumplimiento para la solicitud de concurso o la iniciación de ejecuciones individuales.

Remitido el texto al **Senado**, la Cámara alta dio respaldo a modificaciones de cierto calado en el texto del Proyecto de Ley en cuanto a la regulación de los acuerdos de refinanciación con las que, entre otros puntos, se pretendía que la autoridad judicial ante la que se presentase la comunicación previa de refinanciación al amparo del art.5 bis designase a un profesional que reuniera las condiciones para ser nombrado Administrador concursal con la misión de tutelar todo el procedimiento, dejar constancia e informar de toda la vida del acuerdo de refinanciación; y se propugnaba la adición de un nuevo Título X (artículos 231 a 249) a la L 22/2003, titulado «Acuerdos de refinanciación», incluyendo previsiones sobre la convocatoria de los acreedores a la negociación, su forma y contenido, la comunicación al Juzgado y sus efectos jurídicos, el desarrollo de las negociaciones en la mesa de los acreedores, la aprobación del acuerdo, su publicidad y su rescisión.

14.5

Dichos cambios fueron finalmente rechazados en la votación final en el Congreso de los Diputados, por lo que el **texto** que finalmente quedó **aprobado** es esencial-

14.6

mente idéntico en la regulación de las refinanciaciones al que había sido inicialmente remitido por la Cámara baja, que seguidamente pasamos a examinar. Como vestigio de una aprobación legislativa precipitada, en el Preámbulo de la L 38/2011 se señala literalmente que «regula con detalle los deberes de las partes que negocian el acuerdo», lo que obviamente a la vista de la disciplina instaurada vamos a ver que no es cierto.

D. Régimen de los acuerdos de refinanciación sin homologación judicial

15 El nuevo marco regulador de los acuerdos de refinanciación en la LCon tras la reforma operada por la L 38/2011 obliga a distinguir entre dos grandes **categorías** de acuerdos:

- los acuerdos con homologación judicial; y
- los acuerdos que carecen de ella.

La reforma anuda importantes **consecuencias** a la obtención de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, pero no priva por completo de efectos a aquellos que no acceden a dicho trámite.

La opción por una u otra vía es absolutamente voluntaria: a diferencia del modelo francés, no existe supuesto alguno en que el deudor o sus acreedores, de modo forzoso o imperativo, puedan verse obligados a iniciar ningún proceso de refinanciación, ni judicial ni extrajudicial.

1. Acuerdos con riesgo de reintegración concursal

16 La LCon, en su redacción resultante de la reforma de 2011, se refiere puntualmente a los acuerdos de refinanciación sin aludir al cumplimiento por estos últimos de requisito alguno. Así acontece señaladamente en la LCon art.5 bis al hilo de la comunicación al Juzgado del inicio de negociaciones encaminadas a alcanzar una refinanciación, en que no viene exigida la necesidad de que el acuerdo que se proyecta alcanzar respete ninguna **formalidad**, ni en cuanto al fondo ni en cuanto a la forma.

Parece obvio que los acuerdos que cualquier deudor pueda alcanzar con sus acreedores sin respetar las exigencias contenidas en la LCon art.71.6 o en la LCon disp.adic.4^ª se mueven en el amplio margen de la autonomía de la voluntad y no tienen otras restricciones que las impuestas por la vigencia de disposiciones imperativas de índole societaria, fiscal o laboral.

Ante la perspectiva de dificultades económicas el deudor puede recurrir a los recursos más variados para refinanciar su empresa, que en la medida en que no se ajusten a las exigencias establecidas por la LCon art.71.6 quedarán expuestos a un riesgo de **rescisión concursal**, siempre que la situación de insolvencia sea declarada en los dos años siguientes a su celebración.

En este sentido, merece la pena recordar que en nuestra praxis judicial se ha impuesto un concepto amplio en orden a interpretar el significado de la expresión **actos perjudiciales para la masa activa** en los términos de la LCon art.71, que no incluye únicamente aquellos supuestos de estricto desequilibrio entre el valor de las prestaciones asumidas por el concursado y el tercero con quien pudiera contratar, sino de mera alteración del rango o privilegio de los acreedores, idónea para provocar una preferencia indebida del crédito del contratante o una postergación de otros acreedores no participantes en la operación (AP Barcelona Sección 15^a 26-4-07; AP Castellón 27-4-09; AP Valladolid 23-3-09).

16.1

Por otra parte, se hace preciso mentar también que la LCon, al objeto de facilitar la siempre difícil apreciación del perjuicio en el marco de las acciones rescisorias, incluye diversas **presunciones** idóneas para determinar la concurrencia de este último, susceptibles de tener incidencia en las constelaciones más típicas de supuestos que pueden darse con motivo de una operación de renegociación o refinanciación de deudas. Entre dichas presunciones cabe citar las siguientes:

16.2

- presunción **iuris et de iure** de perjuicio en caso de pago anticipado de obligaciones cuya fecha de vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso (LCon art.71.2); y
- presunción **iuris tantum** de perjuicio para actos onerosos realizados con personas especialmente vinculadas con el concursado y constitución de garantías reales en relación con obligaciones preexistentes o bien otras que las sustituyan (LCon art.71.3.1 y 71.3.2).

Quede dicho en cualquier caso que la firma de una operación de refinanciación sin cumplir los requisitos establecidos en la LCon art.71.6 **no** supondrá ni mucho menos la automática **rescisión** de la misma, declarado un eventual concurso posterior.

16.3

Ejercitada la acción rescisoria por las personas legitimadas, salvo en los casos en que concurra una presunción de perjuicio, este último deberá quedar fehacientemente acreditado; por otra parte, incluso en los casos en que exista una presunción de perjuicio, si la misma admite prueba en contra, tendrán los intervinientes en la operación oportunidad de acreditar que el daño para la masa activa no se ha producido.

Esta rigurosa acreditación puede verse atemperada por la doctrina que, especialmente en el marco de las **garantías reales** no contextuales, se ha gestado en algunas resoluciones dictadas por nuestros Tribunales y para la cual se ha acuñado la expresión de «sacrificio patrimonial justificado» (AP Barcelona 6-2-09).

16.4

Así, en supuestos dudosos en que, por ejemplo, se constituyan garantías reales como cobertura de deudas parcialmente coetáneas y parcialmente anteriores a la fecha de su constitución, cabrá la posibilidad de salvar a las mismas de la rescisión si puede concluirse que la operación en su integridad constituye un «sacrificio patrimonial justificado» para el deudor.

2. Acuerdos sin riesgo de reintegración concursal

(LCon art.71.6)

- 17** La LCon art.71.6 especifica los **requisitos formales** y materiales a los que debe quedar sujeto un acuerdo de refinanciación para beneficiarse del «blindaje» o «inmunidad» frente a las acciones rescisorias concursales. Cuando concurren dichos requisitos, la consecuencia será la irrevocabilidad absoluta del acuerdo en sí, al igual que la de los negocios, actos y pagos que en el mismo se contemplen, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución del mismo. En tal sentido, en el tránsito entre la LCon disp.adic.4ª y la LCon art.71.6 se ha visto modificada una previsión de difícil intelección que el RDL 3/2009 había incluido en la primera, y que otorgaba exclusiva legitimación a la administración concursal para el ejercicio de las acciones de impugnación contra los acuerdos de refinanciación.
- 17.1** Habida cuenta de que la inmunidad que confería la LCon disp.adic.4ª inciso 2º de la anterior apuntaba exclusivamente a la rescisión ex LCon art.71.1, podía razonablemente interpretarse que el **blindaje** actuaba exclusivamente en ausencia de presunciones de perjuicio; mientras que, en caso de concurrir las presunciones de la LCon art.71.2 o 71.3, la inmunidad no era absoluta, operando como una mera restricción de la legitimación activa a la administración concursal, que en todo caso tenía a su alcance el ejercicio de otras acciones de impugnación (nulidad contractual, acción pauliana, etc.). Tal hermenéutica no parece que pueda mantenerse a la vista del texto de la L 38/2011. La irrevocabilidad de los acuerdos de la LCon art.71.6 se proclama ahora absoluta: «no podrán ser objeto de rescisión...» dice la norma, sin paliativos ni excepciones fundadas en la posibilidad de aplicación de presunciones de perjuicio.
- 17.2** Ahora bien, la LCon art.72.2, que recupera el contenido del último inciso de la anterior LCon disp.adic.4ª con ciertos cambios, insiste en afirmar que la **administración concursal** estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación de la LCon art.71.6, y que para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el apartado anterior. El sentido del mantenimiento de esta última previsión deviene muy difícilmente explicable, salvo que se entienda que la idea es facilitar en sede judicial el rechazo de cualquiera acción de reintegración ejercitada frente a un acuerdo de refinanciación que reúna los requisitos de la LCon art.71.6 en base a la simple falta de **legitimación activa** de cualquier persona distinta de la administración concursal. Ahora bien, si los acuerdos sujetos a la LCon art.71.6 no pueden ser objeto de rescisión, no se entiende que se atribuya legitimación activa (sea o no exclusiva) a la administración concursal para el ejercicio de la acción rescisoria concursal; y a duras penas se entiende la restricción para los raros supuestos en que pueda ejercitarse otra acción de impugnación distinta (acciones revocatorias o paulianas extraconcursoales, acciones de nulidad contractual, etc.) por quien altruistamente desee litigar en beneficio de la masa activa.