

**FACULTAD DE DERECHO
TRABAJO DE FIN DE GRADO
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA
CURSO 2016/2017**

**EL ARTÍCULO 5 BIS LC:
COMUNICACIÓN DE NEGOCIACIONES Y EFECTOS**

Autor/es

JUAN IGNACIO TORRECILLA BENÍTEZ

Tutor/es

JOSE MARÍA MAYOR CIVIT

BARCELONA, ESPAÑA

*Aun a riesgo de parecer típico:
a mis padres, a los que verdaderamente
debo y deberé el fruto del éxito que pueda cosechar.*

*Y, por supuesto, a ELLA, sin la cual éste trabajo
solo resultaría tinta y papel, y no la luz que me hace irradiar.*

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

Yo, Juan Ignacio Torrecilla Benítez, certifico que el presente trabajo no ha sido presentado para la evaluación de cualquier otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original y que soy el único autor del mismo, no incluyendo ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas excepto en aquellos casos indicados expresamente a lo largo del texto.

Como autor de la memoria original del presente trabajo me guardo el derecho en exclusiva de disponer del mismo, así como a publicarlo, editarlo o hacer uso de éste.

Juan Ignacio Torrecilla Benítez

En Barcelona, a 1 de noviembre de 2016

ABREVIATURAS

ADR	Acuerdo de Refinanciación
AEP	Acuerdo Extrajudicial de Pagos
DA	Disposición Adicional
DA4^a	Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LSC	Ley de Sociedades de Capital
PAC	Propuesta Anticipada de Convenio
PSC	Pérdidas Societarias Cualificadas
RPC	Registro Público Concursal
SJ	Secretario Judicial

Artículo 5 bis. Comunicación de negociaciones y efectos.

1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.

En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.

2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

3. El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen.

Caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución.

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

4. Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1;*
- b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación;*
- c) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos;*
- d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio;*
- e) o tenga lugar la declaración de concurso.*

En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso.

Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente.

Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

Lo dispuesto en los cuatro párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas en el primer párrafo de este apartado o haya transcurrido el plazo previsto en el siguiente apartado.

Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

5. 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.

6. Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año."

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	1
2.	LAS FIGURAS REFINANCIADORAS DEL ART. 5 BIS LC	5
2.1	ACUERDO DE REFINANCIACIÓN	5
2.2	ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS	5
2.3	PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO	6
3.	LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE LA FASE PRECONCURSAL	7
3.1	LOS RIESGOS ANTE LOS QUE SE ENFRENTA LA REFINANCIACIÓN	8
3.2	EL AVISO DE LA JURISPRUDENCIA	12
4.	EL ART. 5 BIS LC: HISTORIA Y EVOLUCIÓN	14
4.1	ANTECEDENTES, TIPIFICACIÓN ACTUAL Y PRIMERAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL ART. 5 BIS LC:	14
4.2	PRINCIPALES SOLUCIONES A LAS DEFICIENCIAS DEL ART. 5.3 LC DEROGADO:	21
5.	EL ART. 5 BIS LC: CUESTIONES PROCESALES	24
5.1	EL VACÍO PROCESAL PRODUCIDO POR LA POSITIVIZACIÓN DEL ART. 5 BIS LC	24
5.2	EL LEGITIMADO ACTIVO PARA LA COMUNICACIÓN DE NEGOCIACIONES (ART. 5 BIS APARTADO 1 LC):	27
5.2.1	<i>Las “circunstancias de mérito” del deudor</i>	28
5.2.2	<i>El legitimado en sociedades de capital</i>	31
5.2.1	<i>La especial situación ex art. 5 bis LC de entidades aseguradoras y reaseguradoras</i>	31
5.3	LA PUBLICIDAD O CARÁCTER RESERVADO DEL ART. 5 BIS LC (ART. 5 BIS APARTADO 3 LC):	32
6.	EL ART. 5 BIS: EL “FAVOR DEBITORIS” Y SUS EFECTOS	34
6.1	LA SUSPENSIÓN DEL DEBER DE SOLICITUD DE CONCURSO Y EL OXÍGENO TEMPORAL QUE ELLO COMPORTA (ART. 5 BIS APARTADOS 2 Y 5 LC):	36
6.2	LA ENERVACIÓN DEL DERECHO DE LOS ACREEDORES A SOLICITAR CONCURSO NECESARIO (ART. 5 BIS + ART. 15 LC):	43
6.3	LA PRESUNCIÓN DE NO CULPABILIDAD DEL CONCURSO POR DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA (ART. 5.2 BIS + ART. 165.1 + ART. 22.1 LC):	47
6.4	LA PROHIBICIÓN Y PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES SOBRE EL DEUDOR Y SU PATRIMONIO (ART. 5 BIS APARTADO 4 LC):	53
7.	LA ESPECIAL RELACIÓN ENTRE EL ART. 363.1.E) LSC Y EL ART. 5 BIS LC:	65
7.1.1	<i>PSC + Insolvencia actual</i>	68
7.1.2	<i>PSC + Insolvencia inminente</i>	69
8.	CONCLUSIONES	70

9.	BIBLIOGRAFÍA	74
9.1	LEGISLACIÓN	74
9.2	JURISPRUDENCIA	74
9.3	DOCTRINA	76

1. INTRODUCCIÓN

El año 2008 quedará en la retina de la historia contemporánea como el instante en el que la economía, sus agentes y sus acciones, pusieron en jaque a la sociedad humana.

Las caídas de las bolsas a nivel mundial, propiciadas por una burbuja inmobiliaria que provocaba el pánico en entidades de crédito ante el cobro de sus préstamos, amenazaban y verificaban la fortaleza de la financiación de los Estados, el sustento de familias y, lo que resulta de mayor interés para el presente trabajo, la viabilidad de una gran cantidad de empresas así como el ordenamiento jurídico que las debía prevenir de la debacle financiera.

Y es que aquellos fatídicos días iniciaron una catástrofe jurídica en el terreno empresarial, y más concretamente, en el procedimiento de reestructuración, refinanciación y liquidación de las entidades societarias, lo que denominamos: el procedimiento concursal.

La crisis económica mostró, ante su fiereza, la gran cantidad de flaquezas, deficiencias, vacíos e incongruencias que reflejaba una Ley, la Concursal, que por aquel entonces no era digna de las necesidades societarias del momento, tal y como evidenciaron doctrina y jurisprudencia.

Lejos quedaban aquellos tiempos de bonanza en los que la realidad de la empresa española se centraba en la gestión diaria de ésta, o bien, para aquel que fracasaba en el intento, en una posibilidad de resolución/liquidación como mero trámite. El fracaso se convertía en el orden del día, y la necesidad de protección evidente.

Y es que, a partir de ese instante, la Ley Concursal se ha visto modificada, reformada y actualizada en cuantiosas ocasiones, pero siempre con una simple, única y clara finalidad: la potenciación de la refinanciación en detrimento de la liquidación.

Para el Legislador se hizo completamente evidente que España, y su LC, ostentaban un ordenamiento concursal orientado, en exclusiva, a la tramitación de un procedimiento de mera liquidación de aquella empresa en insolvencia. La caída en picado del tejido empresarial requería cambios y, todos ellos, debían afrontarse mediante una LC fuerte con una intención altamente proteccionista. Ésta, resulta evidente, debía restar al interés finalista y máximo de sustentar y mantener la empresa a flote, dotando del mayor número de posibilidades a deudor y acreedor para que viesen su objetivo conseguido; uno la salvación de su empresa, otro el cobro de sus créditos.

El concurso de acreedores no debía ser una finalidad en sí misma, sino una práctica evitable a toda costa. Ante el aluvión de empresas necesitadas de una Legislación Concursal protectora, y las deficiencias latentes que ésta reflejaba, la teoría y filosofía de la modificación de la LC debía orientarse hacia el blindaje de la denominada *fase preconcursal*.

Ésta, en su conjunto, suscitaba el compendio de todas aquellas medidas factibles de aplicación en situación de insolvencia empresarial mediante las cuales poder reestructurar la deuda de la sociedad, su pasivo, con la férrea intención de que pudiese mantenerse en el tráfico mercantil sin verse abocada al desastre concursal. La negociación entre acreedor y deudor pasaba a ser el epicentro de una Legislación Concursal que tenía la intención de blindar los intereses de los agentes económicos inmiscuidos en el procedimiento concursal a fin de llegar a acuerdos que permitiesen la subsistencia empresarial, con todos y cada uno de los beneficios que ello comporta.

Ahora bien, dicho cambio de mentalidad en el Legislador fue articulado en base a la positivización de una gran cantidad de instituciones jurídicas garantes de la protección de la refinanciación y donde destaca, especialmente, el artículo que asienta las reglas del juego *preconcursal*: el artículo 5 bis LC.

Con un historial de riesgos, deficiencias y ausencias, observaremos como el artículo en cuestión es la primera de las instituciones *preconcursoales* adoptada por el Legislador ante la situación acaecida y, precisamente por ello, toda una fuente de inspiración y conocimiento de la materia concursal y *preconcursal*. Dicho artículo, debió verse incluido como respuesta y solución a los entresijos, en ocasiones vacíos o débiles, de la LC y, por ello, se compone de una estipulación orientada a proteger desde cualquier perspectiva la *fase preconcursal* en su conjunto, desde el periodo de negociaciones hasta la efectiva o no conclusión de un acuerdo, así como a la persona del deudor.

El artículo 5 bis LC regula lo que denominamos “Comunicación de negociaciones”. Una institución orientada a las necesidades expuestas, insertándose en el debate concursal como abanderada de la potenciación, impulso y fortalecimiento de la reestructuración empresarial. La única solución a la catástrofe de líquido.

Veremos como su estipulación se encontrará orientada a un único objetivo, de primordial trascendencia para la viabilidad de nuestras sociedades, la de permitir que acreedor y deudor, ambos en plenas capacidades económicas no debilitadas, logren llegar a un acuerdo mediante una de las propias figuras refinanciadoras que el propio artículo nos aporta. Figuras, instrumentos al servicio de la negociación, el pacto y la refinanciación, que son concretadas en; Acuerdo de Refinanciación (ADR), Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP) o Propuesta Anticipada de Convenio (PAC).

Conceptuado, así, el contexto en el que nos enmarcamos, será objetivo del presente trabajo, en primer término, dilucidar aquellos riesgos ante los que la refinanciación se ha tenido que enfrentar, haciéndola vulnerable, y siendo la fundamentación básica del por qué la liquidación era la resolución habitual de las sociedades en insolvencia.

En segundo término, y dada la observancia del Legislador de dicha problemática, intentaremos dar cuanta mayor luz posible al entramado legal producido por las constantes reformas de la Ley Concursal y que, en su complejidad y amplitud, han permitido fortalecer la *fase preconcursal* mediante una filosofía altamente proteccionista, quizás en exceso.

Nacido de dicha concepción, y siendo el exponente básico de la justificación de protección de la *fase preconcursal*, analizaremos en profundidad el art. 5 bis LC, su esencia, su finalidad, sus aspectos procesales y, sobre todo, sus efectos, siendo éstos los verdaderos garantes de la capacidad de blindaje de la LC así como el foco de cuantas excepciones surgen en torno al procedimiento de negociación de una figura refinanciadora, con todas y cada una de las herramientas que el Legislador pone a disposición de acreedor y deudor, y que los profesionales en la materia debemos conocer.

Como finalidad última, será esencial para el conocimiento más acusado de la materia el atisbar el total *favor debitoris* producido por el Legislador Concursal en su desesperado intento de blindar la refinanciación, entrometiéndose en ocasiones en otras disciplinas jurídicas, así como permitiendo por parte del deudor un total uso de las normas de manera astuta y perspicaz, fruto de lo que su especial posición le ofrece.

Será todo un placer acompañarles en la lectura del presente trabajo con la mayor cantidad de opiniones de aquellos estudiosos del asunto, tanto en doctrina como en jurisprudencia, además de con algunas de mis propias opiniones al respecto de lo que el artículo 5 bis y todos sus efectos nos proporciona.

Espero les sea de agrado y disfruten de éste estudio.

Tal y como yo he hecho en todo lo que su creación me ha aportado.

2. LAS FIGURAS REFINANCIADORAS DEL ART. 5 BIS LC

De manera meramente introductoria, y a fin de permitir una sencilla lectura y comprensión del presente trabajo, hemos creído conveniente mostrar, sin extendernos en exceso en nuestras explicaciones, un pequeño acercamiento a las tres figuras refinanciadoras por antonomasia y de prioridad absoluta para la positivización del artículo que nos disponemos a analizar: el art. 5 bis LC.

2.1 Acuerdo de Refinanciación

La definición por excelencia del ADR nos la ofrece la propia legislación concursal mediante la positivización de la DA4ª, cuando los delimita como aquellos: *“alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo”*.

Las últimas actualizaciones legislativas, a su vez, han añadido la posibilidad de ver dichos acuerdos homologados judicialmente, con los intrínsecos beneficios que ello comporta tanto para la figura como para las partes implicadas, subordinándolo al cumplimiento de ciertos requisitos de porcentaje de pasivo negociado, pretendiendo fortalecer la negociación vinculando a cuantos mayores acreedores posibles.

2.2 Acuerdo Extrajudicial de Pagos

El AEP se muestra como un procedimiento de negociación de deuda en *fase preconcursal* impulsado, estructurado y organizado por la figura de un mediador concursal, que permita la reestructuración de pasivo mediante acuerdo *inter partes*, así como la consecución de un plan de pagos privado (excluyendo, en todo caso, las deudas de derecho público).

Dicho procedimiento, previo al concurso o alternativo a éste, permitirá el pacto de quitas de hasta un 25% de los créditos y esperas de hasta 3 años¹, legislación tangencialmente opuesta a la de la siguiente de las figuras a analizar, la PAC (que, en base al art. 100 y 124 LC, ha visto sus límites de quita y espera de hasta un 50% del importe de los créditos ordinarios y de 5 años máximo completamente suprimidos).

2.3 Propuesta anticipada de Convenio

La PAC resulta ser una propuesta de convenio que el mismo deudor presenta ante el Juzgado competente del procedimiento concursal en el espacio temporal que transcurre desde el momento de la solicitud del concurso de acreedores (ya sea voluntario o necesario) hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, incluyendo, en todo caso, la singularidad de presentación en *fase preconcursal*.

La solicitud podrá realizarse por parte del deudor siempre que no hubiese solicitado la liquidación de la empresa concursada ni se encuentre afectado por las prohibiciones que marca la Ley para ello.

Mediante la PAC, se solicitará al Juez una autorización motivada de los de los acuerdos de quita y espera que se pretende consensuar con los acreedores, dentro de los límites que la propia legislación determina².

¹ Si la espera no es superior a cinco años y la quita no es superior al 25% es necesario el voto favorable del 60% del pasivo que se vea afectado por el acuerdo. Si las esperas son superiores a cinco años, pero inferiores a diez años y las quitas superiores al 25% es preciso el voto favorable del 75% del pasivo.

² Con la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y posterior redacción dada por Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, el art. 124 LC 22/2003 distingue dos mayorías para aprobar las propuestas de convenio, del 50% o el 65%, si se prevén quitas superiores al 50%, o esperas superiores a los cinco años, o conversión de deudas en préstamos participativos durante el mismo plazo, o no. De esta forma, se da un cambio absoluto a los límites del convenio, que hasta la reforma se cifraban en quitas del 50% y esperas de cinco años, que podían superarse, previa autorización del juez, en los supuestos de empresas de especial trascendencia para la economía. Extremo, este último, que se suprime en la reforma, pudiendo superarse tales límites (en los casos de espera hasta 10 años), siempre que vote a su favor el 65% del pasivo ordinario, independientemente del tipo de concursado de que se trate.

3. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE LA FASE PRECONCURSAL

Es primordial para el presente estudio, antes de profundizar en las estipulaciones, pretensiones, finalidades y deficiencias del artículo 5 bis LC, comprender, de manera clara, el porqué de su inclusión en la Legislación Concursal actual y la finalidad que persigue el Legislador con ello.

La realidad de la creación y positivización del artículo 5 bis LC se debe a la consecución manifiesta de ciertas deficiencias en la Legislación Concursal evidenciadas, con el paso de los años, por parte de doctrina y jurisprudencia.

Y es que, si bien la Ley Concursal es promulgada en el año 2003, la sustantividad de su actualización ha supuesto un quebradero de cabeza para el Legislador desde una imperiosa y sobrevenida necesidad de modificación desde el momento en el cual ésta supone la única respuesta a miles de sociedades que, desde el año 2008, sucumben a la ya conocida crisis económica y sus nocivos efectos para nuestro tejido empresarial.

Desde ese preciso instante, resultan evidentes una gran cantidad de vacíos y defectos que la Ley presenta en torno a la *fase preconcursal*, haciéndola vulnerable, y propiciando que la refinanciación sucumba ante la verdadera finalidad de la LC de aquella época, centrada en gestionar un procedimiento de mera liquidación y no una refinanciación que substituya dicho drama mercantil.

El Legislador observa, impotente, como, tanto acreedor como deudor muestran una actitud completamente desinteresada ante la refinanciación, encontrándose desincentivados. En ese momento, resulta evidente que la realidad del procedimiento Concursal debe sustentarse en hacer fuerte la opción alternativa a la liquidación, la negociación, en pos de resultar todo un salvavidas para la empresa en problemas y una solución menos gravosa para todo aquel acreedor que no desee ver su crédito excesivamente perjudicado, debiendo incentivárseles.

Ante dicha tesitura, el Legislador comprende que la única solución posible es potenciar la *fase preconcursal*, y de ésta manera la refinanciación, mediante la inclusión de todo un entramado legal que certifique un blindaje incentivador de ésta y protector de los riesgos que dicha situación acarrea.

Es en dicho contexto en el cual nace el artículo 5 bis LC, como representante de la *fase preconcursal* y, consecuentemente, como garante de la refinanciación en sí. Su finalidad será la de provocar una modificación en el interés de los agentes económicos participantes en el procedimiento Concursal, así como la de modular sus actuaciones y actitudes en aras de que tomen la vía de la negociación que se les brinda, por el bien de resolver la situación de la manera más beneficiosa.

Se dotará a las partes de las mayores herramientas e intereses posibles en pos de verse incentivados a la consecución exitosa de una figura refinanciadora, ya sea ADR, AEP o PAC, con el acuerdo como único objetivo.

Así pues, a fin de comprender en su complejidad el artículo 5 bis LC, en su incipiente necesidad de ser la alternativa al concurso, resulta esencial observar todos y cada uno de aquellos *hándicaps* o *riesgos* ante los que debe luchar la *fase preconcursal*.

3.1 Los riesgos ante los que se enfrenta la refinanciación

Un concienzudo estudio de la doctrina de éste país entre los años 2003 (fecha de la promulgación de la LC) y 2008 (fecha de la constatación de su inutilidad) nos hace ser conscientes de la cantidad de riesgos ante los que la refinanciación puede sucumbir, así como de las flaquezas ante las que se enfrenta una *fase preconcursal* que necesitaba blindar las negociaciones, pero que únicamente actuaba en detrimento de su éxito³.

³ Flaquezas y riesgos puestos de manifiesto, entre tantos otros, por:

OLIVENCIA RUIZ, Manuel. “Concurso y precurso” de la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 22/2015.

PASTOR SEMPERE, María del Carmen. “Daciones de pago y acuerdos extrajudiciales de pago” de la Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 121-145, ISSN 1698-4188, Nº. 21, 2014, Página 125.

AZNAR GINER, Eduardo. “La reforma concursal del Real Decreto-Ley 4/2014”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2014, ISBN13:9788490539989, 3ª Edición, en constantes ocasiones.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, en constantes ocasiones y “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex artículo 5.3LC en el marco del RDL 3/2009”, RDCyP, núm. 11, 2009, igualmente en constantes ocasiones.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, en constantes ocasiones.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso”, RDCyP, núm. 12, 2010.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alberto. “En torno al nuevo art. 5.3 de la Ley Concursal”. Anuario de Derecho Concursal, 2010.

El primero de ellos resulta evidente, el deseo irrefutable de mantener la empresa a flote. La supervivencia en el tráfico jurídico mercantil de la empresa en insolvencia resulta ser el principal objetivo de la Ley Concursal y, a su vez, el mayor problema a resolver.

La perspectiva previa al inicio de comunicaciones debe observarse como una etapa altamente delicada en la cual la entidad que nos encontramos tratando se encuentra en una situación de insolvencia o *preinsolvencia* (dependiendo de si se trata de actual o inminente) que, si bien no, requiere un trato de total excepcionalidad, a fin de que ésta pueda continuar productivamente con su actividad económica y logre evitar una situación de Concurso que a nadie beneficia.

Otra consideración relevante a tener en cuenta será la de que el proceso de refinanciación, como pura negociación *inter partes*, puede dilatarse en el tiempo de manera exagerada, sumado a la consiguiente lacra pública que dicha situación provoca en la empresa ante el mercado en el que opera. Es por ello por lo que, su sustento indemne, en la manera de lo posible y en todo ámbito plausible, debe suponer el principal objetivo a lograr. Y es que, es necesario comprender que la viabilidad financiera de una empresa no tiene por qué estar intrínsecamente relacionada con su viabilidad optativa, pudiendo ser susceptible de generar beneficios aun cuando se encuentre en una situación de escasez de líquido.

Por último, y quizás más importante, otro de los principales problemas será el de aglutinar en una misma mesa todos aquellos intereses crediticios que, a su vez, deben ser convencidos ante el planteamiento de reestructuración de pasivo en porcentajes de cierta relevancia con el fin de considerar opciones alternativas a la liquidación.

Y es que los acreedores tendrán en su mano el permitir o no la continuidad de las negociaciones, pudiendo en cualquier momento bombardearlas o detenerlas en perjuicio de la consecución de un acuerdo mediante una gran cantidad de acciones o actitudes detonadoras de ello. Entre otras, podrán simplemente levantarse de la mesa o propiciar la culpabilidad del concurso frente al deudor por no comunicación ex art. 5 LC, en función de su obligación ex art. 3 LC.

SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. “La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)”. Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 85-98. ISSN 1698-4188, N°. 11, 2009.
O HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano Carlos. Artículo “La nueva fase preconcursal”. Diario la Ley, 29 de octubre de 2009.

Y si su actitud continuase en dicha línea, igualmente podrían provocar una “despatrimonialización”⁴ de éste mediante acciones de ejecución para las que se encuentran procesalmente legitimados, y lo que provocaría una verdadera merma de las capacidades de negociación del deudor.

Es de especial relevancia recordar, además, que la declaración del concurso como necesario, es decir, instado por acreedor legitimado, acarrea para éste ciertos beneficios que pueden propiciar su instancia de manera interesada, oportunista. Entre ellos se encuentran; la consignación del importe vencido del crédito del solicitante (art. 19.2 LC), la consideración de las costas en las que haya incurrido como crédito contra la masa (84.1.2º LC) y un privilegio para el acreedor instante mediante el cual se eleva en un 50% la cuantía del importe de los créditos de los que fuese titular dicho acreedor (art. 91.7º LC)⁵.

Y es que observamos cómo, a priori, los acreedores gozan de una gran cantidad de derechos en el proceso de negociación que deben tenerse en cuenta si el interés general es el de la refinanciación, no encaminándose siempre ambos intereses en una misma dirección, y tal y como podemos percibir de la dicotomía formada por los artículos 2.4 y 3.1 LC⁶. En ellos, se puede observar como resultarán legitimados para instar el concurso todos aquellos acreedores del deudor, independientemente del porcentaje de pasivo que supongan⁷, si éste se encuentra en situación de insolvencia actual (recordamos que la insolvencia inminente únicamente se permite ex art. 2.3 LC a la persona del deudor).

⁴ PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcurso y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 571, se refiere a dicha consideración como de “esquilmación” del patrimonio del deudor.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, capítulo 4, como “aminorar el daño a (...) bienes patrimoniales que habrán de constituir la masa activa del posible concurso”.

⁵ Consideración realizada en PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcurso y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 535.

⁶ En concreto, goza de especial relevancia del artículo 2 LC la siguiente consideración:

“4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en (...), o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.”

En cuanto al artículo 3 LC:

“1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley.”

⁷ Deducción adoptada de la interpretación única y literal de la dicción legal, analizándolo como un riesgo ante el que la refinanciación se enfrentará, dado que, jurisprudencialmente, observaremos como, en efecto, el porcentaje de crédito que el acreedor represente en el pasivo del deudor sí resulta ser un aspecto a tener en cuenta en supuestos de insolvencia actual y concurso necesario.

De esta forma, por ejemplo, resultará únicamente necesario que el deudor haya sobreseído sus obligaciones de pago sobre el acreedor (entre otras opciones tasadas ex art. 2.4 LC) para que nazca en éste la legitimación justificada suficiente para solicitar la declaración de concurso del deudor, con su consecuente declaración como culpable.

Dichas consideraciones nos abocan necesariamente a plantearnos la posibilidad de que cualquier acreedor, aun cuando su crédito sea irrelevante en el pasivo del deudor, podría solicitar irresponsable o interesadamente el concurso de éste, en detrimento de la *fase preconcursal*, del patrimonio del deudor, de su imagen pública y de su culpabilidad ex art. 5 LC tras su incomunicación en el plazo previsto.

Ante dicha situación, nos ha resultado especialmente curioso el planteamiento que PULGAR EZQUERRA J. realiza al respecto de la saturación real de los Juzgados de lo Mercantil tras la crisis económica. Argumenta que, su congestión, puede propiciar una eternidad temporal entre la solicitud de concurso necesario, la oposición del deudor ex art. 18.2 LC y el pronunciamiento del Juez sobre su declaración o no, “*soportando el deudor un concurso fáctico que puede deteriorar su imagen y, sobre todo, su acceso al crédito*”⁸.

Una posible respuesta a las perjudiciales actuaciones que podría adoptar el acreedor son los denominados “*pactos stand still*”. Dichos pactos, de no agresión, podrían considerarse una práctica habitual y, podemos decir, noble, permitida por aquellos acreedores que han visto como el deudor, en situación de insolvencia, les solicitaba liquidez, paralización de ejecuciones o ayuda en los métodos de pago de su crédito. Ahora bien, los “*stand still*”, únicamente vincularán a deudor y acreedor de manera informal, y solo una vez hayan pactado, lo que supone una problemática importante en cuanto a ciertos parámetros; por un lado, dicho acreedor no se encontrará obligado a mantener su actitud durante todo el período temporal que puede suponer la negociación, por otro, y dado que el posible pacto será bilateral entre deudor y un único acreedor, una gran cantidad de acreedores quedarán excluidos de él, pudiendo éstos actuar unilateralmente contra el deudor y, así, obstaculizar cualquier negociación.

⁸ PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación”. Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 25-40, ISSN 1698-4188, Nº. 14, 2011.

He aquí donde nace una problemática esencial para las sociedades de este país en su intento de negociar su pasivo y que ha propiciado, en mayor medida, la redacción del artículo 5 bis LC actual.

Se hacen evidentes todos aquellos riesgos ante los que la refinanciación se enfrenta, así como la total necesidad de protección que la *fase preconcursal* requiere, incluyendo todo el conjunto del procedimiento de negociación hasta la efectiva consecución de un acuerdo (o finalización extemporánea por no consenso). Ante una inicial autonomía de la voluntad galopante en el procedimiento concursal, la Legislación no supo ver sus perjuicios, denotando flaquezas, vacíos y deficiencias de grave vulnerabilidad para nuestro tejido societario. Y es ante la abrumadora ausencia de protección por lo que se promulga, incluye y potencia la institución objeto del presente estudio; el artículo 5 bis LC y la “Comunicación de inicio de negociaciones”.

3.2 El aviso de la jurisprudencia

Los Juzgados y Tribunales españoles, ante la evidencia de los riesgos que suponía una negociación desprotegida y a expensas de los designios y voluntades de las partes, dotó prudencialmente de coherencia a la interpretación legislativa concursal del momento. No pasó desapercibido para éstos como los riesgos se materializaban en graves incongruencias, vacíos y deficiencias que la LC no podía amparar, instando desde sus Salas a una modificación legislativa si realmente la necesidad de protección era la finalidad a perseguir⁹.

⁹ Algunos de las primeras respuestas jurisprudenciales al respecto de la completa flaqueza de la fase refinanciadora ante los riesgos a los que se enfrenta, así como de la incapacidad por parte de los Tribunales de realizar una interpretación extensiva de la Legislación Concursal son:

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1992, autos 608/1992, (TOL1.643.765).

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1992, autos 423/1992, (TOL1.534.267).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1996, autos 673/1996, (TOL1.796.918).

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1998, autos 589/1998, (TOL1.867.264).

Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de enero de 2006, autos 75/2006, (TOL1.564.624).

Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de febrero de 2006, autos 120/2006, (TOL1.687.667).

Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de marzo de 2006, autos 167/2006, (TOL1.236.256).

Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 2006, autos 675/2006, (TOL1.832.541).

Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de septiembre de 2006, autos 473/2006, (TOL1.773.263).

Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 17 de septiembre de 2007, autos 313/2009, (TOL1.527.504).

Destacar que, hasta el momento en el que se logra una efectiva consecución de una actualización de la Ley Concursal, observamos como los Juzgados y Tribunales españoles se refieren en constantes ocasiones al Legislador español instando a tales modificaciones. En constantes fallos y sentencias comprendemos como jueces y magistrados se ven proclives a realizar una interpretación extensiva y positiva de preceptos concursales en torno al refuerzo de la *preconcuralidad* aun cuando, finalmente, no adoptan dicho criterio por encontrarse fuera de su competencia, una vez más, instando al Legislador a tener en cuenta sus consideraciones. Dicha situación se irá observando con asiduidad en el presente estudio en el momento en el que analicemos algunos fallos jurisprudenciales ceñidos a efectos *preconcursoles* concretos.

Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de enero de 2008, autos 422/2008, (TOL1.238.436).

Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de abril de 2008, autos 533/2008, (TOL1.963.384).

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Barcelona de 25 de junio de 2008 (en su considerando cuarto), autos 342/2008, (TOL1.726.043).

Auto del Juzgado de lo Mercantil 2 de Madrid de 5 de mayo de 2009, 225/2009, (TOL1.643.572).

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid de 17 de febrero de 2012, 258/2012, (TOL1.835.189).

De los autos y sentencias anteriores, debemos destacar, cada una de ellas se centra en analizar un aspecto concursal concreto que, a priori, no resulta directamente interesante para el trabajo que nos atañe. La intención de presentar dicha jurisprudencia es, única y exclusivamente, dotar al lector de ejemplos manifiestos en los que la jurisprudencia española comprende, enfoca y critica los riesgos y deficiencias que la Legislación Concursal del momento ostenta. En todas ellas observamos constantes análisis orientados a una creación e interpretación legislativa que potenciaría la refinanciación ante la gran cantidad de vacíos y escollos a los que se enfrente pero que, lamentablemente, no pueden subsanar.

4. EL ART. 5 BIS LC: HISTORIA Y EVOLUCIÓN

4.1 Antecedentes, tipificación actual y primeras consideraciones respecto del art. 5 bis LC:

Ante una plácida inicial situación concursal, una posterior fase de apercibimiento del incuestionable número de riesgos frente a los que la refinanciación debía enfrentarse, así como al aluvión de vacíos y deficiencias que la LC mostraba en su insuficiente protección, el Legislador Concursal reflejó una actitud de total rebosamiento, mostrándose completamente sobrepasado por las circunstancias y yendo a remolque de aquellos problemas que surgían en la práctica concursal, pretendiendo adaptarse a ellos de manera progresiva.

Inicialmente, partíamos de la base de una LC que observaba la *fase preconcursal* como aquel trámite sin garantías reales de éxito y, básicamente, de procedimiento previo a la que sería la *fase concursal* como representante último de dicha Ley. Sobrevenida la crisis económica, y la debacle empresarial, comenzó a surgir la idea que nos ocupa, la protección de la refinanciación con la intención de hacerla el eje esencial de la Legislación. Ello comportó la revelación de una gran cantidad de deficiencias técnicas y prácticas que la LC presentaba respecto a la realidad de la actitud que los agentes económicos mostraban sobre dicha fase, inexistente. Por ello, el Legislador, mediante constantes reformas Legislativas, intentó sufragar dicho vacío, bloqueando la fase refinanciadora, con la férrea intención de no mostrarla vulnerable frente a los riesgos que la debilitaban, partiendo, principalmente, de la positivización del artículo 5 bis LC y su predecesor.

Antes de comenzar a analizar los antecedentes legislativos del artículo que nos atañe deseamos hacer una especial mención al hecho de por qué la denominación de “*fase preconcursal*” se encuentra constantemente remarcada en el presente trabajo. Hemos creído conveniente acentuar dicha denominación precisamente por el hecho de que encontramos cierto debate doctrinal al respecto de si ese debe o no ser el nombre a otorgar a esta fase previa al concurso, un periodo de refinanciación, negociaciones y reestructuración de pasivo. Dicha cuestión nace de manera intrínseca por la positivización del artículo 5 bis LC y su antecedente legislativo, por la inclusión en el articulado concursal de la obligación de comunicación de inicio de negociaciones ante el Juzgado, previa a la declaración, o no, de un futuro concurso.

La primera de las líneas dogmáticas considera la presente institución como completamente *preconcurso* por el hecho de ser una comunicación, para la que únicamente se encontrará legitimado el deudor, que, si no fructifera, producirá efectos positivos para éste en un definitivo concurso, siendo una fase de obligado paso previo¹⁰. Por otro lado, resulta evidente para algunos autores el hecho de que aludir a un *precurso* suscita cierta alarma de preparación de una más que posible insolvencia y futuro concurso con los elementos perjudiciales que ello puede comportar a una empresa en dificultades (p.e. en su actividad con acreedores y proveedores), cuando realmente, lo único que propicia la comunicación de negociaciones es el inicio de una fase de refinanciación y reestructuración de pasivo que no tiene por qué ser esencialmente perturbadora¹¹. Fuere como fuese, el término “*fase precurso*” goza de un éxito sin precedentes en el entorno dogmático y jurisprudencial de este país y, sumado al hecho de que es ciertamente práctico y visual denominar al periodo refinanciador como tal, así resultará definido en el presente trabajo, aun cuando su delimitación, en nuestra consideración, sí que podría ser contraproducente a la intención de dicha fase (pudiendo habersele denominado como periodo *paraconcurso*).

Una vez manifestada dicha aclaración, será esencial para comprender el alcance y relevancia del que goza la *fase precurso* en nuestro sistema actual y, por consecuencia, sus efectos en la posición tanto de deudor como de acreedor, conocer en profundidad el art. 5 bis LC¹², precepto que da inicio a la *fase precurso* y que suscita el eje del presente estudio.

¹⁰ Opinión mostrada, entre otros, por:

AZNAR GINER, Eduardo. “Los acuerdos de refinanciación y la Ley Concursal” Tirant lo Blanch, Madrid, 2010, Página 36.

SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. “La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)”. Revista de derecho concursal y paraconcurso: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 85-98. ISSN 1698-4188, Nº. 11, 2009, Página 89.

HERNÁNDEZ ARRANZ Mariano Carlos. Artículo “La nueva fase precurso”. Diario la Ley, 29 de octubre de 2009, Página 16.

¹¹ Opción adoptada por:

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcurso y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 547.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel. “Concurso y precurso” de la Revista de Derecho Concursal y Paraconcurso, nº 22/2015.

Resulta especialmente característica la apreciación que realiza el propio OLIVENCIA en la “Revisita concursal y paraconcurso” cuando delimita que “Quizás hubiese sido más correcto gramaticalmente designar el segundo periodo con el prefijo para-, que es el que se utiliza en el título de nuestra Revista”.

¹² Incluido mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal <<BOE núm. 245, de 11.10.2011>> en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal <<BOE núm. 164 de 10.07.2003>>.

La comunicación de inicio de negociaciones es un deber impuesto al empresario tras su obligación de comunicación de su situación de insolvencia, regulado en el art. 5 LC, y el cual dota al deudor de un plazo de dos meses para instar a la efectiva declaración de concurso, o bien, a la tramitación efectiva de un inicio de negociaciones que le permita depurar su pasivo a fin de subsanar la situación de insolvencia en la que se encuentra, evitando así un procedimiento concursal que sentencia una dramática derrota para todos y cada uno de los actores del juego empresarial.

Aun así, la realidad histórica de la positivización del inicio del procedimiento *preconcurso* ha sido uno de los aspectos en los que el Legislador se ha visto obligado a mostrar más interés. La comunicación de inicio de negociaciones, como institución, goza de una relevancia sin precedentes en el panorama concursal en cuanto a la gran cantidad y calado de modificaciones que ha sufrido, con una clara y última finalidad; la consecución del éxito de la refinanciación, salvaguardando las posibilidades de la continuidad empresarial en aras de la evasión del concurso.

Y es que, el artículo en cuestión, viene precedido del que fue el art. 5.3 de la Ley Concursal, actualmente derogado¹³, y por el cual se estipulaba un inicio de negociaciones tangencialmente opuesto a la delimitación actual. Reproducimos a pie de página el art. 5.3 LC en cuestión a fin de poder analizar las deficiencias que éste presentaba y que han propiciado la positivización actual art. 5 bis LC¹⁴.

Dicha estipulación provocaba una regulación altamente problemática en cuanto a su ámbito material, así como a su puesta en práctica por parte de acreedores, deudores e, inclusive, órganos jurisdiccionales, siendo el reflejo de la, en ocasiones, imprudente legislación propugnada por un Legislador completamente subordinado a la desesperación de protección del momento.

¹³ Inicialmente incluido mediante el art. 10.1 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica <<BOE núm. 78, de 31.03.2009>> en el art. 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal <<BOE núm. 164 de 10.07.2003>> para ser posteriormente derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre <<BOE núm. 245 de 11.10.2011>> por el definitivo art. 5 bis LC.

¹⁴ Reproducción del ya derogado art. 5.3LC: *“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 del 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”*.

El *primero* de ellos era el hecho de que la comunicación de inicio de negociaciones únicamente estaba prevista para el supuesto de “insolvencia actual”, obviando la posibilidad de iniciar los trámites de negociación de deuda en una situación de “insolvencia inminente”¹⁵.

De esta manera, se desprende de dicha figura jurídica una estipulación orientada a observar la comunicación de negociaciones como mero trámite del previsible futuro concurso, y no como la incipiente necesidad de promover el acuerdo entre deudor y acreedor por el bien de evitarlo. Y es que, una regulación que permitiese la inminencia de la insolvencia como posibilidad tasada para el inicio de la refinanciación, permitiría una mayor previsibilidad de la situación económica y financiera empresarial, dotando de un mayor eje de maniobra a las partes para la consecución de un acuerdo, tal y como la Jurisprudencia de éste país ha puesto de manifiesto en cuantiosas ocasiones¹⁶. Además, otro de los efectos propiciados por la única estipulación de la insolvencia “*actual*” es el hecho de que, en el momento en el que el deudor comunica el inicio de negociaciones, éste se encuentra confesando implícitamente su situación de insolvencia, pudiendo acarrear, de manera indirecta, graves perjuicios en su actividad (la cual se pretende mantener a toda costa)¹⁷.

¹⁵ Considerándolo parte de la doctrina como una disposición carente de explicación y eficacia si lo que realmente se deseaba amparar era la insolvencia, fuera cual fuese su estado.

Opinión mostrada por GARCÍA CRUCES, José Antonio. “Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación”. Civitas, Madrid, 2010, Página 740.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “El concurso de acreedores: la declaración” Revista La Declaración, Madrid, 2009, Página, 460.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcurso y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 548.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4.

ETXERANDIO HERRERA, Edorta J. “Manual de Derecho concursal”, La Ley Actualidad, Madrid, 2009, Página 56.

ALONSO ESPINOSA, Francisco José. “Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el RD-ley 3/2009”. Anuario de Derecho Concursal, nº 21/2010, págs. 143-161, Civitas, 2010, Página 153 y ss.

¹⁶ Así pudo comprobarse en una interpretación que consideraba que el deudor no tenía necesidad de que se le ampliara el plazo de un deber legal que no le era exigible, dado que en situación de insolvencia inminente aún no se encontraba obligado a la declaración de su concurso:

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 17 de abril de 2009 (JUR 2009,146143) autos 420/2009 (EDJ 2009/326377).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección 28 de 5 de febrero de 2010 (AC 2010,835) número 21/2010, recurso 248/2009 (EDJ 2010/35199).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 28 de mayo de 2010 (JUR 2010,251295) número 69/2010, recurso 1/2010 (EDJ 2010/134974).

¹⁷ Idea reflejada por PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcurso y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 548, cuando prevé la posibilidad de que el empresario ostente contratos, como p.e. el de licencia de marca, con una cláusula de rescisión por el hecho de que el licenciatario se encuentre en insolvencia.

Como *segunda* problemática que planteaba el art. 5.3 LC, se dirimía como deber el hecho de iniciar la comunicación de reestructuración de deuda mediante, únicamente, la figura de la “Propuesta Anticipada de Convenio” (PAC), sin ni tan si quiera plantear el acuerdo de refinanciación (el cual por entonces se encontraba regulado en la DA4ª en su totalidad, para posteriormente, en 2011, estipularse en el art. 71.6 LC) o el acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante AEP). Y es que la PAC, como procedimiento de mera adhesión por parte de los acreedores, suscitaba una figura mucho más ágil, cómoda y económica¹⁸ pero, a la vez, dejaba entrever el hecho de que la finalidad de la comunicación no era la de blindar un procedimiento *preconcursal* de refinanciación, sino, de nuevo, anteponer a la fase concursal un trámite rápido y sencillo.

El art. 5.3 LC en cuestión, mostraba una incongruencia manifiesta. Si bien el Legislador deseaba potenciar la refinanciación, limitaba ésta a únicamente una figura como la PAC, en detrimento de otras instituciones que podrían perseguir la misma finalidad, aumentando las posibilidades de éxito¹⁹.

Como *tercera* y última problemática suscitada por el artículo 5.3 LC, deseamos analizar la gran antítesis jurisprudencial dada sobre el papel que debe jugar el Juez en cuanto a los requisitos a imponer al deudor ante su deseo de amparo bajo la institución analizada. La duda es si éste debe requerir al deudor prueba o documentación acreditativa alguna que certifique que, efectivamente, se encuentra en situación de insolvencia así como que ha iniciado un periodo de negociaciones con sus acreedores (y así comprobar que no se está haciendo un uso fraudulento del parapeto de la institución).

¹⁸ En palabras de AZNAR GINER, Eduardo. “La reforma concursal del Real Decreto-Ley 4/2014”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2014, ISBN13:9788490539989, 3ª Edición.

¹⁹ Dicha deficiencia de la LC fue puesta de manifiesto por parte de la doctrina de éste país por, entre otros:

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso”, RDCyP, núm. 12, 2010, Página 262.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alberto. “En torno al nuevo art. 5.3 de la Ley Concursal”. Anuario de Derecho Concursal, 2010, Página 124.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4.

GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, Borja. Capítulo “El presupuesto objetivo del concurso y los problemas de su concreción práctica”, del Libro “Crisis empresarial y concurso: comentarios legales”. Thomson Reuters, Aranzadi, Garrigues, 2010, Navarra, Página 194.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex artículo 5.3LC en el marco del RDL 3/2009”, RDCyP, núm. 11, 2009, Página 54.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 548.

GUTIERREZ GILSANZ, Javier. “Comunicación de inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio”. Revista de Derecho Mercantil, 2010, Páginas 645-687.

La duda es sencilla aun cuando las repercusiones de una decisión a este respecto son inmensas. Si el deudor desea hacer valer su derecho de blindaje ex art. 5.3 LC ¿debe acreditar su insolvencia y el inicio de las negociaciones?

Dado que el articulado nada decía sobre la naturaleza procesal de la institución, surgieron sentencias completamente dispares respecto de cuál debía ser el criterio a seguir²⁰.

Así como una consecuente antítesis doctrinal referente a cada una de dichas posturas en lo referente a si debía o no acreditarse el efectivo inicio de negociaciones o la realidad de su inicial insolvencia²¹.

²⁰ Nos encontramos un vertiente jurisprudencial que considera que únicamente podrá suspenderse el deber de solicitar el concurso por parte del deudor si se acredita la insolvencia actual y se prueba el inicio de las negociaciones, iniciándose la fase preconcursal exclusivamente si quedaba acreditado:

Auto de 11 de marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, autos 81/2009, (TOL1.528.746).

Auto de 11 de mayo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Granada (EDJ 2009/62500)

Auto de 28 de junio de 2010 del Juzgado de lo Mercantil de Pamplona, autos 647/2010, (TOL1.769.992).

Autos de 7 y 9 de julio de 2009 del Juzgado de Primera Instancia y Mercantil de Cuenca, autos 658/2009, (TOL1.658.826) y (TOL 1.669.828) respectivamente.

Auto de 23 de octubre de 2009 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Pontevedra, autos 420/2009, (TOL1.776.028).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2010 (AC 2010,835) número 21/2010, recurso 248/2009 (EDJ 2010/35199).

Frente a ellos, otro sector consideraba innecesaria la acreditación de la insolvencia y la prueba de haberse iniciado las negociaciones, bastando la declaración del deudor acreditativa de ello:

Autos de 14 y 17 de abril de 2009 del Juzgado de lo Mercantil 5 de Madrid, AUTOS: 420/09, (TOL1.769.992) / (TOL1.776.028).

Auto de 29 de abril de 2009 del Juzgado Mercantil 3 de Madrid, autos 420/2009, (TOL1.776.028).

Auto de 11 mayo de 2009 del Juzgado Mercantil 8 de Barcelona, asunto: 333/2009D (Diligencias preparatorias a solicitud de concurso), (TOL1.788.709).

Auto de 11 de mayo de 2009 del Juzgado de Primera Instancia 6 y Mercantil de Badajoz, autos 372/2009, (TOL1.423.383).

Auto de 18 de mayo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Madrid, autos 333/2009, (TOL1.788.709).

Auto de 2 de junio de 2009 del Juzgado Mercantil 1 de Bilbao núm. 576/2009 (EDJ 2009/110574).

Auto de 16 de junio de 2009 del Juzgado Mercantil 1 de A Coruña, autos 313/2009, (TOL1.527.504).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 6 de julio de 2010 (AC 2010,1501) número 153/2010, recurso 8871/2009 (EDJ 2010/229309).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra sección 1 de 21 de enero de 2010 (JUR 2010,101708) y de 27 de enero de 2010 (JUR 2010,113343) número 13/201 recurso 830/2009 (EDJ 2010/20703) y número 16/2010 recurso 3/2010 (EDJ 2010/29349) respectivamente.

²¹ Entre otros, en favor de la literalidad del texto y, por tanto, de la necesidad de requerir que efectivamente se hubiesen iniciado las negociaciones:

GARCÍA CRUCES, José Antonio. “Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación”. Civitas, Madrid, 2010, Página 735,

SENÉS MONTILLA, Carmen. “La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”, Anuario de Derecho Concursal núm.33, Pamplona, 2014, Página 81, septiembre-diciembre, 2011 cuando apunta a que parece conveniente una justificación, al menos, de una propuesta inicial que dé sentido a las negociaciones, sin pena de propiciar el fraude procesal ex art. 247.2 LEC.

O, en contra, y bastando únicamente la declaración del deudor sin justificación alguna:

DÍAZ MORENO, Alberto. “Las negociaciones para obtener la propuesta anticipada”, con Jiménez Sánchez (coord.), Manual de Derecho Mercantil, vol. II, Ariel, Barcelona, 2009.

A la que se sumó, finalmente, otra lucha doctrinal respecto a si, transcurrido el plazo de comunicación del total de seis meses²², el deudor debía en todo caso solicitar el concurso o, únicamente, si concurriese una situación ya certificada de insolvencia²³.

Fuere como fuese, en este punto de vacíos y deficiencias, resultó manifiesta la necesidad de una completa revisión de la institución conocida como “Comunicación de negociaciones” y, precisamente por ello, se procedió a la derogación del artículo 5.3 LC en detrimento del actual artículo 5 bis LC, el cual fue implantado mediante la Ley 38/2011²⁴, sufriendo una posterior modificación a partir del RDL 14/2014²⁵, siendo consolidado por la Ley 17/2014²⁶ y, finalmente, complementado a partir del RDL 1/2015²⁷ que decidió consolidarse a partir de la numerada Ley 9/2015²⁸.

Ciñéndonos a la última modificación, dicho artículo emana cierta luz sobre algunas de las cuestiones planteadas y, sobre todo, respecto de la filosofía general de la que quiere dotar la Ley Concursal a la refinanciación, pero, a su vez, también comprende dudas e incongruencias que merecen ser comentadas.

AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016, ISBN13:9788491199045, 3ª Edición, Página 99.

DAMIÁN MORENO, Juan. “Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración del concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo)”, Anuario de Derecho Concursal, Madrid, 2010, Página 172.

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. “El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial», Bosch, Barcelona, 2013, Página 52.

²² Plazo que estudiaremos con detenimiento más adelante, dado que, inicialmente, el plazo de comunicación de negociaciones únicamente se permite para un plazo máximo de cuatro meses.

²³ Situación puesta de manifiesto por el hecho de considerar o no la “insolvencia” como la única fundamentación inequívoca de la solicitud del concurso, y reflejada por:

GUTIERREZ GILSANZ, Javier. “Comunicación de inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio”. Revista de Derecho Mercantil, 2010, Páginas 658-659.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex artículo 5.3LC en el marco del RDL 3/2009”, RDCyP, núm. 11, 2009, Páginas 49-60.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 549.

AZOFRA VEGAS, Fernando. “El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación”. Revista El Notario del Siglo XXI, 2009, número 25.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso”, RDCyP, núm. 12, 2010 (a propósito del Auto de primera instancia num.97 Mercantil de Córdoba de 10 de septiembre de 2009”.

²⁴ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal - <<BOE núm. 245, de 11.10.2011>>-.

²⁵ Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan materias urgentes en materia de refinanciación u reestructuración de deuda empresarial <<BOE núm. 58 de 8.5.2014>>

²⁶ Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración patrimonial <<BOE núm. 238 de 1.10.2014 >>

²⁷ Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social - <<BOE núm. 51 de 28.02.2015 >>.

²⁸ Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal <<BOE núm. 125 de 26.5.2015>>

4.2 Principales soluciones a las deficiencias del art. 5.3 LC derogado:

Como respuesta a las deficiencias anteriormente mostradas por el art. 5.3 LC ya derogado, el Legislador quiso sufragarlas mediante la promulgación del actual art. 5 bis LC, ampliando “*el ámbito material y objetivo de la protección dispensada*”²⁹.

De manera preliminar, y observadas las deficiencias clave de la regulación legal anterior (ex art. 5.3 LC ya derogado), deseamos exponer aquellas soluciones que se desprenden de la tipificación actual del art. 5 bis LC³⁰.

En un principio, la primera de las medidas correctivas es la extensión y ampliación de las figuras de refinanciación comprendidas en la presente institución. Si bien previamente observábamos como el art. 5.3 LC únicamente se ceñía a la PAC como figura propiciadora de aquellos efectos amparados por la institución, mediante el art. 5 bis LC se permite la inclusión de negociaciones de otras figuras tal que el AEP o el ADR (éste, con limitaciones). Dicha medida, de manera obvia, se fragua en la imperiosa necesidad del Legislador de potenciar cuantas mayores vías se susciten a fin de lograr el éxito de la *fase preconcursal*, fuera cual fuese la figura adoptada³¹.

Desearíamos hacer especial hincapié en una de las mayores incongruencias que desprende del art. 5 bis LC en este sentido y que, debemos decir, no ha pasado desapercibido para la doctrina de este país³².

²⁹ En palabras de PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 550, y expresado de manera similar por otros tal que; DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, capítulo 4.

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. “El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial», Bosch, Barcelona, 2013, Página 48.

³⁰ En este momento, y en todos aquellos en los que nos refiramos al tenor literal del art. 5 bis LC, nos remitiremos a las páginas iniciales del presente trabajo, lugar en el que hemos incluido una reproducción completa del precepto en cuestión a fin de no reiterarnos en su definición, y siempre con la delimitación por nuestra parte respecto de a que apartado concreto nos encontramos refiriéndonos.

³¹ “Avanzar los institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a su crisis a través de acuerdos de refinanciación” en palabras de AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016, ISBN13:9788491199045, 3ª Edición, Página 95.

³² Así lo han reflejado, entre otros:

AZNAR GINER, Eduardo. “La reforma concursal del Real Decreto-Ley 4/2014”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2014, ISBN13:9788490539989, 3ª Edición, Páginas 30-35, entendiendo que debería ampararse cualquier ADR dentro del precepto para, a posteriori, considerarse su cumplimiento de los requisitos o no. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar. “Solicitud de Concurso. La solicitud anticipada” P. Tratado judicial de la insolvencia Tomo I, págs. 558-562, Aranzadi, Navarra, 2012, Página 583, optando por la vía restrictiva de proteger únicamente aquellos literalmente positivados.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 551, aun

Y es que, la comunicación de inicio de negociaciones del ADR se refiere, estricta y expresamente, a aquellos acuerdos regulados dentro del art. 71.1 bis LC o de la DA4ª LC³³, obviando el hecho de que la tipología de un ADR se delimita tras su consecutiva firmeza, momento en el que puede constatarse si, efectivamente, se han consolidado los requisitos y/o quórum necesarios para ser considerado ADR de una u otra tipología (siendo únicamente algunos de ellos susceptibles de homologación y emanación de efectos proteccionistas). Es decir, el deudor, o cualquiera, desconocerá *ab initio* si el ADR que se encuentra iniciando podrá cumplir con las características típicas que estipulan los dos preceptos previamente expuestos y, por tanto, desconociendo de manera tangencial su tipología. De esta manera, resulta completamente incongruente que la comunicación de negociaciones que estipula el art. 5 bis LC se acote en exclusiva a los acuerdos tipificados en dichos preceptos. Por ello, resulta evidente responder a tal incoherencia legal con la consideración de que, realmente, la notificación deberá efectuarse respecto de cualquier ADR que, se entienda, pueda ser susceptible de sumisión dentro de los requisitos expuestos en el art. 71.1 bis LC o la DA4ª LC y no, tal y como el articulado expone, uno de ellos.

Precisamente, dicha incongruencia liga con la segunda de las tareas correctivas del art. 5 bis, la respuesta a la duda sobre si deben o no imponerse requisitos probatorios al deudor a fin de que acredite que, efectivamente, ha iniciado la negociación de una de las figuras previamente expuestas (así como su real situación de insolvencia). Dicho artículo, en la primera de sus positivizaciones³⁴, rezaba en su apartado 3 que *“El Secretario Judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor”*. De ésta forma, se zanjaba la polémica jurisprudencial anteriormente comentada, con la obligación al Juzgado, en este caso al Secretario Judicial, de admitir a trámite la comunicación sin encontrarse subordinada a acreditación alguna.

cuando ésta no ahonda en la profundización de si debe o no ceñirse la limitación a los ADR típicos o debe extenderse a los atípicos, pero expone que parece tratarse de una consecuencia lógica de la ampliación de los efectos de la comunicación.

³³ Ellos, son denominados los “ADR típicos”, y los cuales, en función de su tipificación, son caracterizados por ser:

Los regulados por el art. 71 bis LC, “Acuerdos de refinanciación plurilaterales”.

Los regulados por la DA4ª, “Acuerdos de refinanciación homologados”

³⁴ Incluida a partir de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal - <<BOE núm. 245, de 11.10.2011>>.

Dicho apartado, debemos decir, fue actualizado en posteriores modificaciones de la LC, eliminando la literalidad de la aceptación de la comunicación “*sin más trámite*, pero profundizando, mediante su apartado 3, en las tareas que tenía a este respecto el SJ, instándole a ordenar la publicación en el RPC la resolución que admite la comunicación, y comprendiéndose así de manera análoga la anterior estipulación de mero trámite sin procedimiento de contradicción alguno que permita el requerimiento de prueba o acreditación de las negociaciones y/o su insolvencia.

Por último, debía hacerse frente a la consideración de si la comunicación de inicio de negociaciones se debía ceñir únicamente al supuesto de “insolvencia actual”, como reflejaba el art. 5.3 LC (con la consecuente problemática de considerarlo una “*confesión*”³⁵ de su insolvencia) o si, por el contrario, éste debía verse ampliado al de “insolvencia inminente”. Observamos en el actual art. 5 bis LC como la delimitación respecto de a qué tipo de insolvencia nos estamos refiriendo ha sido completamente obviada por el Legislador, debiéndose observar como una completa voluntad de ampliar el estado de insolvencia, no acotándola a la “actual” frente a una “inminente” que aun permitiría mayor oxígeno al deudor en sus negociaciones. Al tenor de lo expuesto anteriormente, y tras la batalla jurisprudencial acaecida, debemos comprender igualmente que el estado de insolvencia, en cualquier caso, tampoco deberá ser acreditado por parte del deudor en el momento de la comunicación.

En conclusión, el art. 5 bis LC se muestra, tal y como el histórico de reformas ha puesto de manifiesto, como un precepto representativo de la filosofía del Legislador post-crisis económica, no únicamente encaminado a estipular una mera comunicación de negociaciones *inter partes* con las variables y, habitual incomprensión entre ellas, sino, como el artículo garante y protector de dichas comunicaciones, con la clara intención de blindar la refinanciación y a sus sujetos, prioritariamente al deudor, en aras de potenciar la *fase preconcursal* y, por consiguiente, la reestructuración de pasivo.

³⁵ Tal y como expone PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 557.

5. EL ART. 5 BIS LC: CUESTIONES PROCESALES

5.1 El vacío procesal producido por la positivización del art. 5 bis LC

Una vez observado el marco conceptual en el que se contextualiza el artículo 5 bis LC, así como algunos de sus indiciarios efectos al servicio de una finalidad evidente, debemos centrarnos en profundizar la dicción literal positivada del precepto, comenzando precisamente por algunas de las cuestiones procesales que el artículo suscita y que el letrado de hoy debe conocer por el bien de utilizar la institución en su práctica concursal.

Para empezar, el artículo en cuestión estipula la figura jurídica denominada “Comunicación de negociaciones y sus efectos”, una institución altamente novedosa integrada en nuestro ordenamiento a raíz de las últimas y necesarias actualizaciones en materia concursal pero que, ante la urgencia de su inclusión, muestra graves deficiencias procesales en su haber, desde su forma, contenido, tramitación e, incluso, la necesidad de asistencia letrada a la hora de hacerla valer ante el Juzgado.

Y es que las deficiencias y/o vacíos procesales en los que se enmarca la institución amparada por el art. 5 bis LC ha sido una habitual fuente de doctrina concursal en nuestro país, siendo muchos los autores que así lo han puesto de manifiesto en sus obras y que deseamos mostrar en el presente trabajo como muestra inequívoca de ello.

Una idea inicial respecto a la institución es si, físicamente, debe comunicarse al Juzgado mediante escrito o cabe cualquier otro tipo de comunicación, inclusive, oral. La doctrina generalizada parece suponer que la puesta en conocimiento en cuestión debe darse mediante escrito, pero, a nuestro parecer, ninguno lo justifica y/o se lo cuestiona, mostrándolo como una práctica tan habitual que ha suscitado costumbre y que solo el autor GARCÍA ALAMÁN B. ha puesto de manifiesto como vacío³⁶.

Otro de los aspectos más controvertidos es el hecho de si el escrito en cuestión, suponiendo que esa sea la forma pertinente de puesta en conocimiento, debe cumplir los requisitos de postulación y defensa técnica procesales, es decir, si debe estar o no firmado por procurador y abogado en función de los art. 23 y ss LEC.

³⁶ GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, Borja. Capítulo “El presupuesto objetivo del concurso y los problemas de su concreción práctica”, del Libro “Crisis empresarial y concurso: comentarios legales”. Thomson Reuters, Aranzadi, Garrigues, 2010, Navarra, Página 193, habla sobre si realmente podemos considerar, dado el silencio del precepto, que la comunicación debe darse por escrito.

Las ideas fluyen en dos sentidos³⁷: algunos autores defienden que, como práctica habitual, éste sí debe cumplir con dichos requisitos. Pero, por otro lado, y dado que en ocasiones resulta el primer contacto entre la persona y el Juzgado, una posible obligación de asistencia letrada podría suponer una barrera al uso de la *fase preconcursal*, limitándola, filosofía tangencialmente opuesta la buscada por la Legislación. A su vez, SENÉS MOTILLA C. hace una apreciación relevante en respuesta a la necesidad de asistencia letrada o no, argumentando que, dado que debe considerarse la comunicación como un acto de jurisdicción voluntaria (ex art. 1811 de la LEC de 1881³⁸) dicho tipo de actos siempre requerirán de firma de abogado (en base al art. 10 de esa misma norma)³⁹.

Igualmente relevante es el vacío referente al contenido del escrito en cuestión, aun cuando en este aspecto no hay tanta controversia, entendiéndose desde la vigencia del art. 5.3 LC como una simple comunicación privada al Juzgado que surtía efectos desde su misma presentación, defendido, entre otros, por FERNÁNDEZ TORRES I⁴⁰.

Por último, también se ve reflejada en la doctrina la misma batalla jurisprudencial referenciada previamente al respecto de si el deudor, en su comunicación, debe o no acreditar los dos requisitos esenciales de la institución; por un lado, su insolvencia, y por otro, el efectivo inicio de negociaciones con sus acreedores⁴¹.

³⁷ Mostrándose a favor:

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. “El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial», Bosch, Barcelona, 2013, Página 55.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Páginas 568-570.

Y en contra:

AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016, ISBN13:9788491199045, 3ª Edición, Página 110 y ss.

³⁸ Por supuesto, ya actualizado, pero con la permanencia en el tiempo de la filosofía inicial que mostraba.

³⁹ SENÉS MONTILLA, Carmen. “La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”, Anuario de Derecho Concursal núm.33, Pamplona, 2014, Página 80.

⁴⁰ FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso”, RDCyP, núm. 12, 2010, Página 260.

⁴¹ En favor de no exigirse requerimiento alguno de los presupuestos que el precepto regula, es decir, que haya realmente insolvencia y se hayan iniciado las negociaciones, dado que podría dotar a la institución de excesivo formalismo y rigor que podrían afectar a su tramitación y, consecuentemente, a su finalidad (limitando su uso por la excesiva traba que la demostración de los presupuestos supondría) se encuentran: PULGAR EZQUERRA, Juana. “Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: Escudos protectores en el marco del RDL 3/2009”. Coord. por Alberto Alonso Ureba, Juana Pulgar Ezquerra, págs. 49-134, 2009, ISBN 978-84-8126-210-0, Página 72.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Implicaciones financieras de la Ley Concursal”. Dirs. Alonso Ureba y Pulgar Ezquerra, págs. 49-134, Madrid, 2009, ISBN 978-84-8126-210-0.

Vemos como la posición doctrinal al respecto de dichas cuestiones procesales es dispar, cuando la realidad práctica de la abogacía concursal no lo es. Las dudas producidas por el vacío y las incongruencias legales son transportadas, generalmente, a un escrito sin forma ni contenido concreto, asistido por letrado y procurador y sin ninguna imposición para ser elevado a instrumento público, por ejemplo, (aun cuando ello comportaría beneficios inapelables). Éste, a su vez, tampoco gozará de un procedimiento contradictorio garante de los derechos de impugnación de los acreedores, no permitiéndoseles impugnarlo o contradecirlo en sede judicial⁴², debiendo admitirse por el Secretario Judicial “*sin más trámite*”, tal y como imponía la primera redacción del art. 5.3 LC y se sobreentiende del apartado 3 del precepto actual, y propiciando que en ningún caso se compruebe la efectiva situación de insolvencia del deudor o el efectivo inicio de negociaciones (aun cuando ya hemos visto que ha sido una de las cuestiones más debatidas tanto por la jurisprudencia como por la doctrina española⁴³ y, tal y como observaremos en adelante, puede suponer un vacío legal sin precedentes para la suspicacia del deudor y su letrado).

Una vez es admitida a trámite, a su vez, no se considera la opción de un posible desistimiento de la acción, al tratarse de una simple comunicación que surte efectos de manera automática, por lo que una renuncia no produciría consecuencia alguna al deudor⁴⁴.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “El concurso de acreedores: la declaración” Revista La Declaración, Madrid, 2009, Página 460.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4.

GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, Borja. Capítulo “El presupuesto objetivo del concurso y los problemas de su concreción práctica”, del Libro “Crisis empresarial y concurso: comentarios legales”. Thomson Reuters, Aranzadi, Garrigues, 2010, Navarra, Página 194.

⁴² Delimitaciones puestas en consideración, entre otros, por PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Páginas 568-570.

⁴³ Tal y como hemos podido observar en el apartado 4.1 del presente trabajo.

⁴⁴ Idea mostrada por AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016, ISBN13:9788491199045, 3ª Edición, Página 112.

Y por GARCÍA CRUCES, José Antonio. “Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación”. Civitas, Madrid, 2010, Página 738.

5.2 El legitimado activo para la comunicación de negociaciones (art. 5 bis apartado 1 LC):

Continuando con aquellas cuestiones procesales de mayor relevancia dentro del ámbito de aplicación del art. 5 bis LC, es el momento preciso de ahondar, apartado por apartado, en las estipulaciones de su actual regulación con sus consiguientes efectos, transgresiones, incongruencias y relleno jurisprudencial.

Comenzando por el apartado 1, y ya habiendo delimitado la expansión de las figuras de refinanciación susceptibles de ser sometidas dentro de su ámbito, debemos plantearnos quien será el legitimado de manera activa para comunicar el inicio de negociaciones al Juzgado junto con sus ulteriores consecuencias.

En un principio resulta clara la consideración de que será legitimado de manera activa para la práctica de dicha institución, única y exclusivamente, el propio **deudor**, aquel insolvente y que propicia el enfoque de la teoría concursal⁴⁵.

Ahora bien, a fin de profundizar en dicha consideración, debemos destacar tres especialidades concretas respecto a la figura del deudor en relación a la presente institución;

⁴⁵ Considerándose como una total facultad y derecho para SENÉS MONTILLA, Carmen. “La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”, Anuario de Derecho Concursal núm.33, Pamplona, 2014, Página 74, y no suscitando ningún problema que varios deudores presenten una comunicación en opinión de AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016, ISBN13:9788491199045, 3ª Edición, Página 103, siempre y cuando la negociación y la deuda negociada sea conjunta.

5.2.1 Las “circunstancias de mérito” del deudor

Dentro del entramado legal que nos encontramos analizando, resultan de especial relevancia dos artículos concretos; el artículo 105⁴⁶ LC para las PAC y los artículos 231.3⁴⁷ y 4⁴⁸ LC para el AEP.

En ellos se estipulan condicionantes a la figura del deudor con la intención de limitar sus posibilidades de aferrarse a la negociación de un AEP o una PAC si se encuentran en determinadas circunstancias de “desmérito”, a fin de desincentivar ciertas actitudes por su parte si desean refinanciarse. Dichas circunstancias, por el contrario, no son observadas en la Legislación Concursal en lo que respecta a la figura del ADR.

La cuestión resulta simple, si un deudor se encuentra en una de las situaciones de prohibición expuestas, no se verá legitimado para la consecución de un AEP o una PAC, lo que nos invita a plantearnos si dicha prohibición debería operar en el momento de la comunicación de negociaciones. Si bien la admisión de la comunicación resulta *quasi inmediata* (recordemos que el SJ procederá a ello sin procedimiento contradictorio alguno que permita la constatación de en qué circunstancias se encuentra el deudor) ¿no debería comprobarse que el deudor, efectivamente, se encuentra capacitado para la consecución de alguna de las figuras refinanciadoras?

⁴⁶ Reproducción del art. 105 LC:

“1. No podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos:

1.º Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.

2.º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

2. Si admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el concursado incurriere en causa de prohibición o se comprobare que con anterioridad había incurrido en alguna de ellas, el juez de oficio, a instancia de la administración concursal o de parte interesada y, en todo caso, oído el deudor, declarará sin efecto la propuesta y pondrá fin a su tramitación.”

⁴⁷ Reproducción del art. 231.3 LC:

“3. No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos:

1.º 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.

2.º 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.

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

⁴⁸ Reproducción del art. 231.4 LC:

“4. No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

Recordemos, y como comprobaremos en adelante, que la fase de comunicación de negociaciones otorga al deudor ciertas ventajas y protecciones de carácter completamente exclusivo por lo que, si un deudor no cumple tales requisitos, viéndose su derecho a negociar un AEP o una PAC prohibido, ¿por qué debe verse protegido por el art. 5 bis LC y sus singularidades?

Una de las hipótesis planteadas por doctrina y jurisprudencia ha sido la posibilidad de ver removida la prohibición de negociación de dichas figuras durante el periodo fijado por el art. 5 bis LC, a fin de otorgar mayor flexibilidad y consecución de éxito a la *fase preconcursal*, instando a una posible permisibilidad de la Legislación al deudor única y exclusivamente a dicho fin.

Ahora bien, la pretensión, aun resultando interesante a dichos efectos, resulta de considerable complejidad por el hecho de que, p.e., en lo que respecta a la PAC, podría ser factible una remoción a la prohibición por no haberse entregado a tiempo las cuentas anuales pero, ante la situación del AEP, sería completamente inviable considerar una remoción tras prohibición por sentencia firme⁴⁹. Ante tan tajante situación, dado el arbitrio que un favor de éstas características propiciaría en el deudor, la jurisprudencia se ha mostrado igualmente contraria a tan tremenda posible transgresión⁵⁰.

Aun así, la idea resulta sencilla, si, tal y como hemos podido comprobar, la admisión de la comunicación de negociaciones resulta un trámite inmediato ¿en qué momento se observarán las circunstancias de mérito o desmérito del deudor que le podrían estar privando de la posibilidad de negociación y consecución de una PAC o un AEP? ¿Debe comprenderse, por tanto, que realmente se suscita una remoción de dicha prohibición en el lapso temporal cubierto por el art. 5 bis LC? ¿No se verán intrínsecamente perjudicados los derechos de los acreedores u otros interesados, así como otras esferas jurídicas (véase la absolución de sentencia firme por AEP) por tal efecto de gracia otorgado al deudor?

⁴⁹ Consideración completamente acertada de PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 552.

⁵⁰ Siendo especialmente técnico y detallista en cuanto a la comprobación de las circunstancias del deudor en el momento de la comunicación ex art. 5 bis LC el Auto de 11 de Mayo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Granada (EDJ 2009/62500), por el cual determina que debería comprobarse que el deudor no se halla en algunas de las prohibiciones del art. 105 LC.

Así como el Auto de 7 de Julio de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Cuenca, autos 225/2009 TOL1.572.939 mediante el cual se inadmite la presentación de una comunicación por el hecho de que el deudor no haya presentado las cuentas anuales del ejercicio del año anterior a la declaración de su concurso.

Cuantiosas cuestiones nos resultan del estudio y análisis de la *fase preconcursal*, en general, y del art. 5 bis LC, en especial, concretándose en ciertos efectos en su interrelación legal que propician, como iremos observando a medida que profundizamos en nuestro estudio, una legislación tan orientada a la protección del deudor que, en ocasiones, obvia cuantiosas otras condiciones y circunstancias.

Resulta concluyente observar cómo, ante estas primeras consideraciones sobre el art. 5 bis LC, una asistencia jurídica brillante de un deudor insolvente y envuelto en tales circunstancias de “desmérito” puede hacer un completo uso interesado del parapeto *preconcursal* por el bien de ver a su cliente beneficiado de los cuantiosos efectos positivos que provocan en su persona y patrimonio el artículo 5 bis LC, tal y como iremos analizando en adelante. Si, tal y como hemos visto, la comunicación de inicio de negociaciones se limita a un trámite que en ningún caso comprueba si el deudor se encuentra legitimado o capacitado (sin prohibición en contrario que lo limite) a negociar o perseguir una figura refinanciadora ¿no estamos ante un completo trato de favor para tal deudor?

5.2.2 El legitimado en sociedades de capital

Otra de las situaciones que requiere de una especial consideración es el hecho de quién o qué órgano será considerado como legitimado activamente para comunicar el inicio de negociaciones en las sociedades de capital.

El artículo 3.1 LC⁵¹ determina legitimado para la declaración de concurso en personas jurídicas al órgano de administración o liquidación de la sociedad, dependiendo de la situación en la que se encuentre ésta. Por ello, resulta coherente observar como legitimado para la solicitud del art. 5 bis al mismo órgano competente de la fase concursal. Ésta consideración, además, beneficiaría la agilidad de la representación societaria en un periodo como el de negociaciones que, a fin de ver a la empresa lo menos gravada posible, debe ser rápida y discreta.

Además, como teoría doctrinal, se considera a la comunicación de negociaciones un acto de representación ordinaria de la sociedad y, por tanto, incluida dentro de las funciones del administrador social⁵².

5.2.1 La especial situación ex art. 5 bis LC de entidades aseguradoras y reaseguradoras

No deseando extendernos en exceso en el estudio que nos atañe, y dado que nuestro principal objetivo debe ser el concienzudo análisis de los entresijos del propio art. 5 bis LC, dejamos constancia de la especial situación que sufren las entidades aseguradoras y reaseguradoras en el procedimiento concursal y, por consiguiente, en su igualmente especial interacción con el artículo que nos encontramos analizando. Si bien hemos observado lo interesante de la materia, deseamos reservarnos el análisis en cuestión para futuros estudios, siendo de especial interés la legitimación para la comunicación de la *fase preconcursal* en tales sociedades.

⁵¹ Extracción del art. 3.1 LC:

“Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación”.

⁵² Así es defendido por MEGÍAS LÓPEZ, Javier. “Competencia orgánica y crisis económicas de sociedades de capital: disolución, precurso y concurso”, Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, N°. 22, 2015, Páginas 443-457.

O por PULGAR EZQUERRA, Juana. “El concurso de acreedores: la declaración” Revista La Declaración, Madrid, 2009, Página 275.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 554.

5.3 La publicidad o carácter reservado del art. 5 bis LC (art. 5 bis apartado 3 LC):

Prosiguiendo con la dicción literal del precepto objeto de estudio, es destacable la posibilidad tasada, delimitada en el apartado 3 del artículo, mediante la cual se otorga al deudor la facultad decisoria de que la comunicación en cuestión sea pública o tenga carácter reservado⁵³.

La norma hace referencia a que el Secretario Judicial, tras su recepción, ordenará su inscripción inmediata dentro del RPC, tal y como ya hemos analizado (dando luz, de nuevo, a la tan cuestionada duda de si deberá o no certificarse la situación de insolvencia o efectiva negociación del deudor, no previéndose intervención alguna del Juez, y tramitándose por el Secretario Judicial, el cual, entre otras cosas, no ostenta competencia alguna para inferir o cuestionar la viabilidad de la aplicación del precepto, obviándose la certificación de cualquier requisito por el mero trámite).

Ante dicha inscripción inmediata, continúa, se permite la excepcionalidad de que el deudor comunique expresamente su deseo de que la situación tenga carácter reservado.

Y es que la inclusión de dicha posibilidad desde su reciente promulgación ostenta una única y clara finalidad, que la excepción a la comunicación e inscripción en el RPC permita evitar un posible daño reputacional al deudor frente a su mercado, permitiéndole que su situación no repercuta en su capacidad de apalancamiento.

Con ello, se atiende a voces autorizadas que han venido sosteniendo que la publicidad de la situación de insolvencia del deudor dificulta su posición en el mercado, debiéndose dejar a su entero arbitrio la decisión de hacer pública o no su situación de necesidad de refinanciación. Siguiendo con dicho planteamiento, debe considerarse el mantenimiento de dicha potestad decisoria no únicamente en el momento de la comunicación en sí, sino también sostenida y postergada en el tiempo, atendiendo a la posibilidad de que sea el propio deudor el que, en cualquier momento posterior, pueda propiciar el levantamiento de la comunicación junto con la consecuente inscripción en el RPC.

⁵³ Reproducción del apartado 3 del art. 5 bis LC:

“3. El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen.

Caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución.

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

Y es de esta forma por lo que tal potestad de modulación del juego del carácter reservado o público de la comunicación, tanto al inicio de ella como en la postergación temporal de su vida útil, la encontramos positivada en el actual art. 5 bis LC como única y exclusivamente legitimada para la persona del deudor.

La opción de publicidad vs. confidencialidad es clara, al igual que sus motivos, ¿pero es realmente una pretensión racionalizada?

Es especialmente interesante, a nuestro entender, el razonamiento mostrado por la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de A Coruña de 2 de octubre de 2013 número de autos 215/2012*⁵⁴ al respecto de la dicotomía presentada.

El Juzgado en cuestión expone la siguiente conjetura; si realmente el deudor insta el inicio de negociaciones ex art. 5 bis LC deberá, o debería, haberse puesto en contacto con al menos gran parte de sus acreedores con la intención de depurar su pasivo y consensuar el éxito de una figura refinanciadora. Si, por tanto, es el propio deudor el que dará indicios a sus acreedores de su dramática situación y necesidad de crédito (o así debería haberlo hecho aun cuando no exista momento procesal alguno en el que se compruebe) y yendo así completamente en contra de la finalidad del artículo en cuestión ¿por qué resultará necesaria la posibilidad de que éste decida que la comunicación de negociaciones sea reservada cuando su mercado potencial ya conoce o debería conocer su situación financiera?

Se permite así, una vez más, un completo uso de la legislación concursal por parte del deudor de manera completamente interesada y fraudulenta. Lo más razonable, a nuestro entender, sería no permitir el carácter reservado de la comunicación, pues, de esta forma, se está permitiendo al deudor hacer uso de los beneficios que el art. 5 bis LC aporta sin ni tan si quiera sufrir el miedo a que su mercado potencial conozca su supuesta situación de insolvencia. Si efectivamente se encuentra parapetándose en la protección *preconcursoal* con la intención de refinanciarse, habrá contactado con sus acreedores y, por tanto, la necesidad de secretismo a este respecto decaerá por sí misma.

⁵⁴Extracto de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de A Coruña de 2 de octubre de 2013 (JUR 2014,9267) número de autos 215/2012 (EDJ 2013/256807) cuando, al tenor de lo expuesto, delimita que: “La comunicación del estado de insolvencia (artículo 5 bis LC) razonablemente impone al deudor una conducta activa dirigida a contactar con sus acreedores y ofrecerles la posibilidad de adherirse a una propuesta anticipada de convenio o un acuerdo de refinanciación; si el deudor actúa correctamente durante el periodo de tres meses que el artículo 5 bis le concede, todos o la mayor parte de los acreedores conocerán por él su estado de insolvencia” y siendo así, ¿qué sentido tiene solicitar la confidencialidad de las actuaciones ante el RPC?

6. EL ART. 5 BIS: EL “FAVOR DEBITORIS” Y SUS EFECTOS

Resulta estrictamente necesario llegados este punto del trabajo, y una vez asentadas las bases del precepto objeto de estudio, poder vislumbrar algunos de los entresijos producidos por aquellos efectos directos emanados de la positivización del artículo 5 bis LC, así como aquellos suscitados de manera indirecta, en base a su interacción constante con diversos preceptos de la legislación concursal.

Supone ya una completa obviedad para el lector, como un Legislador preocupado por la protección de las empresas y su inminente disolución produce una LC orientada al fomento de la reestructuración. Se ha hecho latente una filosofía proteccionista marcada por la necesidad de amparo a las ulteriores generaciones de sociedades, constreñidas por la crisis económica así como por la ausencia de oxígeno financiero suficiente para poder desarrollar laxamente su actividad. Y he ahí, precisamente, donde se fundamentan y justifican los efectos producidos por el art. 5 bis LC, resultando, a su vez, de tan impetuosa necesidad, que su protección vendrá a producir efectos no únicamente en lo que a la sociedad, su activo y pasivo, se refiere, sino en la disciplina jurídica reguladora de la propia esfera personal del actor primordial del juego concursal: el deudor.

Y es que, a medida que profundizamos en la doctrina y jurisprudencia de éste país, destacan especialmente la gran cantidad de alusiones referentes al blindaje y protección dotado por la Ley Concursal, o si es preciso, por las estipulaciones *preconcursoales*, hacia el deudor, produciendo un completo “escudo protector”⁵⁵ sobre éste. Verdaderamente, en lo que respecta al ámbito del artículo que nos encontramos analizando, la LC refleja una disposición jurídica y judicial de total “*favor debitoris*”⁵⁶ o, lo que es lo mismo, en favor del deudor.

⁵⁵ Tal y como denominan DAMIÁN MORENO, Juan. “Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración del concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo)”, Anuario de Derecho Concursal, Madrid, 2010, Página 172.

AZNAR GINER, Eduardo. “La reforma concursal del Real Decreto-Ley 4/2014”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2014, ISBN13:9788490539989, 3ª Edición, Página 35.

⁵⁶ Denominación utilizada, entre otros, por PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 572.

Éste, observará, como la gran cantidad de efectos producidos por el art. 5 bis LC perseguidores de la custodia auxiliadora de la *fase preconcursal* producen en él una gran cantidad de beneficios tanto en la esfera concursal como en tantas otras (tal que la mercantil, la civil, la procesal o, genéricamente, una esfera jurídica garante de derechos y obligaciones de unos frente a otros), propiciando una situación de total excepcionalidad que requiere ser minuciosamente tratada por el bien de no ver la balanza desequilibrada, aun cuando, a nuestro entender, la precipitación del Legislador así lo ha provocado.

Y es que el deudor, en su legitimidad exclusiva de instar a la comunicación de negociaciones, se verá agraciado mediante acciones y derechos de gran excepcionalidad que suscitan los principales y más relevantes efectos del art. 5 bis LC, así como de la representatividad de lo que la *fase preconcursal* supone para el Legislador Concursal, anteponiéndola ante todo y todos.

Desde nuestra perspectiva, y a fin de mostrar un análisis claro, hemos deseado repartir el estudio de los efectos producidos por el articulado en cuestión en base a la siguiente distribución:

- a) Primero, mediante la profundización en la **suspensión temporal de la obligación que ostenta el deudor de declarar su concurso** ex art. 5 LC y el completo **oxígeno temporal** que ello comporta para su actividad.
- b) Segundo, en función de **la enervación del derecho de los acreedores a solicitar concurso necesario**.
- c) Tercero, en base a la **presunción de no culpabilidad de concurso por declaración extemporánea** por el simple hecho de haber instado a la negociación, con el peligro que ello puede comportar ante una más que posible modulación interesada de la catalogación del concurso.
- d) Y cuarto, observando como el deudor se verá beneficiado de una total **prohibición y paralización de aquellas ejecuciones que sobre él y su patrimonio recaen**, una vez más, enervando los derechos de sus acreedores.

Éstos, a gran escala, son la esencia viva del artículo 5 bis LC en su incansable finalidad, produciendo un verdadero bien en el interés general que debe ser la refinanciación, aun cuando, a veces, y como observaremos, también provoca ciertos matices susceptibles de ser definidos como de posible “*abuso de derecho*”.

Un deudor con grandes conocimientos de la Legislación Concursal o, claro está, su asesoría legal, pueden fácilmente hacer un uso inadecuado e interesado de las instituciones proteccionistas postradas en la LC y, precisamente por ello, el presente estudio no únicamente se centrará en analizar aquellas acciones propiciadas en “*favor debitoris*” si no, también, en el uso que éste dé a dichos beneficios.

6.1 La suspensión del deber de solicitud de concurso y el oxígeno temporal que ello comporta (art. 5 bis apartados 2 y 5 LC):

La base primordial de los efectos producidos por el art. 5 bis LC nacen, en especial, de la consideración que éste estipula en sus apartados 2 y 5, y que, en el presente trabajo, hemos definido como “suspensión del deber de solicitud de concurso”.

El inicio de cuantos efectos viene a producir la institución en cuestión es sencillo, no así la gran cantidad de consecuencias que comportará tanto para los actores del juego *preconcursal* como para sus intereses, viéndose transgredidos, en ciertos casos, por la necesidad de protección de una finalidad de interés general mayor, la refinanciación. Y es que el deudor, en base al art. 5 LC, a secas, tendrá un plazo de dos meses, desde su conocimiento de insolvencia (actual o inminente), para solicitar su declaración de concurso, provocando el nacimiento de una total obligación en éste si no desea que su concurso sea declarado como culpable (mediante una doble vía, o bien por declaración de concurso necesario ex art. 7 LC⁵⁷ por sus acreedores u otros legitimados o, simplemente, por declaración extemporánea por parte del mismo deudor en base a las presunciones reflejadas por el art. 165.1.1º LC⁵⁸).

⁵⁷ Reproducción del art. 7 LC en cuestión: “Solicitud del acreedor y de los demás legitimados:

1. El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el título o hecho en el que de acuerdo con el artículo 2.4 funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo. Los demás legitimados deberán expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla.

2. En todo caso, se expresarán en la solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente. La prueba testifical no será bastante por sí sola.”

⁵⁸ Debemos decir que hemos delimitado como primera posible presunción de declaración de culpabilidad del concurso a la declaración extemporánea del concurso ex art. 165.1.1º por su intrínseca relación con la suspensión de dicha obligación, aun cuando, en la práctica, los arts. 164 y 165, en su conjunto, reflejan otras posibles situaciones en las que se presumirá dicha culpabilidad.

Y es que gracias a los apartados 2 y 5 del artículo 5 bis LC dicha obligación, la de declarar su concurso ex art. 5 LC, se ve postergada, suspendida, hasta la resolución definitiva de la fase refinanciadora que el propio precepto delimita, a fin de observar si se ha podido concretar una institución (AEP, ADR o PAC) que permita ver la inicial insolvencia del deudor removida y, consecuentemente, su obligación de declaración de concurso también extinguida⁵⁹.

Observaremos, en adelante, como la suspensión y postergación de dicha obligación en la persona del deudor, excusándole, producirá consecuencias altamente intrusivas en la esfera jurídica de derechos y obligaciones de los acreedores (viendo como les es enervada su pretensión a la solicitud del concurso del deudor, de manera *necesaria*) así como en la práctica concursal habitual, produciendo una rotura sin precedentes en la presunción de culpabilidad concursal posterior impuesta por el art. 165.1.1º LC.

Ahora bien, con la intención de profundizar en la materia de manera clara y progresiva, en el presente apartado deseamos centrar nuestro análisis en lo que la suspensión de la obligación de concurso provoca en el deudor en cuanto al tiempo de sus actos, propiciando un completo **oxígeno temporal** que, si bien no, supone las delicias de éste, así como una más que posible actuación interesada del plazo que se le otorga.

Y es que, en esencia, la suspensión de la obligación que sobre él recaía supone un derecho absoluto a poder posponer la declaración del concurso de acreedores hasta un límite máximo de seis meses, vulnerando la inicial obligación de declaración del concurso de acreedores de dos meses que impone el art 5 LC⁶⁰ mediante las estipulaciones interconectadas de los apartados 2⁶¹ y 5⁶² del art. 5 bis LC.

⁵⁹ Tal y como analizaremos en diferentes situaciones a posteriori; sin insolvencia, decae la obligación de declaración de concurso.

⁶⁰ Extracto del art. 5 LC:

Desde “la fecha en que hubiere conocido o debido conocer su estado de insolvencia”.

⁶¹ Reproducción del apartado 2 del art. 5 bis LC:

“2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.”

⁶² Reproducción del apartado 5 del art. 5 bis LC:

“5. 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 art. 5 LC, a secas, impone al deudor un período de dos meses para instar a la declaración del concurso. Ahora bien, dicha obligación queda desplazada *ipso facto* en el preciso instante en el que el deudor opta por comunicar al Juzgado el inicio de negociaciones en aras de lograr su refinanciación ex art. 5 bis LC (aun cuando en ningún momento debe acreditar ni su insolvencia ni el efectivo inicio de negociaciones).

El art. 5 bis LC paraliza el lapso temporal de declaración de concurso impuesto por el art. 5 LC y, desde ese momento, rige una duración única y exclusivamente determinada por el propio artículo en la interrelación de sus apartados 2 y 5, fijándola en un máximo de cuatro meses añadidos.

Y es que el apartado 2 del art. 5 bis LC, delimita que la comunicación de inicio de negociaciones se podrá presentar en tiempo “*en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el art. 5*”, esto es, dentro de los dos primeros meses de conocimiento de la insolvencia por parte del deudor. A su vez, el apartado 5 del mismo artículo, estipula el tiempo de negociaciones máximo que ostentará el deudor para la formalización de su refinanciación, limitándolo a tres meses, además de un último y cuarto mes hábil en el que deberá solicitar la declaración del concurso (si no se hubiese logrado el éxito *preconcurso*) a menos que ya lo haya solicitado el mediador concursal (en los supuestos de AEP) o se haya producido una remoción convencional del estado de insolvencia, que sustentará y justificará la inmersión en el procedimiento concursal, decayendo así la causa principal que obliga a declarar el concurso.

De esta manera, el deudor, de manera completamente legítima, puede hacer uso de los dos meses otorgados para “conocer” el estado de su insolvencia en base el art. 5 LC y, una vez transcurrido dicho periodo, instar a la comunicación de inicio de negociaciones que formula el art. 5 bis LC, otorgándole en su apartado 5 un total de cuatro meses añadidos para, así, postergar la declaración de concurso hasta un cuarto y último mes hábil que habrá provocado la dilatación de la *fase preconcurso* hasta un total de seis meses (y recordemos una vez más, sin ni tan si quiera haberse visto el deudor obligado a justificar las condiciones de insolvencia y negociación que la institución requiere). Se observa así, como el blindaje otorgado por la LC a la *fase preconcurso* produce en el deudor una ampliación de sus posibilidades, con todo lo que ello concierne en cuanto a capacidad y fuerza de negociación pero, sobre todo, en cuanto a tiempo, parámetro de gran importancia cuando nos encontramos ante situación de dramatismo y asfixia económica.

En cuanto a lo previamente expuesto, una de las constantes discusiones dogmáticas que hemos podido observar a la hora de desarrollar el presente trabajo es la de si la invocación del inicio de negociaciones del art. 5 bis LC provoca una “suspensión” en el plazo de dos meses estipulado por el art. 5 LC o, si por el contrario, debe catalogarse como “prórroga”.

Esto es relevante por el hecho de que si, por ejemplo, el deudor comunicase el inicio de negociaciones para un ADR al mes y medio del plazo estipulado por el art. 5 LC, aún le restarían quince días para la declaración del concurso al finalizar los cuatro meses ex art. 5 bis LC. De esta forma, si tras los cuatro meses regulados en el art. 5 bis se hallase en situación de insolvencia, la duda podría recaer en si el deudor en cuestión ostenta aún los quince días que le restaban del primer plazo para la declaración del concurso. Si así fuese, deberíamos hablar de dicho efecto como de “suspensión”⁶³, si no, como de mera “prórroga”⁶⁴, o inclusive “moratoria”⁶⁵.

Fuere como fuese, la práctica concursal encuentra como obligatorio para el deudor el hecho de presentar la declaración de concurso si no se llega a la consecución de una figura refinanciadora a los cuatro meses de la comunicación de inicio de negociaciones (incurriendo en concurso culpable ex art. 165.1.1º LC si no lo hiciese) y, por tanto, sin consideración alguna del plazo inicial de dos meses que expone el art. 5 LC, en nuestra opinión, por el difícil hecho de conocer *“la fecha en que hubiere conocido o debido*

⁶³ Tal y como opinan FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso”, RDCyP, núm. 12, 2010, Página 259.

ÁLVAREZ VEGA, María Isabel. “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Civitas, 2010, Madrid, Página 475.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ Guillermo J. y DÍAZ MORENO, Alberto. “Algunas cuestiones en torno a la reforma del régimen del convenio concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009”. El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por José Antonio Gómez Segade, Angel García Vidal; Manuel Olivencia (pr.), págs. 743-754, 2010, ISBN 978-84-9768-785-0, Página 745.

AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016, ISBN13:9788491199045, 3ª Edición, Página 79.

⁶⁴ Como defienden GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, Borja. Capítulo “El presupuesto objetivo del concurso y los problemas de su concreción práctica”, del Libro “Crisis empresarial y concurso: comentarios legales”. Thomson Reuters, Aranzadi, Garrigues, 2010, Navarra, Página 193.

AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016, ISBN13:9788491199045, 3ª Edición, Página 38.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. “El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (d.ad.4ª LC)”. Cuadernos de derecho registral, Madrid, 2010, Página 208.

DAMIÁN MORENO, Juan. “Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración del concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo)”, Anuario de Derecho Concursal, Madrid, 2010, Página 169.

⁶⁵ Nomenclatura utilizada por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4.

conocer su estado de insolvencia” el deudor, siendo mucho más práctica la fecha de la comunicación en base al art. 5 bis LC por su delimitación expresa en el tiempo, ya sea desde la fecha en la que se presente el escrito o su admisión por el Juzgado (siendo un vacío legal ante el que nos hemos encontrado pero de poca relevancia a efectos prácticos por su habitual proximidad temporal).

Una última consideración a éste respecto nace de la posibilidad de que, una vez transcurrido el plazo *preconcursoal* ex art. 5 bis LC, se produzca una remoción convencional de la insolvencia del deudor, desapareciendo. Debemos decir que el art. 5 LC fundamenta la necesidad de declaración de concurso, precisamente, en la situación de insolvencia, por lo que, si ésta se viese removida, decaería de manera intrínseca dicha obligación⁶⁶.

La principal cuestión en este asunto recae en comprender cuándo debemos considerar que se ha superado la situación de insolvencia y ésta ha quedado efectivamente removida. Es habitual que observemos negociaciones encaminadas a propiciar novaciones extintivas (extinguiendo iniciales obligaciones para crear nuevas), novaciones modificativas (las que, *a priori*, desconoceríamos su impacto en la solvencia societaria) o incluso la entrada del denominado “*fresh money*” (siempre con alguna contraprestación de indeterminado impacto para la empresa), comportando, así, que sea completamente imposible determinar, *ab initio*, si los acuerdos pactados y nuevas condiciones van a suponer la efectiva solvencia de la empresa (aun cuando cualquier acuerdo debe acompañarse de un plan de viabilidad que limite dicho riesgo).

⁶⁶ Especial consideración mostrada y analizada en profundidad por PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursoal y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Páginas 570-577, y que se observaba en el año 2009, de manera paralela, en la interconexión del art. 15.3 LC y la DA3ª del RDL 9/2009, de 6 de junio, sobre Reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de créditos.

Ante dicho paralelismo y misma concepción de remoción de la insolvencia se pronunciaron, entre otros, DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo. “Previsiones concursales y paraconcursoales del RDL 9/2009, de 6 de junio, sobre Reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de créditos”, Revista de derecho concursal y paraconcursoal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 477-483, ISSN 1698-4188, Nº. 11, 2009, Página 447.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. “Recuperación y resolución de entidades financieras”. Revista de derecho concursal y paraconcursoal, ISSN 1698-4188, Nº. 11, 2016.

VICENT CHULIÁ, Francisco. “Sistemas institucionales de protección (SIP) y reestructuración bancaria como Derecho Paraconcursoal”. Revista de derecho concursal y paraconcursoal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 27-52, ISSN 1698-4188, Nº. 13, 2010, Páginas 25-48.

La idea es bastante simple, instada la comunicación de insolvencia, el deudor ostentará un plazo de dos meses para declarar su concurso (alargándose el lapso temporal gracias al art. 5 bis LC y su refinanciación hasta un máximo de 6 meses); si llegados este punto se ha logrado remover la insolvencia, decaerá la obligación del deudor.

Donde debemos estar de acuerdo es en el hecho de que, en ocasiones, una previsible remoción de la insolvencia por la práctica refinanciadora que se haya acordado puede, a posteriori, no surtir el efecto deseado. Una “remoción” que no remueva, aun ser inicialmente comprendida como tal, podría provocar una eventual calificación del concurso como culpable ex art. 165.1 LC si, precisamente, un acreedor con intereses solicitase el concurso necesario del deudor (normalmente tras la refinanciación) y así se constataste que la insolvencia no ha desaparecido y el deudor no ha declarado su concurso. A este respecto, y por el bien de considerar la responsabilidad del empresario en el *inpass* económico-financiero de la empresa en un momento concreto, el de la refinanciación, jurisprudencialmente⁶⁷ se ha venido a considerar que no será jamás suficiente para declarar la culpabilidad del concurso que los requisitos para la declaración de éste se den en el momento de la solicitud, sino en cada momento concreto (incluyéndose la *fase preconcursal*), y debiendo analizarse si la buena fe del empresario ha mediado en el momento en el cual se creía que la remoción de la insolvencia era una realidad y no una estratagema para evadir el concurso, debiendo comprobarse en cada caso si los requisitos han dejado o no de existir y en qué circunstancias se han dado⁶⁸.

Destacar que, otro de los vacíos legales identificados por la doctrina, ha sido aquel mostrado ante una más que factible situación en la que el deudor conoce, antes de que acabe el plazo de cuatro meses ex art. 5 bis LC, que no va a conseguir revertir su situación de insolvencia (por ejemplo, por recibir la negativa de sus acreedores). En dicha situación ¿le está permitido agotar los cuatro meses referenciados o deberá instar su concurso cuanto antes?

⁶⁷ Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid de 5 de mayo de 2009, autos 225/2009, (TOL1.643.572).

⁶⁸ Idea en la que enfatizan PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Páginas 572-575.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “El concurso de acreedores: la declaración” Revista La Declaración, Madrid, 2009, Páginas 670-717.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: Escudos protectores en el marco del RDL 3/2009”. Coord. por Alberto Alonso Ureba, Juana Pulgar Ezquerra, págs. 49-134, 2009, ISBN 978-84-8126-210-0, Página 77.

ROJO FERNÁNDEZ, Angel José y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. “Comentario de la Ley Concursal”, Madrid, 2004, Página 428.

Comenzamos a atisbar como la suspensión de la obligación de declaración de concurso produce, además del oxígeno temporal analizado, ciertos beneficios de carácter completamente singular, sin precedentes, enervando derechos y acciones a los acreedores y atentando contra principios concursales de gran magnitud como es el de la presunción de culpabilidad de concurso.

Si, por tanto, el deudor se encuentra en ese lapso temporal beneficiándose de privilegios de tantísima singularidad, ¿no debería comunicar cuanto antes su fracaso *preconcurso* al fin de no ver dichas singularidades, con los excesos que en sí mismas producen, postergadas?⁶⁹

Finalmente decir que el propio art. 5 bis LC prevé la obligación de declaración de concurso ante el Juzgado si el deudor no ha visto removida su insolvencia, pero nada dice en sentido contrario. Y es que, si tras el inicio de comunicaciones se hubiese logrado una figura refinanciadora con éxito, que logre remover la insolvencia de la empresa y le permita continuar con su actividad, el deudor no se encontrará obligado a comunicarlo al Juzgado en cuestión, a diferencia de si la insolvencia no se hubiese superado. La presente idea no queda expuesta de manera expresa en la Legislación concursal, pero así ha quedado latente para todos aquellos letrados habituales de las salas concursales así como para los Jueces de nuestro país⁷⁰.

⁶⁹ Se ha hecho latente la completa ausencia de respuesta ante dicha pregunta por ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. “El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial», Bosch, Barcelona, 2013, Página 62.

⁷⁰ En este sentido se pronunció mediante auto el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona de 11 de mayo de 2009, autos 196/2009, (TOL1.886.092) al respecto de dicha dejadez por parte del deudor en el anterior art. 5.3 LC (precedente del actual art. 5 bis LC) una vez transcurrido el plazo y con remoción de la insolvencia propiciadora del procedimiento concursal.

6.2 La enervación del derecho de los acreedores a solicitar concurso necesario (art. 5 bis + art. 15 LC):

Una vez observado el completo respiro de aire fresco que supone la postergación del deber de solicitud de declaración de concurso al deudor, es necesario ahondar en cuantos otros efectos protectores produce dicha estipulación, siendo también, la premisa básica del apartado que nos disponemos a analizar; “la enervación del derecho de los acreedores a solicitar concurso necesario”.

Expuesto el primero de los efectos producidos por el art. 5 bis LC, centrado en la esfera de las posibilidades personales que ostenta el deudor gracias al blindaje que el legislador le ofrece, el segundo de dichos efectos se centrará en la prioridad que éste le otorga a sus derechos y pretensiones frente a las de sus acreedores o terceros, inmiscuyéndose, también, en la esfera de derechos de éstos.

Y es que el proceso de negociación de un ADR, un AEP o una PAC puede ser arduo y complejo por la gran cantidad de intereses económicos sobrepuestos y expuestos en una mesa redonda que se encontrará el deudor fruto de su insolvencia. El Legislador se muestra consciente de la gran posibilidad de incomprensión entre las partes e incluso del riesgo de que dicha incomprensión provoque que, ya sea acreedor u otro legitimado para ello⁷¹, inste y fuerce el concurso de acreedores del deudor por el mero hecho de encontrarse en desacuerdo.

Es una realidad que tanto acreedores, socios, miembros o integrantes de la propia sociedad pueden tener una perspectiva frente a la situación de insolvencia y post-refinanciación de total oportunismo, pretensión ante la que debe blindarse la refinanciación en base a un efecto obstativo que, en la presente situación, se refleja en base a una enervación temporal de legitimación para solicitar concurso necesario (es decir, de aquellos que no sean el propio deudor o “*holdout*”⁷²).

⁷¹ Tal y como regulan los arts. 3, 7 y 15.1 y 15.2 LC como legitimados para solicitar el concurso.

⁷² En terminología económico-financiera y ampliamente utilizado por PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcurabilidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016.

Precisamente por ello, en consonancia con el art. 5 bis LC, el art. 15 LC⁷³, regulador de la “Provisión sobre la solicitud de otro legitimado y acumulación de solicitudes” dispone una excepción a la solicitud de concurso por parte de acreedores u otros interesados legítimos en su apartado 3.

La idea es sencilla. El art. 15.3 LC delimita que, en el momento en el que el deudor comunica el inicio de negociaciones a la autoridad concursal competente (ex art. 5 bis LC) la posibilidad de solicitud de concurso necesario por parte de otro legitimado derivado del art. 7 LC queda inmediatamente suspendida, enervada temporalmente, únicamente permitiéndose la solicitud por parte del deudor, o del mediador concursal si así lo hubiese.

El blindaje de la situación del deudor se muestra, en esta ocasión, como una clara prioridad legislativa en pos de los derechos de éste frente a los de cobro de sus acreedores, los cuales, debemos decir, verán su derecho limitado en aras de potenciar el éxito de la *fase preconcursal*. Y es que el precepto en cuestión no únicamente hace un mero guiño en favor del deudor y el ejercicio de sus derechos, sino que, mediante un bloqueo completo, irrumpe en la esfera jurídica de los acreedores neutralizando su capacidad procesal durante un periodo máximo de cuatro meses, no permitiendo, ni tan si quiera, la presentación de la solicitud de concurso por su parte.

Esto es relevante, y como ya hemos expuesto con anterioridad en el presente trabajo, por la conexión inmediata que se observa de la modificación de la Ley Concursal en cuanto a la tipificación del inicio de negociaciones en función de la derogación del art. 5.3 LC⁷⁴.

⁷³ Reproducción del art. 15.3 LC:

“Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal. Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.”

⁷⁴ Véase el capítulo 4.1 del presente estudio.

Éste, estipulaba el hecho de que, en el momento en el que el deudor comunicase el inicio de negociaciones, las solicitudes de concurso provenientes de persona diferente al deudor quedarían paralizadas, “bloqueadas”⁷⁵, no tramitándose hasta el total vencimiento del último mes que ostenta el deudor para instar al concurso, regulación bastante similar a la actual pero con ciertas diferencias. Ahora bien, dicha situación, en contra de lo que algunos autores exponen como un total “bloqueo” era, realmente, un mero trámite de suspensión. Ciertamente, no se permitía el desarrollo eficaz de la solicitud de concurso de persona que no fuese el deudor, pero sí su admisión a trámite en el procedimiento concursal, permitiéndose así el derecho procesal personal del acreedor. La solicitud de concurso necesario, en base al art. 5.3 LC ya derogado, sería efectivamente admitida a trámite pero, de manera inmediata, suspendida, a expensas de que finalizasen los cuatro meses de margen que ostenta el deudor.

Dicha estipulación quedó actualizada a partir del presente art. 15.3 LC y, según éste, la paralización de solicitud de concurso de acreedores u otros legitimados no únicamente se referiría a la pendencia de su desarrollo e inicio de efectos si no que, además, ni tan siquiera se permitiría su admisión a trámite por parte del Juzgado, observándose, de nuevo, una clara filosofía legislativa enfocada a la refinanciación e intrusiva ante los acreedores.

Y es que nuestra consideración personal respecto a la actualización que ha hecho el Legislador Concursal del art. 5.3 al 15.3 difiere de la de algunos de los autores que previamente han sido expuestos (concretamente FERNÁNDEZ TORRES I.⁷⁶ y JIMÉNEZ SÁNCHEZ G.J y DÍAZ MORENO A.⁷⁷). Dichos autores delimitaron la situación provocada por el art. 5.3 LC como una muestra de total “bloqueo” respecto de la capacidad procedimental de los acreedores.

⁷⁵ Tal y como denomina FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso”, RDCyP, núm. 12, 2010, Página 259.

Y JIMÉNEZ SÁNCHEZ Guillermo J. y DÍAZ MORENO, Alberto. “Algunas cuestiones en torno a la reforma del régimen del convenio concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009”. El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por José Antonio Gómez Segade, Angel García Vidal; Manuel Olivencia (pr.), págs. 743-754, 2010, ISBN 978-84-9768-785-0, Página 745.

⁷⁶ FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso”, RDCyP, núm. 12, 2010, Página 259.

⁷⁷ Y JIMÉNEZ SÁNCHEZ Guillermo J. y DÍAZ MORENO, Alberto. “Algunas cuestiones en torno a la reforma del régimen del convenio concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009”. El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por José Antonio Gómez Segade, Angel García Vidal; Manuel Olivencia (pr.), págs. 743-754, 2010, ISBN 978-84-9768-785-0, Página 745.

Pero, a la vista de la actualización que ha sufrido la Ley Concursal mediante la inclusión del apartado 3 del art. 15 LC, creemos sinceramente, de muchísima mayor restricción la nueva regulación, provocadora de un verdadero “bloqueo” ante lo que, comparativamente, podría considerarse una mera “suspensión” en la situación previa. Con el art. 5.3 LC se enervaba el derecho a solicitar el concurso necesario de manera **parcial**, suspendiendo los efectos de su solicitud hasta el transcurso de la *fase preconcursal* pero, al menos, admitiendo a trámite la solicitud. Actualmente, a manos del art. 15.3 LC, la suspensión resulta **completa**, sin ni tan siquiera permitirse la admisión a trámite de ésta.

La no admisión a trámite de la solicitud, en contra de una solicitud efectuada, admitida pero paralizada, muestra además la tendencia legislativa estudiada, y esencia del presente trabajo. La finalidad clara de restricción de actuaciones que atenten contra la *fase preconcursal* y la posibilidad de salvación de la insolvencia empresarial, resulta ya la sistemática habitual del estudio de la refinanciación en la Ley Concursal, blindándose, así, frente a posibles solicitudes de concurso necesario que nada de constructivo ostentan para la reestructuración del pasivo del deudor.

Y es que, a su vez, la finalidad última de protección de la refinanciación frente a concursos necesarios oportunistas liga con otro de los riesgos ante los que la preconcursalidad se enfrenta, la de evitar una actitud de total pasividad por parte del acreedor, manteniéndose éste a la espera de una liquidación posterior.

Un acreedor con derecho a instar a la solicitud de concurso en cualquier momento, puede sentirse tentado a obviar cuantas propuestas de refinanciación se le ofrezca, negocie o pacte con el deudor. Su solicitud le personaría en la causa, haciéndole garante de su derecho a cobro (el cual posteriormente será clasificado) pero observando la insolvencia de la empresa deudora como una situación que en nada le concierne y en la que poco desea implicarse. Dicha actitud, propiciaría indirectamente un desinterés fundado en la *fase preconcursal*, haciendo inviable la refinanciación y propiciando de manera directa la fase concursal, situación evitable a toda costa.

De esta manera, el Legislador rompe con dicha posibilidad garantizando la implicación de los acreedores en la negociación, limitando/restringiendo su derecho a instar a la solicitud de concurso a dos meros momentos temporales y/o procesales; primero, a los supuestos de incumplimiento del deber de solicitud del concurso voluntario por parte del deudor, previsto en el art. 5 LC, previo al inicio de negociaciones de una figura refinanciadora, o bien, secundariamente, al supuesto de no solicitud del mismo por parte del deudor tras el fracaso de las negociaciones y expiración del plazo de protección del apartado 5 del art. 5 bis LC, buscando que, en el lapso intermedio, se centren en la consecución del éxito de la refinanciación.

Ahora bien, ante tal intromisión, la pregunta es evidente ¿está justificada?

6.3 La presunción de no culpabilidad del concurso por declaración extemporánea (art. 5.2 bis + art. 165.1 + art. 22.1 LC):

Como culmen, la suspensión del deber de solicitud de declaración de concurso del deudor suscita una última y a la vez transcendental consideración, y es que, gracias a ella, un deudor con un elevado conocimiento de la materia, podría modular a su voluntad la catalogación de su concurso; voluntario o necesario / culpable o no culpable.

El efecto producido se enmarca dentro de la interconexión de tres preceptos ya enunciados en el presente trabajo pero de excepcional relación en lo que al presente apartado se refiere, los apartados 2 y 5 del art 5 bis LC, el art. 22.1 LC⁷⁸ y el art. 165.1 LC⁷⁹.

⁷⁸ Reproducción del artículo 22 LC: “Concurso voluntario y concurso necesario.”

1. El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario.

A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada conforme al artículo 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo.

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado.

⁷⁹ Reproducción del art 165.1 LC: “Presunciones de culpabilidad.

1. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.”

Expliquémonos, el art. 165.1.1º LC, tal y como ya hemos observado anteriormente, es aquel que delimita aquella presunción por la cual se considerará un concurso de acreedores como culpable cuando el deudor haya incumplido el deber que sobre él recaía de declaración de dicho concurso (con las intrínsecas y graves consecuencias que ello provoca). De ésta forma, el art. 165 LC en su apartado 1 estipula de manera tajante que se presumirá como culpable un concurso de acreedores cuando se haya incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso impuesta sobre el deudor en situación de insolvencia, realizando una presunción *iuris tantum*, que deberá romperse mediante prueba a cargo del deudor, y produciendo una remisión directa al art. 5 LC, precepto regulador del “Deber de solicitar la declaración de concurso” de éste, imponiendo su culpabilidad tras un plazo máximo de dos meses sin declaración⁸⁰.

La inclusión sobre la que pivota la obligación de declaración de concurso en el procedimiento *preconcurso*, así como su culpabilidad, resultará completamente esencial dentro de los parámetros básicos reguladores de éste. La finalidad última de imponer el deber de declaración del concurso, así como la amenaza de la culpabilidad si se produce un incumplimiento, será la de reducir el daño producido en los acreedores por la situación deficitaria de explotación del negocio del deudor, obligándolo a hacer frente a la realidad, al menos cuanto antes y, así, lograr que no prosiga el escarnio económico, con la consecuente reducción de patrimonio societario que podría comportar y que mermaría una masa activa trascendental en sede concursal.

La presunción de culpabilidad por no declaración (o declaración extemporánea) impone una obligación directa al deudor insolvente, el cual, en el periodo de dos meses desde el conocimiento de su insolvencia (presumiéndose en base a los hechos que puedan servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al art. 4.2 LC, tal y como estipula el apartado 2º del mismo art. 5 LC), deberá solicitar el concurso de acreedores a la autoridad competente con la finalidad de iniciar el conjunto del procedimiento concursal, por el bien de no ver aún más mermado el activo al que hacíamos referencia, y bajo la amenaza de ver su concurso declarado como culpable (y así sufrir las consecuencias estipuladas a tal fin delimitadas por el art. 172 LC).

⁸⁰ Reproducción del art 5.1 LC:

“1.El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.”

Dicha dicotomía mostrada entre los arts. 5 y 165.1.1º LC era un deber inexcusable, incuestionable, para el deudor; con insolvencia, deberá declararse el concurso, sin dicha declaración en tiempo, habrá culpabilidad.

Sin embargo, una vez la *fase preconcursal* ha ido evolucionando, dicha interrelación cambió, viéndose cómo la inclusión del predecesor art. 5.3 LC matizaba el deber del deudor, modulándolo, con la siempre esencial finalidad de favorecer la refinanciación⁸¹.

Y es que, desde entonces, el art. 5 bis LC⁸², junto con la especialidad mostrada por el art. 22.1 LC, dota al deudor de una posibilidad mediante la que evitar la declaración de culpabilidad en tiempo, prorrogándola, si, tal y como hemos hecho constar, no solicita la declaración de su concurso en el plazo de dos meses que le otorga el art. 5 LC.

Precisamente, el hecho de que no sea exigible al deudor temporalmente la solicitud de su concurso voluntario, provoca que éste pueda eludir las consecuencias inherentes de dicha obligación, viendo como su impasividad no será sancionada con una declaración de culpabilidad del concurso⁸³. Se evita una eventual calificación del concurso como culpable ex art. 165.1 LC gracias a la suspensión de la obligación de declaración de concurso que aporta el art. 5.2 bis LC; la suspensión de la obligación, posterga las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación⁸⁴.

⁸¹ Consideración mostrada por DÍAZ ECHEGARAY José Luis. “Manual Práctico de Derecho Concursal”. Ediciones Experiencia, 2012, Páginas 45 y ss.

Y DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4.

⁸² O mediante su estipulación anterior, según la positivización del art. 5.3 LC ya derogado.

⁸³ Tal y como se ha pronunciado la jurisprudencia de éste país en cuantiosas ocasiones, tal que:

Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao de 2 de junio de 2009 número 576/2009 (EDJ 2009/110574) delimitando que, efectivamente, se produce una excepción al deber de solicitar la declaración de concurso proclamada por el art. 5 LC, aplazándose tres meses (cuatro en realidad, por el mes de gracia).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra sección 1 de 1 de enero de 2010 (JUR 2010,101708) número 13/2010 recurso 80/2009 (EDJ 2010/20703) reflejando que, al no serle exigible al deudor temporalmente la solicitud de su concurso voluntario, éste podrá eludir las consecuencias legales que resultan inherentes al cumplimiento de dicha obligación de solicitar el concurso, tal que la culpabilidad por declaración extemporánea.

⁸⁴ Bajo dicha premisa se han pronunciado, entre otros:

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex artículo 5.3LC en el marco del RDL 3/2009”, RDCyP, núm. 11, 2009, Página 54.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: Escudos protectores en el marco del RDL 3/2009”. Coord. por Alberto Alonso Ureba, Juana Pulgar Ezquerro, págs. 49-134, 2009, ISBN 978-84-8126-210-0, Página 70.

AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016, ISBN13:9788491199045, 3ª Edición, Página 80.

La comunicación de inicio de negociaciones a la autoridad concursal competente provoca, de facto, la inaplicación del art. 165.1.1º, postergando sus efectos, y, por tanto, la declaración del concurso como culpable hasta el límite máximo de cuatro meses al que hemos hecho referencia, y hasta seis en el conjunto de la suma del art. 5 y el 5 bis. De esta forma, una declaración extemporánea dentro de los parámetros del art. 5 LC no sería considerada de manera directa como culpable si no que, mediante el parapeto del art. 5 bis, el deudor quedaría blindado ante dicha posibilidad, pudiendo, inclusive, modular a su voluntad la catalogación del mismo entre culpable o no culpable.

A su vez, y en consonancia con la situación previamente expuesta, debe tenerse en especial consideración la excepcionalidad reflejada sobre el art. 5 bis LC impuesta por el art. 22.1 LC. Éste, se muestra como el precepto regulador de la catalogación del concurso como necesario o voluntario en función de aquel que lo solicita, siendo voluntario si lo hace el deudor, y necesario (además de culpable) si quien lo solicitase fuese acreedor (u otro legitimado).

Lo realmente relevante es el hecho de que el precepto en cuestión ostente una subsiguiente especialidad en su primer apartado que otorga una total presunción de “concurso voluntario” a aquellos supuestos en los que el deudor haya invocado el art. 5 bis LC en orden de lograr la consecución de una figura refinanciadora. Es decir, si el deudor insolvente ha instado a la comunicación ex art. 5 bis, su concurso, de manera inmediata, será considerado como voluntario, así como no culpable, ejemplificando, una vez más, el parapeto legislativo al que venimos haciendo referencia.

De esta forma, observamos como un deudor con conocimientos suficientes de derecho concursal se encuentra completamente legitimado por la LC, por las instituciones protectoras de la *fase preconcursal*, a modular la catalogación de su concurso. Si desea que éste no sea catalogado como culpable, únicamente deberá comunicar el inicio de sus negociaciones para posteriormente presentar dentro del plazo establecido por el art. 5 bis LC su solicitud de concurso (con el margen temporal de seis meses que éste le otorga), y, de manera inmediata ex art. 22.1 LC, la catalogación del concurso será voluntaria y no culpable, restando tal decisión a su total arbitrio y viendo cómo, paralelamente, se están obviando todas aquellas solicitudes de concurso presentadas por acreedores u otros legitimados, dado que la *fase preconcursal* así lo blindada.

Debemos destacar que la jurisprudencia de nuestro país ha hecho referencia en constantes ocasiones a que, efectivamente, la realidad provocada por el art. 5 bis LC, o más bien, por la excesiva protección de la *fase preconcursal*, produce una más que posible “modulación” del juego concurso voluntario/necesario por parte del deudor, basada en la limitación procesal producida por la enervación temporal de la legitimación de los acreedores a solicitar concurso⁸⁵.

A su vez, deberá tenerse en cuenta una especialidad completamente relevante en este sentido y que no ha pasado desapercibida tanto para la jurisprudencia⁸⁶ como para la doctrina de este país⁸⁷. Pasado el plazo del art. 5 bis y declarado concurso de acreedores por parte del deudor por no ver removida su insolvencia, hemos observado como el *dies a quo* de la solicitud de éste se retrotraerá hasta la fecha de la comunicación de negociaciones, pero no ocurre lo mismo con la efectiva declaración del concurso, es decir, con los efectos y consecuencias que ello comporta.

A fin de observarlo de manera clara, lo ejemplificaremos en una situación bastante habitual, aquella en la que la acción rescisoria choca frontalmente con el art. 5 bis LC:

- I. Deudor en insolvencia a 1 de enero de 2016.
- II. Comunica inicio de negociaciones a 1 de marzo de 2016.
- III. Extiende su blindaje hasta el 30 de junio de 2016.
- IV. No se ha removido su insolvencia, por lo que se ve obligado a declarar concurso.

⁸⁵ Autos del Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao de 2 de junio de 2009 núm 576/2009 (EDJ 2009/110574), del Juzgado de lo Mercantil 8 de Madrid de 29 de diciembre de 2009 (TOL 1792097) y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1, en su sentencia 13/2010 de 21 de enero de 2010 (JUR 2010,101708) según recurso 830/2009 (EDJ 2010/20703).

⁸⁶ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla sección 5 de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 104241) número 624/2013, recurso 5929/2013 (EDJ/304285) ampara la idea que nos disponemos a presentar; la retroacción únicamente se comprende sobre la solicitud de la fecha de comunicación de inicio de negociaciones, y no sobre los efectos de la declaración del concurso, cuando afirma que:

”La retroacción a la que se refiere el invocado art. 22 tiene por objeto únicamente la calificación del concurso como voluntario, en el caso de que el deudor hubiera efectuado comunicación prevista en ese art. 5.3 (actualmente 5 bis LC) equiparándose a estos solos efectos de calificación del concurso como voluntario la citada comunicación previa a la solicitud de concurso por el propio deudor. Pero de ello no se infiere que, una vez el concurso es declarado, esa declaración tenga carácter retroactivo. Por la sola declaración de concurso, precedida de la referida comunicación de situación de insolvencia, no cabe admitir retroactividad en relación a los efectos derivados del dictado de esa resolución, y en concreto, en particular a una posible rehabilitación de contratos previamente resueltos.

⁸⁷ AZNAR GINER, Eduardo. “La reforma concursal del Real Decreto-Ley 4/2014”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2014, ISBN13:9788490539989, 3ª Edición, Página 42.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Refinanciación y restructuración de la deuda empresarial, RDL 4/2014, de 7 de marzo”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 8271, 2014, Página 700.

V. Se declara concurso y:

- a) La solicitud de la declaración se retrotrae a 1 de marzo de 2016
- b) La declaración de concurso se certifica a 1 de julio de 2016

VI. ¿Por qué dicho matiz y, digamos, incongruencia legal, es relevante?:

Porque el lapso temporal cubierto por la acción rescisoria, por ejemplo, será de dos años, no pudiendo ser rescindidas actuaciones previas a dicho plazo.

Por ello, una eventual acción rescisoria en sede, ya, concursal, podría permitir que, por el transcurso del plazo de seis meses entre el inicio de comunicaciones/fecha de retroacción de la solicitud de concurso, una acción (tal que una posible donación a un familiar de parte del activo de la empresa hace dos años y cuatro meses) quedará fuera del ámbito de posible reclamación del acreedor en su pretensión de rescindirla.

Estamos ante una verdadera problemática, un resquicio legal aprovechable por el deudor, bajo el amparo completo e inconsciente de una Ley Concursal que no ha sabido equilibrar la balanza entre acreedor y deudor mientras sufría una fijación extrema hacia el blindaje de la *fase preconcursal*.

La protección a la desesperada mostrada por la LC, a fin de evitar la sangría concursal, muestra, ante situaciones como las planteadas, como poco, o nada, se han analizado los efectos que la interacción de los blindajes protectores ex art. 5 bis LC podían producir en otras esferas jurídicas, en especial, en la de los acreedores. A nuestro entender, el ansia de protección propicia, tal y como hemos visto, una completa inconsciencia al respecto de una demasiado beneficiosa posición del deudor. Éste, bajo el amparo de la LC, obtiene efectos de blindaje muy positivos en la búsqueda de la refinanciación pero, lo que se ha obviado, es que precisamente esa fijación sobre la salvación societaria produce cuantiosas otras intrusiones en el equilibrio de las partes, de sus derechos y, sobre todo, del trato que uno y otro sufren ante la posibilidad de ver sus garantías y pretensiones ejercitadas⁸⁸.

⁸⁸ OLIVENCIA RUIZ, Manuel. “Concurso y precurso” de la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 22/2015, cuando, literalmente, delimita que: *“Las sucesivas e incesantes modificaciones revelan la forma precipitada de legislar; a veces, improvisada, impulsada por la urgencia y después desvirtuada por la aplicación práctica o simplemente por la reflexión posterior, que pone de manifiesto los defectos de las normas y obliga de inmediato a rectificar una y otra vez, de forma que la norma se repara o se remienda por oleadas”*.

6.4 La prohibición y paralización de ejecuciones sobre el deudor y su patrimonio (art. 5 bis apartado 4 LC):

Es llegado este punto del trabajo, una completa obviedad el hecho de que el Legislador, mediante un compendio legal uniformado, emana una tendencia inequívoca de regulación con una estricta finalidad de protección de la *fase preconcursal* y, como consecuencia de ello, de escudo protector y blindaje sistemático de la persona del deudor.

Y es precisamente fruto de dicho contexto de donde, también, nace un apartado 4 del artículo 5 bis LC orientado al diseño de un marco protector que bloquee cuantos eventuales perjuicios puedan suscitarse sobre el patrimonio del deudor, permitiendo lo denominado como un “*automatic stay*”⁸⁹ de éste. De nuevo, se muestra un efecto inequívocamente orientado en dicha línea, permitiendo, quizás, una tipificación global de la Ley Concursal que, efectivamente, permita el bloque instigador de la dinámica que nos atañe y, así pues, sirviendo de salvaguarda de cualquier riesgo u ataque a la *fase preconcursal* que pueda dirimirse desde cualquier perspectiva o ámbito. De esta premisa lógica respecto de la necesidad de protección en todos los ámbitos plausibles⁹⁰ surge una protección sin precedentes del deudor frente a sus acreedores; la prohibición y suspensión de ejecuciones sobre su patrimonio, ya sean judiciales o extrajudiciales (con la mera exclusión de aquellas ejecuciones administrativas)⁹¹ y con el único apunte de que resulten “*bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*”.

⁸⁹ Tal y como denomina PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 580.

⁹⁰ Premisa evidenciada por AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016, ISBN13:9788491199045, 3ª Edición, Página 85, cuando la denomina como una institución lógica para no ver convertido el patrimonio del deudor en “una suerte de avispero de demandas y embargos, lo que dificulta y frustra cualquier posibilidad de alcanzar un ADR”
Y de, DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4 (virtual 27%).

⁹¹ Apunte realizado por PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 582.

La figura en cuestión, revolucionaria e innovadora, fue introducida a partir de la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por el RDL 4/2014⁹² y proveniente del considerando 18 de la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial⁹³.

Desde entonces, mediante el apartado 4 del artículo 5 bis LC, se estipuló la obstrucción a las ejecuciones sobre el deudor si éste se encontraba en situación de insolvencia y posterior comunicación de inicio de negociaciones (en *fase preconcursal*). Ahora bien, desde el momento en el que comenzó a instarse su aplicación, doctrina y jurisprudencia observaron claras dudas e incongruencias en su tipificación y, por ello, el Legislador procedió a su modificación mediante la Ley 9/2015⁹⁴. Por ello, nos remitiremos de manera directa a la última de sus modificaciones en pos de reproducirlo y analizarlo de manera actualizada.

De esta forma, la tipificación final del apartado 4 del artículo 5 bis LC prosigue con la dinámica proteccionista comentada, imponiendo *ex lege* una prohibición respecto de posibles ejecuciones que podrían afectar negativamente al deudor y su patrimonio en fase de negociaciones, a fin de garantizar un certero equilibrio *inter partes*. El precepto, se centra en coartar las posibles acciones que pudiesen perjudicar al deudor en una fase de refinanciación dónde debe ostentar la mayor fuerza posible, y no verse perjudicado por acciones contrarias a él, su situación y su patrimonio, siendo así, de nuevo, una institución que muestra la tendencia inequívoca de la LC hacia la negociación y reestructuración de pasivo frente al procedimiento concursal.

Y es que el artículo 5 bis en su apartado 4 introdujo una novedad palpable respecto a las posibles pretensiones de cobro respecto del patrimonio del deudor que pudiesen ostentar los acreedores, mediando ante la posibilidad de que éstos decidiesen ejecutar sus deudas en proceso ejecutivo judicial y/o extrajudicial que provocase que, a raíz de acciones individuales de ésta índole, se convirtiese el patrimonio del deudor, en palabras de DÍAZ ECHEGARAY J.L., en un “*avispero de demandas y embargos, lo que dificulta y frustra cualquier posibilidad de alcanzar un ADR*”⁹⁵.

⁹² Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan materias urgentes en materia de refinanciación u reestructuración de deuda empresarial <<BOE núm. 58 de 8.5.2014>>

⁹³ <<DOUE núm. 74, de 14 de marzo de 2014>>

⁹⁴ Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal <<BOE núm. 125 de 26.5.2015>>

⁹⁵ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4 (virtual 30%).

El art. 5 bis apartado 4 se muestra como un precepto de gran dimensión y en el cual se estipulan diferentes posibilidades y especialidades que deben ser analizadas detenidamente por lo que, a la vista de realizar un correcto estudio, procederemos a su reproducción de manera paulatina con su consiguiente análisis:

“4. Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:”

La delimitación resulta clara, desde el momento en el que se ponga en conocimiento de la autoridad concursal competente la comunicación de inicio de negociaciones, con la intención de llegar a una institución favorecedora de la refinanciación del deudor, con efecto inmediato, restarán prohibidas cualesquiera ejecuciones que puedan iniciarse o se hayan iniciado, judiciales o extrajudiciales, respecto del patrimonio del deudor. Debe decirse que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 565 de la LEC, únicamente podrá ser suspendida una ejecución si así lo delimita la Ley de modo expreso, justificación material de la presente tipificación dentro del artículo 5 bis LC.

Respecto de la delimitación anterior, resultan características *tres* consideraciones a tener en cuenta de gran calado interpretativo, por el bien de comprender y ahondar en el análisis de hasta dónde es capaz de llegar la protección al deudor, y su patrimonio, como principal secuela del blindaje a la refinanciación.

La *primera* de ellas es el hecho de que la prohibición resultante de las ejecuciones que puedan derivarse respecto del patrimonio del deudor se perciba tanto de aquellas que se pretendan iniciar, prohibiéndolas, como de aquellas ya iniciadas, suspendiéndolas.

El motivo de que el articulado concursal haya decidido tal diversificación en ellas resulta obvio dadas las diferentes y especiales consideraciones que se deberán tener en cuenta en cada una de ellas, las cuales analizaremos inmediatamente después de la reproducción referente al procedimiento de la prohibición en cuestión.

La *segunda* de las consideraciones y que, debemos decir, no ha pasado desapercibida para la doctrina⁹⁶ de éste país, es el hecho de que, *ministerio legis*, la prohibición respecto de ejecuciones iniciadas o por incoar suscite una limitación tangencial del derecho a la ejecución forzosa que ostenta cualquiera legitimado para ello, derecho constitucional e interpretativamente considerado como parte del derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁷.

Dicha estipulación, de prohibición hacia los acreedores respecto a poner en marcha un procedimiento de ejecución, se entiende, singular⁹⁸, sobre una deuda que previsiblemente les pertenece, podríamos considerarla como una de las grandes flaquezas que el Legislador muestra en el procedimiento concursal siempre, obviamente, bajo la relevancia o no que cada uno individualmente le otorgue a dicha figura.

La paralización o el bloqueo de las ejecuciones, no debe obviarse, resulta una intromisión directa en la esfera de los derechos personales individuales efectuada por parte del Estado y, precisamente por ello, su imposición, debe estar completa y notoriamente justificada, al menos esa es nuestra consideración.

Desde nuestro punto de vista, una dicotomía legal como la actual, la cual produce un evidente blindaje sobre el deudor insolvente y su patrimonio, mostrando un completo bloqueo al ejercicio de los derechos y pretensiones de los acreedores por el bien de proteger la refinanciación, debe mostrar una justificación de notoria y excepcional necesidad, resultante de una situación drástica que haga evidente la exigencia de una estipulación de dicho calibre.

⁹⁶ Consideración expuesta, entre otros, por PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcuralidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 581.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4 (virtual 30%).

SENÉS MOTILLA, Carmen. “Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración (Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal)” Aranzadi, 2016, Página virtual 26%, definiendo la inclusión de la institución como un total “punto de inflexión” en la búsqueda del blindaje de la fase preconcursal.

⁹⁷ Artículo 24.1 de la Constitución Española y delimitación reiteradamente fijada por la jurisprudencia del TC.

⁹⁸ PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcuralidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 582.

A expensas, una vez más, de lo que cada cual considere, la lucha en el presente artículo se muestra transparente entre aquel que considere el derecho a la ejecución de cada uno como algo inviolable bajo cualquier circunstancia, frente a aquellos que resuelven la discordia concursal con una prohibición liviana, transgresora de derechos, pero con una esencia finalista positiva para ambos, tanto para acreedor como para deudor.

Crítica doctrinal a parte que, a nuestro entender, restaría justificada, la limitación de las ejecuciones respecto del patrimonio del deudor es, a día de hoy, una institución arraigada y permanente de nuestra legislación concursal, algo que resulta evidente no únicamente del precepto que nos encontramos analizando sino, a su vez, de los arts. 55 y 56 LC⁹⁹, los cuales denotan una estipulación análoga.

Si continuamos avanzando en la reproducción anterior, además, debemos cerciorarnos de una *tercera* consideración relevante a tener en cuenta. Y es que, tal y como puede observarse, la prohibición de las ejecuciones, ya sean respecto de bienes o de derechos, únicamente resultarán viables cuando se encuentren bajo la consideración de *“necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”* consideración, una vez más, de gran debate doctrinal en nuestro país. Dicha estipulación nos hace observar el hecho de que la prohibición se muestra limitada a la funcionalidad de los bienes o derechos a ejecutar, afectando en exclusiva a aquellos que sean necesarios para que el deudor prosiga con su actividad profesional y, de ésta manera, seguir intentando subsanar la situación de insolvencia manteniendo la uniformidad societaria. Debe decirse, además, que la aplicación de éste criterio funcional será universal, resultando aplicable tanto en las ejecuciones ordinarias como en las de garantías reales (aun ostentando ésta cierta especialidad) y siendo actor cualquier clase de acreedor¹⁰⁰.

⁹⁹ Pequeña reproducción del art. 55 LC: *“Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor”*.

Pequeña reproducción del art. 56 LC: *“Paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas. 1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que (...)”*.

¹⁰⁰ Consideración que realiza DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *“Los acuerdos de refinanciación”*. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4 (virtual 30%).

Y es que el debate surgido respecto a dicha cuestión resulta evidente ¿qué y quién considerará como “*necesarios para la actividad profesional*” ciertos bienes y derechos? A dicha pregunta el Legislador responde, de manera escueta, en un párrafo correlativo, el referente al procedimiento a seguir, el cual, de la misma manera que ocurre con la distinción entre la paralización y la suspensión, estudiaremos a continuación.

Una vez observadas las principales características del precepto que nos atañe, debemos centrar nuestra atención en una idea suscitada en la consideración de la limitación de los derechos de los acreedores. Dada la relevancia de la transgresión, el Legislador es consciente del hecho de que la prohibición en cuestión pueda suscitar un amparo excesivo del que pueda verse beneficiado un deudor que, si su representación procesal así lo observa, puede incurrir en cierta picaresca legal.

Es precisamente por ello por lo que la Ley Concursal en el apartado 4 del artículo 5 bis delimita un contexto temporal, claro, restringido y acotado, en el que los acreedores verán limitados/enervados sus derechos de solicitud de ejecución forzosa respecto del patrimonio del deudor.

Dicho contexto, dada la abrupta intromisión que provoca en los derechos materiales y/o procesales de la parte activa, debe ser considerado de excepcionalidad, de tremenda especialidad, por el hecho de atender a una finalidad mayor como puede, y debe ser, la refinanciación de la deuda empresarial. Nos encontramos ante un contexto que antepone, de manera evidente, los derechos y protección de un deudor insolvente por encima de aquellos que, a priori, ostentan un crédito respecto del que tienen derecho de cobro y, precisamente por ello, una limitación de sus pretensión deberá quedar, bajo cualquier circunstancia, supeditada a la refinanciación, siendo precisamente ese el lapso temporal determinado en el que la protección opera, ni un día más. Y es que una posible *fase preconcursal* fuerte que permita el éxito de ésta producirá, *sine quanon*, un mayor éxito para todos y cada uno de los actores concursales, siendo factible considerarlo como un motivo justificado para la limitación de los derechos expuestos pero, siempre, bajo un límite temporal que no exaspere el proteccionismo sobre el deudor y siempre atendiendo a la finalidad última de ver reestructurada la deuda.

A dicha consideración responde el Legislador mediante la transcripción resultante del apartado que nos encontramos analizando, delimitando como ésta excepcional situación no tendrá jamás una duración máxima de cuatro meses, tiempo deducible de los momentos procesales concretos que regulan y fijan el límite máximo de la prohibición, siendo estos hasta que:

- “a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1;*
- b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación;*
- c) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos;*
- d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio;*
- e) o tenga lugar la declaración de concurso.”*

En el momento el que se certifique cualquiera de las cinco posibilidades resultantes, la consecuencia directa será la consideración de la finalización de la *fase preconcursal* y, precisamente por ello, la posibilidad de ejecutar el patrimonio del deudor resultará de nuevo resarcida, debiendo una vez más cerciorarnos de la especial relevancia y protección sin precedentes que otorga el Legislador a la *fase preconcursal*.

Prosiguiendo con la reproducción del apartado 4 del artículo 5 bis LC, nos encontramos con una estipulación que muestra, en líneas generales, cual deberá ser el procedimiento que tendrá que instar el deudor por el bien de que le sea reconocido el privilegio que nos encontramos tratando:

“En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso.

Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente”.

De ésta forma, se observa como la *vacatio* de las ejecuciones queda subordinada a si, en el momento de la comunicación de inicio de negociaciones que nos encontramos observando, el deudor pone de manifiesto al Juez competente del concurso cualesquiera ejecuciones recaigan sobre él y su patrimonio, a fin de que, efectivamente, se suspendan o prohíban.

Resulta deducible, por tanto, el hecho de que la carga de la prueba respecto a si los bienes son o no considerados “necesarios” recaerá sobre el preconcursado. Además, el hecho de que el objeto de la prueba se muestre como una simple alegación respecto del profesional encargado de la representación procesal del deudor ante el Juez competente de la ejecución en cuestión, suscita una vez más un riesgo de violación de los derechos de los acreedores, pudiendo el deudor alegar y probar ciertos bienes o derechos como necesarios para su actividad profesional y, así, mediante fraude de ley, lograr un blindaje respecto a ellos evitando una más que viable enervación y futura subasta que le desposaría de éstos.

Y es que el procedimiento resulta, a la práctica, un mero trámite por el cual, el deudor, o más bien su representación procesal, pone a disposición del Juez del concurso un listado de aquellos bienes susceptibles de protección por ser considerados “necesarios”. El hecho es que dicha comunicación producirá, de manera *quasi directa*, un decreto del Secretario Judicial estipulando dichos bienes como tal y, obviamente, sin entrar a valorar si realmente son susceptibles de dicha protección¹⁰¹. Si bien es cierto que dicho decreto permite recurso, entendiendo PULGAR EZQUERRA J. de “reposición previo al de apelación”¹⁰² en orden al artículo 522.2 LEC, la situación deja más que evidentes vacíos a la picaresca.

Además, y continuando con la deficiencia reflejada, es en este preciso momento en el que el propio articulado nos da un pequeño atisbo de cuál debe ser la consideración a tener en cuenta para la determinación respecto de una más que factible controversia acerca de la consideración como necesario de un bien o derecho para la actividad empresarial.

De esta forma, la necesidad y/o funcionalidad de los bienes serán acreditados por el deudor, para ser admitidos por decreto del Secretario Judicial, interponiéndose recurso por parte del acreedor frente a éste y, solo entonces, instando a una resolución del Juez. Éste, siendo competente en el procedimiento concursal, resuelva acerca de si, efectivamente, ha quedado acreditada o no su funcionalidad y, por tanto, resolviendo sobre si una posible ejecución sobre los mismos se encuentra prohibida o puede tramitarse ajena al concurso.

¹⁰¹ SENÉS MOTILLA, Carmen. “Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración (Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal)” Aranzadi, 2016, Página virtual 26%.

¹⁰² PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 584.

La anterior consideración es sencilla, el Juez del Concurso, a instancia del acreedor disconforme con que un bien quede blindado por el juego anteriormente expuesto, decidirá sobre ello, pero la complejidad de lo expuesto erradicará en aquellas ejecuciones que, efectivamente, ya se hayan solicitado y resten pendientes en un procedimiento ajeno al concursal. He ahí donde nace otra de las principales cuestiones a debate doctrinal de la Ley Concursal actual.

Se ha venido considerando, en lo que respecta a la paralización de las ejecuciones ya iniciadas, que será el Juez encargado de la propia ejecución en sí, habitualmente el civil y completamente ajeno a la situación que podría suscitarse del procedimiento y Juez concursal, el competente para la decisión de la suspensión o no del procedimiento, pudiendo éste considerar el bien como “*necesario*”. Debemos recordar que, en este preciso instante, el Juez, imaginemos, civil, únicamente ostentará un decreto del Secretario Judicial considerando el bien o derecho como vetado ante una ejecución y, por tanto, suscitando una situación de complejidad absoluta respecto a la decisión de si es o no factible continuar con el procedimiento respecto de dicho bien, con la añadida deficiencia que produce que el Juez en cuestión no ostente los conocimientos específicos necesarios para una decisión de tal calibre, dado su carácter puramente Mercantil/Concursal.

De esta forma, podría considerarse como impositiva una obligación legislativa de suspensión directa de todas aquellas ejecuciones que hayan sido solicitadas y se encuentren en otro procedimiento judicial, pudiendo derivar en una intromisión competencial originaria del Juez Mercantil/Concursal y que, presumiblemente, recaerá y obedecerá el Juez Civil, suscitando una prueba inequívoca de la relevancia jurisdiccional que ostenta el concurso de acreedores como institución en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Continuando con la reproducción del precepto en cuestión, debe observarse la inclusión de un párrafo referente a las ejecuciones promovidas por los acreedores de “pasivos financieros”, en su mayoría entidades bancarias¹⁰³, con una intrínseca relación con la estipulación de éstos propiciada por la regulación de la DA4ª de la Ley Concursal, temática ajena al presente estudio.

¹⁰³ Denominación que ha ido evolucionando en la LC: anteriormente se estipulaba a dicho acreedor como, directamente, “entidad financiera”, mientras que ahora se habla de ellos como “acreedores con pasivos financieros”.

Aun así, sobre lo que sí deseamos ahondar, es en el hecho de que una tipificación específica para el concreto supuesto de dichos acreedores se fundamenta en una necesidad imperiosa del Legislador de secundar y proteger los compromisos previamente definidos “*stand still*”, por los cuales, los acreedores que entren en la categoría de la DA4^a, se comprometen a no iniciar cuantas acciones puedan ser perjudiciales para el deudor en trámites de refinanciación de éste¹⁰⁴, con la única finalidad de llegar al éxito refinanciador. Resulta especialmente necesaria en la práctica concursal una legislación específica sobre el papel que en ella juegan las entidades financieras por el simple y llano hecho de que, habitualmente, resultan ser los acreedores con mayor porcentaje de pasivo.

Reproducimos aquí el párrafo en cuestión:

“Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia”.

Ya por último comentar, con respecto al apartado 4 del artículo 5 bis LC, que en el último de sus párrafos se determina una regla especial, de excepción, la cual limita el blindaje producido por la *fase preconcursal* en aquellos supuestos referentes a ejecuciones sobre bienes gravados con garantías reales:

“Lo dispuesto en los cuatro párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas en el primer párrafo de este apartado o haya transcurrido el plazo previsto en el siguiente apartado. Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público”.

El Legislador muestra, en este caso, una singularidad especial respecto a la situación de determinados acreedores a tener en cuenta, por el bien de garantizar y atender los derechos de sujetos con una particular situación en lo que a la refinanciación se refiere.

¹⁰⁴ Consideración que, muy acertadamente, comenta SENÉS MOTILLA, Carmen. “Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración (Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal)” Aranzadi, 2016, Página virtual 26%.

Éste será el caso de los acreedores que ostenten una garantía real susceptible de ejercitarse mediante una acción real sobre bienes y derechos, permitiéndoles, a diferencia de lo que ocurre con el resto de acreedores, el inicio de dicha ejecución, siendo admitida a trámite pero permaneciendo en pendencia a la espera de una solución final del lapso temporal que produce la *fase preconcursal*. Es decir, la única especialidad que dichos acreedores ostentan respecto del resto, es el hecho de que su solicitud de ejecución sí será admitida a trámite, aun cuando, igual que el resto, tendrá que esperar a la solución final del conflicto para continuar con su procedimiento.

Dicha estipulación se fundamenta en la finalidad *ad cautelam* inequívoca de que, en caso de que la refinanciación fracase, el acreedor con garantía real pueda seguir manteniendo su ejecución mediante un procedimiento separado al del concurso. De ésta forma, se entenderá iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la LC aun cuando reste pendiente el despacho de la ejecución¹⁰⁵.

Tal especialidad, de manera evidente, refleja una clara divergencia frente a aquellos acreedores que no se encuentran en la susodicha situación y que, por el contrario, ven sus pretensiones bloqueadas *ab initio*, sin ni tan si quiera plantearse una admisión a trámite en pendencia de su ejecución.

A su vez, debemos observar como el apartado en cuestión sobre ejecuciones ejercitadas sobre bienes gravados con derechos reales en ningún momento resuelve cuestiones de ámbito procesal tal que la delimitación del procedimiento a seguir para hacer efectiva la suspensión de dicha ejecución, la parte instigadora o, inclusive, el Juzgado que debe resolver sobre ella (¿será el Juzgado competente de la ejecución o el encargado del concurso?¹⁰⁶).

¹⁰⁵ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4 (virtual 30%) hace una apreciación altamente respetable cuando delimita que: “Pese al tenor literal del precepto anteriormente reproducido, el contenido de la prohibición es el embargo de estos bienes, no el despacho de la ejecución como erróneamente dispone el art. 568.1 LEC, en la medida que el auto de despacho no proyecta su actividad ejecutiva sobre bienes concretos del deudor conforme al art. 551.2 de la LEC, sino que la afectación a la ejecución tiene lugar en un momento ulterior y mediante decreto del secretario judicial que regula el citado 551.3.1 LEC”. La prohibición indicada se establece atendiendo a la funcionalidad de los bienes a que se refieren, por lo que solo afectan a los que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. La aplicación de este criterio funcional es universal, en el sentido de que resulta aplicable tanto a las ejecuciones ordinarias como a las de garantías reales y a cualquier clase de acreedores.

¹⁰⁶ Tal y como hemos puesto de manifiesto anteriormente con la consecuente intrusión en competencias jurisdiccionales que ello puede comportar, así como la posible decisión de un Juez desconocedor de la materia concursal sobre un caso eminentemente técnico-concursal.

Ante dicha controversia observamos consideraciones dispares: YÁÑEZ EVANGELISTA J y NIETO DELGADO C¹⁰⁷ son partidarios de considerar la suspensión siempre dentro de contexto de *preconcurso*, dada su muy especial situación, comprendiéndose competente el Juzgado que tramite el concurso en sí, mientras que, por contra, DÍAZ ECHEGARAY J.L.¹⁰⁸ expone la subordinación del art. 5 bis LC al art. 568 de la LEC, el cual estipula que la suspensión de una ejecución deberá solicitarse y tramitarse en el Juzgado que efectivamente se encuentra tramitándola. Fuere como fuese, el hecho es que el Legislador refleja un vacío legal evidente en lo que a ello se refiere, mostrando una especialidad a la prohibición de las ejecuciones que, aun comprendiéndose justificada, no se muestra claramente delimitada.

De igual forma, como supuesto especial, y como suele resultar habitual, aquellos créditos con objeto y pertenecientes al ámbito del derecho público no verán coartada su pretensión, siendo, en palabras de PULGAR EZQUERRA J. una muestra de la *“hiperprotección que el crédito público recibe no solo en sede concursal sino también preconcursal”*¹⁰⁹.

No deseábamos finalizar el estudio de la paralización de ejecuciones a expensas de la comunicación de inicio de negociaciones por parte del deudor sin, al menos, comentar un planteamiento reflejado por la anterior autora que, cuanto menos, nos ha resultado ciertamente interesante¹¹⁰. Y es que, tal y como expone, ha nacido Jurisprudencia¹¹¹ orientada a la consideración de los pactos contractuales de compensación y retención de saldos previstos en contratos bancarios de financiación, descuento y prestación de avales frente a terceros como bienes considerados, efectivamente, necesarios para la continuidad y el mantenimiento de la actividad empresarial y, por ello, susceptibles de ser prohibida su ejecución. De las consideraciones de la autora resulta una gran cantidad de tesis orientada a dicha idea y que, aun siendo una línea que recomendamos encarecidamente leer, se alejan del objeto del presente trabajo.

¹⁰⁷ YÁÑEZ EVANGELISTA, Javier y NIETO DELGADO Carlos. “Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos”. Anuario de derecho concursal, págs. 155-193, ISSN 1698-997X, N.º. 32, 2014, Página 170.

¹⁰⁸ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663, Capítulo 4 (virtual 30%).

¹⁰⁹ PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcurso y reestructuración empresarial: ob.cita 589.

¹¹⁰ PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcurso y reestructuración empresarial: ob.cita 589, en un capítulo concreto denominado “La extensión judicial de la paralización ex art. 5 bis LC: compensaciones contractuales de derechos de créditos en cuentas bancarias”.

¹¹¹ Tal que el Auto del Juzgado de lo Mercantil 8 de Madrid de 28 de abril de 2015, autos 420/2015, (TOL1.769.992).

7. LA ESPECIAL RELACIÓN ENTRE EL ART. 363.1.E) LSC Y EL ART. 5 BIS LC:

Resulta especialmente atractiva para todo aquel amante de la disciplina mercantil la complejidad de los entresijos del apartado que nos disponemos a analizar a continuación, siendo el primer contacto directo entre la Ley de Sociedades de Capital¹¹² (en adelante LSC) y la LC.

Y es que la relación en la que nos disponemos a ahondar es la propiciada por la interconexión de los artículos 363.1.e) LSC¹¹³, el cual regula la denominada institución de “Pérdidas societarias cualificadas” (en adelante PSC) en el supuesto de reducción de patrimonio a la ½ de su capital, y el propio artículo 5 bis LC.

El art 363.1.e) LSC, en la búsqueda de la responsabilidad de la actuación empresarial, impone una situación por la cual, cuando una determinada sociedad se encuentra con pérdidas que deja reducido su patrimonio a una cantidad inferior a la mitad de su capital social, el Administrador de ésta se encuentra obligado a, en un periodo de 2 meses, convocar a la Junta (en base al art. 365 LSC “*Deber de convocatoria*”¹¹⁴) y proceder a la disolución de la sociedad (o a la declaración de concurso si resultare procedente).

Una de las primeras consideraciones a tener en cuenta es el hecho de que por “Pérdidas Societarias Cualificadas” no debemos comprender, de manera intrínseca e inequívoca, que éstas susciten una efectiva “insolvencia”, la cual propicia la necesidad de declaración de concurso de acreedores. El propio TS se ha pronunciado al respecto delimitando que, en ocasiones poco habituales, puede producirse una situación de pérdidas, contables, de más de la mitad del capital social de la empresa (ex art. 363.1.e) LSC) sin que ello produzca una situación de insolvencia propiciadora de concurso (ex art 5 LC)¹¹⁵

¹¹² Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. «BOE núm. 161, de 03/07/2010».

¹¹³ Reproducción del art. 363.1 e) de la LSC:

“1. La sociedad de capital deberá disolverse:

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.”

¹¹⁴ Reproducción del art. 365.1 de la LSC:

1. Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso.

Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente.

¹¹⁵ STS Sala de lo Civil de 15 de octubre

Lo especialmente relevante en este asunto es el hecho de que dicha obligación, la impuesta por el art. 363.1.e) LSC al Administrador social de convocatoria y disolución de la sociedad o bien de declaración de concurso, provoca que, en caso de incumplimiento, la persona física administradora incurra en un grado de responsabilidad societaria ex art. 367 LSC¹¹⁶, responsabilidad concursal culpable por déficit patrimonial ex art. 172 bis LC¹¹⁷ y por obligación de declaración de concurso ex art. 165.1.1º LC¹¹⁸.

¹¹⁶ Reproducción del art. 367 de la LSC:

“1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.
2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.”

¹¹⁷ Reproducción del art. 172 bis LC sobre la responsabilidad concursal:

“1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura. En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

2. La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciera dentro del mes siguiente al requerimiento.

3. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso.

4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.”

¹¹⁸ Extracto de la presunción de culpabilidad del Administrador ex art. 165.1.1º LC:

“1. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.”

Dichos preceptos, tal y como ha considerado doctrina¹¹⁹ y jurisprudencia¹²⁰, son estipulaciones de vertiente “sancionadora”, con la única intención de evitar que el responsable de una sociedad permanezca inactivo con la consecuente ficción de normalidad de ésta en el tráfico mercantil, suscitando un completo ejemplo de mala fe y de vulnerabilidad del acreedor. El incumplimiento, produciría en la persona del Administrador una responsabilidad en las deudas de carácter personal y solidario, debiendo responder con su patrimonio de las deudas de la sociedad, y propiciando que se considere a ambos preceptos como figura de “presión resolutoria”¹²¹ de una empresa que debe ser disuelta.

De los antecedentes previos se suscita una evidente cuestión de gran calado en la interconexión entre la LC y la LSC. A fin de poder observarla de manera transparente, efectuamos la cuestión de manera ejemplificativa: Nos encontramos ante una empresa que se encuentra en una situación de PSC (ex art. 363.1.e) LSC) y que, en este caso y habitualmente, produce una situación de insolvencia de obligada declaración de concurso (ex art 5 LC). Dicha situación obliga al Administrador de la empresa a convocar a la Junta y, de manera consecutiva, disolver la sociedad si no desea ver su responsabilidad aumentada (ex art. 367 LSC). O bien, ostentando una vía alternativa, optar por iniciar los trámites del procedimiento concursal, con la voluntad de no ser éste declarado como culpable (ex art 172 bis y 165.1.1º LSC). Dado que el Administrador se encuentra obligado ex art. 367 LSC, si éste decidiese optar por el concurso de acreedores ¿vería su responsabilidad gravada al considerarse el incumplimiento de la disposición societaria? La respuesta a la presente cuestión resulta simple: en base al art. 365 LSC, previamente expuesto, el régimen de responsabilidad en cuestión dejará de operar en el momento de la solicitud de declaración concurso de acreedores.

¹¹⁹ Así lo han puesto de manifiesto, entre otros:

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcurso y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 560.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesus. “La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración” Revista de Derecho de Sociedades, 2012, Página 77.

ALCOVER GARAU, Guillermo. “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex art. 262.5 y los procedimientos concursales”. Revista de Derecho de Sociedades, núm. 8, 1997, Página 267.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. “Los administradores en las sociedades de capital”. Civitas, München (España), 2012, 2ª Edición, Página 455.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014, autos 486/2014, (TOL1.643.572) sobre la naturaleza del presente régimen de responsabilidad.

¹²¹ Tal y como denomina BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio. “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2016, 6ª Edición, Página 249.

Y he ahí donde nace la cuestión de primordial importancia para el presente trabajo. Si únicamente el régimen de responsabilidad del Administrador deja de operar en el momento que se declare el concurso ¿quiere ello decir que en el *inpass* de la *fase preconcursal* el Administrador puede resultar considerado como incumplidor de tales disposiciones y, en consecuencia, ver gravada su responsabilidad societaria? Y es que el art. 5 bis LC nada delimita acerca de si debe o no extenderse la inoperancia de responsabilidad del artículo 365 LSC a la fase de refinanciación. En sede concursal se observará como se produce “un desplazamiento de los deberes societarios conectados a la disolución hacia deberes concursales”¹²² ¿Pero de qué operatividad gozarán dichos deberes en *fase preconcursal*?

La respuesta a dichas preguntas se ha resuelto por la doctrina de éste país en función de si la insolvencia aparejada a las PSC son, o bien *actual*, o bien *inminente*

7.1.1 PSC + Insolvencia actual

En el presente supuesto nos encontramos ante una situación en la cual una empresa ostenta una situación de PSC y, a su vez, una insolvencia de carácter actual.

De dicha situación, suscitan dos obligaciones de carácter imperativo:

- a) Disolución de la sociedad ex art. 363.1 LSC.
- b) Declaración de concurso de acreedores ex art. 5 LC.

A su vez, el incumplimiento de las anteriores comportará:

- a) Responsabilidad societaria ex art. 367 de la LSC.
- b) Responsabilidad concursal ex art. 172 bis y art. 165.1.1º LC.

Ahora bien, el Administrador social decide dar una última oportunidad a la sociedad y opta por la alternativa concursal. En éste supuesto, antes de hacer una efectiva declaración de concurso, pretende reestructurar el pasivo de la entidad iniciando una comunicación de negociaciones ex art. 5 bis LC a fin de no tener que, o bien disolverla, o bien liquidarla. Dado que no se está produciendo, efectivamente, la declaración de concurso solicitada por el art. 365 LSC a fin de dejar sin operatividad el régimen de responsabilidad ¿cómo deberá considerarse dicha situación?

¹²² PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 561.

La idea es la siguiente; en el supuesto de **insolvencia actual** ha nacido una efectiva obligación de declaración de concurso de acreedores por parte del deudor ex art. 5 LC. Ésta obligación produce que, en el momento en el cual el deudor se ampara en su última oportunidad en función de la *preconcurso* otorgada por el art. 5 bis LC, éste operará prorrogando la obligación del deudor de declarar el concurso durante un periodo temporal en el cual se observará la viabilidad o no de la refinanciación y, por tanto, quedando la responsabilidad del deudor en un total “estado de pendencia”¹²³ mientras se resuelve el periodo de negociaciones.

De ésta forma, el hecho de que la insolvencia sea **actual** produce el efectivo nacimiento de la obligación al deudor de declarar el concurso y, por tanto, produciendo el art. 5 bis LC una prórroga respecto de dicha obligación propiciadora, a su vez, de la prórroga del régimen de responsabilidad del deudor.

7.1.2 PSC + Insolvencia inminente

Distinta será la apreciación que deberá producirse respecto de aquella entidad que se encuentre en PSC pero, por contra, se vea envuelta en una situación de **insolvencia inminente**. Y es que, sobre la base del art. 2.3 LC, la solicitud de declaración de concurso en situación de insolvencia inminente se muestra como una mera alternativa o posibilidad a elección del deudor y no, por tanto, como una efectiva obligación o deber.

De ésta forma, la situación de insolvencia inminente provoca que la declaración de concurso no se vea prorrogada, al no haber nacido la obligación, y por consiguiente, el régimen de responsabilidad tanto societaria como concursal restaría a disposición de la solicitud de cualquier interesado hacia ello.

¹²³ Consideración expuesta por:

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. “La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración” Revista de Derecho de Sociedades, 2012, Páginas 287-310.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcurso y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016, Página 564.

8. CONCLUSIONES

Comenzábamos el presente estudio desde una perspectiva completamente superficial de lo que la Ley Concursal y sus instituciones podían ofrecer al deudor de hoy día, así como a su asesoría jurídica en su cotidiana práctica legal.

Partíamos de una realidad atonadora para una LC enfrentada a un enorme escollo que retorció sus entresijos legislativos y, lo que era más preocupante, ponía en jaque al tejido empresarial español.

Fijábamos como objetivos analizar en profundidad la respuesta dada por el Legislador a dicha tesitura, ahondar en las instituciones que su finalidad impartía y, sobre todo, valorar cuantos efectos podía producir su orientación legislativa, centrada esencialmente en dos conceptos básicos para nosotros: la *fase preconcursal* y el *artículo 5 bis LC*.

Y resulta primordial, llegados este punto, realizar una síntesis de aquello que perseguíamos con la creación del presente trabajo, observar cuantas respuestas y conocimientos hemos sido capaces de aportar y, en especial, cuantas barreras o vacíos nos hemos encontrado en nuestro camino, por el bien de concluirlo con éxito.

En los primeros pasos de nuestro análisis, observábamos como la Ley Concursal pre crisis económica absolutamente nada tenía que ver con la que hoy día nutre las salas de lo mercantil de nuestro país. Comprobábamos como la respuesta legislativa en materia de insolvencia se centraba en dotar al deudor de un procedimiento de liquidación orientado a la conclusión de su sociedad de la manera más rápida y efectiva posible, sin dolor, pero también sin opciones. Ante la debacle financiera, el procedimiento no solo se convirtió en la única respuesta a dichas sociedades en insolvencia, sino también en uno de sus mayores problemas. El colapso jurisdiccional, sumado a la completa ausencia de auxilio por parte de la LC a aquellos deudores que deseaban refinanciarse y veían sus capacidades de negociación completamente mermadas, producía la inutilidad de la legislación, así como la exigencia de su actualización.

Y he ahí donde, en efecto, el presente trabajo deseaba hacerse eco.

Una Ley Concursal fuerte debía mostrarse conocedora de todos y cada uno de aquellos riesgos ante los que se exhibía como ineficaz y, de manera consecuente, darles la réplica. Y así ocurrió.

Ante la gran cantidad de riesgos, intereses y deficiencias a los que la LC debía sobreponerse, comprometió su filosofía a la idea que fundamenta el presente estudio; la potenciación de la negociación mediante la inclusión de una *fase preconcursal* fuerte en aras de evadir el concurso. El Legislador Concursal era conocedor de sus debilidades y, por ello, centró sus esfuerzos en dotar de cuantas mayores herramientas fuesen posibles a deudor y acreedor para sentarlos alrededor de una mesa que permitiese la viabilidad optativa de la empresa, gracias a la refinanciación.

La negociación de la reestructuración de pasivo de la sociedad se mostraba como el foco de la LC y, en consecuencia, cuantiosas instituciones jurídicas debían nacer en la búsqueda de la salvación *preconcursal*, siendo eminentemente esencial el precepto de análisis aquí: *el artículo 5 bis LC “Comunicación de inicio de negociaciones y efectos”*.

Éste se mostraba como el garante de la refinanciación y la *fase preconcursal* y, por ello, el perfecto núcleo de cuantos efectos el Legislador Concursal ha querido incluir en sus últimas modificaciones y/o actualizaciones, siendo el alma de lo estudiado hasta ahora.

En primer lugar, y una vez analizados los riesgos, vacíos y antecedentes mostrados por la Ley Concursal y, especialmente, por el vanguardista artículo 5.3 LC ya derogado (el cual hemos podido reparar mediante las actualizaciones comentadas), avanzábamos en nuestra visión de la refinanciación ahondando en el seno del art. 5 bis LC.

Ciertamente, el presente estudio ha permitido concluir una de las mayores evidencias de cuantas instituciones garantes de la *fase preconcursal* han sido incluidas en nuestro ordenamiento concursal; el hecho de que el Legislador, en su apresurada búsqueda de protección, ha creado nuevos vacíos o deficiencias. La completa exigencia del mercado de una LC orientada a la refinanciación producía de manera *quasi* inmediata una respuesta legislativa pero, en ocasiones, flaca ante realidades puestas de manifiesto con anterioridad.

El artículo 5 bis LC, como mayor fiador de dicha filosofía, ha sido nuestro ejemplo, aquel en el que nos hemos centrado por el bien de resolver las interconexiones de sus efectos, en ocasiones positivas y otras tantas negativas.

Iniciábamos su estudio centrando nuestra atención en aquellas cuestiones de mayor calado procesal que el artículo nos ha mostrado. Observamos cómo, a partir de una dicción altamente vana en cuanto a tales cuestiones, surgen dudas e incongruencias que requieren respuesta y a las que, en todo caso, hemos pretendido responder.

Nos hemos encontrado con una total ausencia de respuesta en cuanto a la forma, contenido y configuración técnica de la “Comunicación de inicio de negociaciones” al Juzgado.

Hemos observado, entre otros asuntos, como existe un completo resquicio legal en cuanto a las circunstancias de “mérito y desmérito” que puede ostentar un deudor en su *fase preconcursal*, desconociendo, por ejemplo, cuál será el momento procesal oportuno en que dichas circunstancias serán analizadas o puestas de manifiesto.

A su vez, y siendo ampliamente desarrollado, hemos logrado observar la total incongruencia que puede suscitar el permitir al propio deudor que decida sobre si desea que su comunicación sea privada o pública, pudiendo ello contravenir la finalidad de la refinanciación, dado que, si desea que su comunicación sea privada, quizás únicamente se encuentre parapetándose en el art. 5 bis LC ante, por ejemplo, posibles ejecuciones de su patrimonio, pero en ningún caso pretendiendo una efectiva negociación que, debemos decir, tampoco debe acreditar en ningún momento ante el órgano jurisdiccional competente.

La conclusión a dichas cuestiones resulta sencilla, el Legislador ha obviado aspectos de especial trascendencia para el ejercicio de la práctica concursal y es debido a una simple y clara circunstancia, su sobrevenida y urgente necesidad de actuación en la materia.

Bajo dicha premisa, comenzamos a profundizar en los efectos intrínsecos que el propio artículo 5 bis LC produce, cerciorándonos esta vez de una de las bases del estudio realizado; que la esencia legislativa de protección sin precedentes sobre la *fase preconcursal* podía estar afectando a cuantiosas otras esferas jurídicas.

La suspensión del deber de solicitar el concurso, junto con el oxígeno temporal que ello comporta, la enervación del derecho de los acreedores a solicitar concurso necesario, la completa presunción de no culpabilidad del concurso por refinanciación, sumado a la posibilidad de modulación de su categoría, así como la paralización y/o prohibición de ejecuciones sobre el patrimonio del deudor, son algunos de los reflejos del “*favor debitoris*” que el Legislador irradia y que, a nuestro entender, resulta completamente desproporcionado.

Ciertamente, el objetivo primordial del presente estudio se centraba en analizar cuantos beneficios e incentivos dotaba la Legislación Concursal al procedimiento *preconcurso* por el bien de mostrarlo como el único salvavidas para aquellas sociedades en insolvencia pero, lo que desconocíamos a priori, era el intrínseco efecto que dicho trato de favor podría provocar en la persona del deudor y, en contraposición, en sus acreedores.

El bien colectivo a buscar sin ninguna duda resulta ser la refinanciación, solución para el deudor en crisis y el acreedor requeridor de su crédito, ahora bien, la pregunta acontece irrefutable ¿a qué precio?.

Hemos observado cuantiosos ejemplos y detalles de gran minuciosidad técnico-legal que permitirían al deudor beneficiarse de manera completamente oportunista de aquellas herramientas que el Legislador pone a su disposición con la intención, quizás inconsciente e imprudente, de verlas usadas para la refinanciación, cuando, en la práctica, son el foco de la suspicacia legal del abogado de hoy día, permitiendo y ofreciendo a su cliente explotar los entresijos que el procedimiento concursal le otorga.

El acreedor, bajo nuestra consideración, se ve excesivamente mermado en sus capacidades, viendo sus derechos limitados en beneficio de un deudor que, no debemos olvidar, es insolvente y ha contraído una deuda que no puede afrontar.

La conclusión básica que nos hace surgir lo acontecido resulta sencilla.

Ciertamente, el Legislador obra de manera correcta al intentar proteger al deudor en su refinanciación, en su búsqueda desesperada de crédito, líquido o tiempo, pero en ningún caso, debe obviar cuál es su postura. Su filosofía debe ser la de proteger la refinanciación, no al deudor, y, por ello, debe ahondar al detalle en aquellos beneficios que otorga y que, obviamente, provocan un perjuicio en cualesquiera otras esferas que deben ser analizadas

Las últimas actualizaciones de la LC han sido, claramente, positivas. Ahora bien, bajo nuestra consideración, ésta una vez más debe modernizarse, en aras de ver su finalidad de protección *preconcurso* lograda, pero siempre con la certeza y seguridad de ver garantizados los derechos de aquellos que se encuentran al otro lado de la deuda.

Hoy, un proteccionismo excesivo, puede producir el exceso del protegido.

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1 Legislación

Ordenada por orden cronológico:

Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal <<BOE núm. 164 de 10.07.2003>>.

Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica <<BOE núm. 78, de 31.03.2009>>.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital <<BOE núm. 161, de 03/07/2010>>

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal <<BOE núm. 245, de 11.10.2011>>.

Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan materias urgentes en materia de refinanciación u reestructuración de deuda empresarial <<BOE núm. 58 de 8.5.2014>>.

Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial <<DOUE núm. 74, de 14 de marzo de 2014>>.

Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración patrimonial <<BOE núm. 238 de 1.10.2014 >>.

Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social - <<BOE núm. 51 de 28.02.2015 >>.

Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal <<BOE núm. 125 de 26.5.2015>>.

9.2 Jurisprudencia

Ordenada por orden cronológico:

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1992, autos 608/1992, (TOL1.643.765).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1996, autos 673/1996, (TOL1.796.918).

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1998, autos 589/1998, (TOL1.867.264).

Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de enero de 2006, autos 75/2006, (TOL1.564.624).

Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de febrero de 2006, autos 120/2006, (TOL1.687.667).

Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de marzo de 2006, autos 167/2006, (TOL1.236.256).

Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 2006, autos 675/2006, (TOL1.832.541).

Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de septiembre de 2006, autos 473/2006, (TOL1.773.263).

Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 17 de septiembre de 2007, autos 313/2009, (TOL1.527.504).

Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de enero de 2008, autos 422/2008, (TOL1.238.436).

Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de abril de 2008, autos 533/2008, (TOL1.963.384).

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Barcelona de 25 de junio de 2008 (en su considerando cuarto), autos 342/2008, (TOL1.726.043).

Auto del Juzgado de lo Mercantil 2 de Madrid de 5 de mayo de 2009, 225/2009, (TOL1.643.572).

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid de 17 de febrero de 2012, 258/2012, (TOL1.835.189).

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 17 de abril de 2009 (JUR 2009,146143) autos 420/2009 (EDJ 2009/326377).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección 28 de 5 de febrero de 2010 (AC 2010,835) número 21/2010, recurso 248/2009 (EDJ 2010/35199).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 28 de mayo de 2010 (JUR 2010,251295) número 69/2010, recurso 1/2010 (EDJ 2010/134974).

Auto de 11 de marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, autos 81/2009, (TOL1.528.746).

Auto de 11 de mayo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Granada (EDJ 2009/62500)

Auto de 28 de junio de 2010 del Juzgado de lo Mercantil de Pamplona, autos 647/2010, (TOL1.769.992).

Autos de 7 y 9 de julio de 2009 del Juzgado de Primera Instancia y Mercantil de Cuenca, autos 658/2009, (TOL1.658.826) y (TOL 1.669.828) respectivamente.

Auto de 23 de octubre de 2009 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Pontevedra, autos 420/2009, (TOL1.776.028).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2010 (AC 2010,835) número 21/2010, recurso 248/2009 (EDJ 2010/35199).

Auto de 29 de abril de 2009 del Juzgado Mercantil 3 de Madrid, autos 420/2009, (TOL1.776.028).

Auto de 11 de mayo de 2009 del Juzgado de Primera Instancia 6 y Mercantil de Badajoz, autos 372/2009, (TOL1.423.383).

Auto de 18 de mayo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Madrid, autos 333/2009, (TOL1.788.709).

Auto de 2 de junio de 2009 del Juzgado Mercantil 1 de Bilbao núm. 576/2009 (EDJ 2009/110574).

Auto de 16 de junio de 2009 del Juzgado Mercantil 1 de A Coruña, autos 313/2009, (TOL1.527.504).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 6 de julio de 2010 (AC 2010,1501) número 153/2010, recurso 8871/2009 (EDJ 2010/229309).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra sección 1 de 21 de enero de 2010 (JUR 2010,101708) y de 27 de enero de 2010 (JUR 2010,113343) número 13/201 recurso 830/2009 (EDJ 2010/20703) y número 16/2010 recurso 3/2010 (EDJ 2010/29349) respectivamente.

Auto de 11 de Mayo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Granada (EDJ 2009/62500).

Auto de 7 de Julio de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Cuenca, autos 225/2009 (TOL1.572.939).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de A Coruña de 2 de octubre de 2013 (JUR 2014,9267) número de autos 215/2012 (EDJ 2013/256807).

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid de 5 de mayo de 2009, autos 225/2009, (TOL1.643.572).

Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona de 11 de mayo de 2009, autos 196/2009, (TOL1.886.092).

Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao de 2 de junio de 2009 número 576/2009 (EDJ 2009/110574).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra sección 1 de 1 de enero de 2010 (JUR 2010,101708) número 13/2010 recurso 80/2009 (EDJ 2010/20703).

Autos del Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao de 2 de junio de 2009 núm 576/2009 (EDJ 2009/110574).

Autos del Juzgado de lo Mercantil 8 de Madrid de 29 de diciembre de 2009 (TOL 1792097).

Auto del Juzgado de lo Mercantil 8 de Madrid de 28 de abril de 2015, autos 420/2015, (TOL1.769.992).

STS Sala de lo Civil de 15 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014, autos 486/2014, (TOL1.643.572).

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1992, autos 423/1992, (TOL1.534.267).

Autos de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1, en su sentencia 13/2010 de 21 de enero de 2010 (JUR 2010,101708) según recurso 830/2009 (EDJ 2010/20703).

Auto de 11 mayo de 2009 del Juzgado Mercantil 8 de Barcelona, asunto: 333/2009D (Diligencias preparatorias a solicitud de concurso), (TOL1.788.709).

Autos de 14 y 17 de abril de 2009 del Juzgado de lo Mercantil 5 de Madrid, AUTOS: 420/09, (TOL1.769.992) / (TOL1.776.028).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla sección 5 de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 104241) número 624/2013, recurso 5929/2013 (EDJ/304285).

9.3 Doctrina

ALCOVER GARAU, Guillermo. “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex art. 262.5 y los procedimientos concursales”. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 8, 1997.

ALONSO ESPINOSA, Francisco José. “Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el RD-ley 3/2009”. *Anuario de Derecho Concursal*, nº 21/2010, págs. 143-161, Civitas, 2010.

ÁLVAREZ VEGA, María Isabel. “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Civitas, 2010, Madrid.

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. “El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial», Bosch, Barcelona, 2013.

AZNAR GINER, Eduardo. “La reforma concursal del Real Decreto-Ley 4/2014”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2014, ISBN13:9788490539989, 3ª Edición.

AZNAR GINER, Eduardo. “Los acuerdos de refinanciación y la Ley Concursal” Tirant lo Blanch, Madrid, 2010.

AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016, ISBN13:9788491199045, 3ª Edición.

AZOFRA VEGAS, Fernando. “El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación”. *Revista El Notario del Siglo XXI*, 2009.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio. “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2016, 6ª Edición.

CANDELARIA MACÍAS M.I. “La gestión de la empresa en crisis: Acuerdos de refinanciación”, Tirant Lo Blanch, 2014, 1ª Edición.

CANDELARIA MACÍAS, María Isabel. “La gestión de la empresa en crisis: Identidad y sentido práctico del Acuerdo de refinanciación” Tirant Lo Blanch, 2014.

DAMIÁN MORENO, Juan. “Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración del concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo)”, *Anuario de Derecho Concursal*, Madrid, 2010.

DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo. “Previsiones concursales y paraconcursoales del RDL 9/2009, de 6 de junio, sobre Reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de créditos”, Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 477-483, ISSN 1698-4188, Nº. 11, 2009.

DÍAZ ECHEGARAY José Luis. “Manual Práctico de Derecho Concursal”. Ediciones Experiencia, 2012.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “Los acuerdos de refinanciación”. Civitas, 2015, Navarra, 1ª Edición, ISBN13: 9788447051663.

DÍAZ MORENO, Alberto y LEÓN SANZ, Francisco José (Directores) y PACHECO CAÑETE, Matilde y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia. “Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración (Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal”. Aranzadi, ISBN: 978-84-9098-958-6, 1ª Edición, 2016.

DÍAZ MORENO, Alberto. “Las negociaciones para obtener la propuesta anticipada”, con Jiménez Sánchez (coord.), Manual de Derecho Mercantil, vol. II, Ariel, Barcelona, 2009.

ETXERANDIO HERRERA, Edorta J. “Manual de Derecho concursal”, La Ley Actualidad, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. “El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (d.ad.4ª LC)”. Cuadernos de derecho registral, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. “Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso”, RDCyP, núm. 12, 2010.

GARCÍA CRUCES, José Antonio. “Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación”. Civitas, Madrid, 2010.

GARCÍA CRUCES, José Antonio. “Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de empresas en crisis”, Bosch, Barcelona, 2013.

GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, Borja. Capítulo “El presupuesto objetivo del concurso y los problemas de su concreción práctica”, del Libro “Crisis empresarial y concurso: comentarios legales”. Thomson Reuters, Aranzadi, Garrigues, 2010, Navarra.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alberto. “En torno al nuevo art. 5.3 de la Ley Concursal”. Anuario de Derecho Concursal, 2010.

GUTIERREZ GILSANZ, Javier. “Comunicación de inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio”. Revista de Derecho Mercantil, 2010.

HERNÁNDEZ ARRANZ Mariano Carlos. Artículo “La nueva fase preconcursal”. Diario la Ley, 29 de octubre de 2009.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar. “Solicitud de Concurso. La solicitud anticipada” P. Tratado judicial de la insolvencia Tomo I, págs. 558-562, Aranzadi, Navarra, 2012.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ Guillermo J. y DÍAZ MORENO, Alberto. “Algunas cuestiones en torno a la reforma del régimen del convenio concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009”. El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por José Antonio Gómez Segade, Angel García Vidal; Manuel Olivencia (pr.), págs. 743-754, 2010, ISBN 978-84-9768-785-0.

MEGÍAS LÓPEZ, Javier. “Competencia orgánica y crisis económicas de sociedades de capital: disolución, concurso y precurso”, Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, N°. 22, 2015.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel. “Concurso y precurso” de la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 22/2015.

PASTOR SEMPERE, María del Carmen. “Daciones de pago y acuerdos extrajudiciales de pago” de la Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 121-145, ISSN 1698-4188, N°. 21, 2014.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “El concurso de acreedores: la declaración” Revista La Declaración, Madrid, 2009.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: Escudos protectores en el marco del RDL 3/2009”. Coord. por Alberto Alonso Ureba, Juana Pulgar Ezquerra, págs. 49-134, 2009, ISBN 978-84-8126-210-0.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Implicaciones financieras de la Ley Concursal”. Dirs. Alonso Ureba y Pulgar Ezquerra, págs. 49-134, Madrid, 2009, ISBN 978-84-8126-210-0.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación”. Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 25-40, ISSN 1698-4188, Nº. 14, 2011.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Preconcuralidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, La Ley, Madrid, Las Rozas, 2016.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex artículo 5.3LC en el marco del RDL 3/2009”, RDCyP, núm. 11, 2009.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial, RDL 4/2014, de 7 de marzo”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 8271, 2014.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesus. “La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración” Revista de Derecho de Sociedades, 2012.

ROJO FERNÁNDEZ, Angel José y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. “Comentario de la Ley Concursal”, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. “La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda”. Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 85-98. ISSN 1698-4188, Nº. 11, 2009.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. “Los administradores en las sociedades de capital”. Civitas, München (España), 2012, 2ª Edición.

SENÉS MONTILLA, Carmen. “La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”, Anuario de Derecho Concursal núm.33, Pamplona, 2014.

SENÉS MOTILLA, Carmen. “Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración (Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal)” Aranzadi, 2016.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. “Recuperación y resolución de entidades financieras”. Revista de derecho concursal y paraconcursal, ISSN 1698-4188, N°. 11, 2016.

VICENT CHULIÁ, Francisco. “Sistemas institucionales de protección (SIP) y reestructuración bancaria como Derecho Paraconcursal”. Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 27-52, ISSN 1698-4188, N°. 13, 2010.

YÁÑEZ EVANGELISTA, Javier y NIETO DELGADO Carlos. “Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos”. Anuario de derecho concursal, págs. 155-193, ISSN 1698-997X, N°. 32, 2014.