

# Preconcurso y reestructuración empresarial

**3.ª Edición**

Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales  
de pagos

*Juana Pulgar Ezquerro*

■ LA LEY

er • Wolters Kluwer • Wolters Kl  
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W  
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl  
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W  
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl  
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W  
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl  
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W  
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl  
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W

# Preconcursoalidad y reestructuración empresarial

**3.ª Edición**

Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales  
de pagos

*Juana Pulgar Ezquerro*

© Juana Pulgar Ezquerro, 2021  
© Wolters Kluwer España, S.A.

**Wolters Kluwer**

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
Tel: 91 602 01 82  
e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es  
http://www.wolterskluwer.es

**Primera edición:** abril 2021

**Depósito Legal:** M-9740-2021

**ISBN versión impresa:** 978-84-9020-940-0

**ISBN versión electrónica:** Digital 978-84-9020-941-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.  
*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

2013 y posteriormente en la consulta del artículo IV de 2014 con España en la Declaración Final de la Misión, Madrid de 27 de mayo de 2014, llamó la atención sobre la «hipertrofia» del crédito público en nuestro Derecho y recomendó la implicación del sector público en procesos de reestructuración de empresas viables, permitiendo que las deudas tributarias y ante la Seguridad Social sean reestructuradas a niveles sostenibles si otros acreedores hacen lo mismo, sin dañar el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

## **VI. LA PROTECCIÓN DE LAS NEGOCIACIONES PARA ALCANZAR UN ACUERDO DE REFINANCIACIÓN**

### **1. La necesidad de protección de la negociación de institutos concursales: «riesgos»**

La negociación de un acuerdo de refinanciación, ya sea atípico y por tanto desenvuelto absolutamente en el marco de la autonomía de la voluntad, o típico en su modalidad de acuerdo colectivo general o con homologación, presenta al menos dos retos fundamentales acompañados de sus correlativos riesgos; de una lado, mantener viva la compañía hasta que se llegue a un acuerdo, lo que puede constituir un proceso largo que se dilate en el tiempo, y determina la necesidad de llevar un exhaustivo control de tesorería, inversiones y una permanente optimización de recursos. De otro, alinear en la medida de lo posible en torno a la refinanciación los distintos intereses crediticios. Ello puede resultar particularmente complejo, dado que los acreedores en este marco suelen tener distintas nacionalidades, funcionamientos y regulaciones y por tanto distintos impactos de la crisis en sus cuentas, siendo por tanto también distintos los incentivos que «mueven» a los acreedores a refinanciar. En este marco, son generalmente las entidades con mayor exposición de la deuda las que tienen mayores incentivos para alcanzar dicha refinanciación, modulándose éstos respecto de entidades financieras en función de que posean garantías reales o deuda subordinada; finalmente conseguir convencer a todos los acreedores y no obstante sus distintas posiciones de partida de que su situación sería peor en un escenario concursal, que en el marco refinanciador.

Correlativamente toda negociación de un acuerdo de refinanciación está sometida básicamente a tres riesgos: de un lado, a la eventual solicitud de concurso necesario por los sujetos legitimados para ello (art. 3 TRLC); de otro y en conexión con ello, al eventual incumplimiento por el deudor de su deber de solicitud de concurso en el plazo legalmente establecido (art. 5 TRLC) entretanto negocia el acuerdo y dado que esta negociación se puede extender en el tiempo. Finalmente, y no por ello menos importante, el riesgo de iniciación o continuación de ejecuciones singulares de los acreedores que «esquilmen» el patrimonio del deudor entretanto éste negocia un acuerdo de refinanciación.

En efecto, uno de los principales riesgos que pueden hacer fracasar un acuerdo de refinanciación preconcursal se situaría, sin duda alguna, en la posibilidad de que acreedores no participantes en el acuerdo o disidentes y que en ocasiones representan porcentajes ínfimos del pasivo (Nozar, Realía, Aysa, Chamartín), pues no se condiciona a ello en nuestro modelo la legitimación activa (art. 3 TRLC), soliciten la declaración en concurso del deudor que está intentando la refinanciación de su deuda, en gran medida a la vista de los «beneficios» que conlleva la solicitud de concurso necesario. Con ello puede frustrarse una refinanciación, particularmente en momentos de saturación de los Juzgados de lo Mercantil en conexión con crisis económicas, puede mediar un plazo de tiempo considerable entre la admisión a trámite de una solicitud de concurso necesario, la tramitación de la oposición del deudor ex art. 20 TR LC y el pronunciamiento del juez sobre su declaración, soportando el deudor un «concurso fáctico» que puede deteriorar su imagen y, sobre todo, su acceso al crédito.

El riesgo de solicitud de concurso necesario, se trata de minimizar en la práctica en la medida de lo posible por una vía convencional, a través del denominado «pacto de "standstill"», en virtud del cual el deudor en situación de insolvencia actual o inminente se aproxima fundamentalmente a sus acreedores profesionales con el fin de que le proporcionen liquidez o acuerden paralizar eventuales ejecuciones durante un plazo de tiempo convencionalmente pactado. Todo ello con el fin de evitar la concurrencia de alguno de los hechos externos enumerados en el art. 2.4 TRLC que permitirían a alguno de los acreedores solicitar el concurso, en tanto en cuanto se negocian los términos de la refinanciación.

Lo que sucede es que el pacto de «standstill» sólo tiene vigencia y vincula al deudor y a los acreedores con los que se va a refinanciar deuda, pero no así a otros acreedores no participantes en dicha refinanciación, lo que obliga en muchas ocasiones, como principal preocupación, a satisfacer a todos los acreedores no intervinientes en el acuerdo preconcursal de refinanciación, con el fin de «neutralizar» sus posibles solicitudes de concurso.

No obstante, es cierto que el referido riesgo de solicitud de concurso necesario se minimiza en aquellos supuestos en que la refinanciación se plantea en un momento anterior a la insolvencia actual, esto es, en situaciones de «insolvencia inminente», definida legalmente en el art. 2.3 TRLC, como aquella situación en que el deudor aún no ha incumplido sus obligaciones, pero es previsible que lo haga en un plazo temporal próximo que no se delimita legalmente. En efecto, en situaciones de insolvencia inminente, los acreedores no estarían legitimados para solicitar la declaración del concurso, dado que el art. 2.3 TRLC legitima sólo y exclusivamente al deudor para presentar dicha solicitud.

Ahora bien, si la situación que subyace a la refinanciación es una situación de insolvencia actual (art. 2.3 TRLC), en estas refinanciaciones que desde hace

ya algún tiempo hemos venido en denominar «de remoción de insolvencia» sí estarían legitimados los acreedores para solicitar el concurso. Dicha solicitud sería posible en tanto en cuanto concurra un hecho externo de insolvencia actual recogido en el art. 2.4 TRLC, que constituyen condiciones de procedibilidad en supuestos de concurso necesario, sin cuya concurrencia no podría un acreedor solicitar un concurso de acreedores (sistema de «*numerus clausus*» de manifestaciones externas de la insolvencia).

Pero eso no es todo porque, en conexión con dicha eventual solicitud de concurso necesario o con independencia de ésta, el deudor podría incumplir su deber de solicitar su concurso en el plazo de «*dos meses desde que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*», como se exige en el art. 5.1 TRLC, particularmente si la refinanciación se planteó en situación de insolvencia actual y dado que, como se ha adelantado, la negociación y conclusión de un acuerdo de refinanciación constituye un proceso complejo que se extiende en el tiempo.

Finalmente, durante el proceso negociador de un acuerdo de refinanciación, existe el riesgo, nada desdeñable, de que los acreedores ejecuten sus posiciones crediticias, sin perjuicio de la protección que podría provenir frente a este riesgo del pacto de «*standstill*» con las limitaciones antes apuntadas, lo que podría «despatrimonializar» al deudor frustrándose el proceso refinanciador.

En la originaria redacción de la LC 22/2003 no se contenía ningún «escudo protector» de la negociación de las refinanciaciones preconcursales extrajudiciales, introduciéndose, en virtud del Real Decreto-Ley 3/2009 «escudos protectores» inicialmente limitados a la negociación de propuestas anticipadas de convenio y a la protección en un ámbito rescisorio concursal, que no se extendían en modo alguno a la fase negociadora de los acuerdos de refinanciación, siendo no obstante esta protección objeto de una posterior evolución legislativa como se analizará más adelante.

En aquel momento inicial de la regulación legal de la protección del proceso negociador de un acuerdo de refinanciación, fue esencial la protección jurisprudencial de dicha negociación, por la vía de la incidencia de ésta sobre los hechos externos de concurso que legitiman a un acreedor para instar el concurso ex art. 2.4 TRLC.

En este marco, analizaremos a continuación la inicial protección dispensada en un ámbito jurisprudencial a la negociación de acuerdos de refinanciación, por dos razones; de un lado porque ha sido muy amplia y relevante la evolución jurisprudencial de los jueces de lo mercantil en la protección de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, habiendo tenido ésta relevancia e incidencia en el diseño del actual modelo legal. De otro lado, porque esta diferenciación entre «protección jurisprudencial» y «protección legal» de

las negociaciones, en orden a alcanzar un acuerdo de refinanciación, puede resultar de interés no obstante el amplio margen de protección dispensada en el marco de los arts. 583 y ss. del TRLC. En efecto, en supuestos en que se optase por no presentar una comunicación de inicio de negociaciones, por el impacto negativo que la publicidad de facto de dicha comunicación pudiera tener aunque se optase por la confidencialidad, podría invocarse la jurisprudencia, que a continuación analizaremos, en orden a «protegerse» el deudor de eventuales solicitudes de concurso necesario.

Con posterioridad, abordaremos el análisis de la protección legal en el texto refundido de la Ley Concursal del inicio de negociaciones de acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y propuestas anticipadas de convenio.

## **2. Protección jurisprudencial versus legal de la negociación de acuerdos de refinanciación**

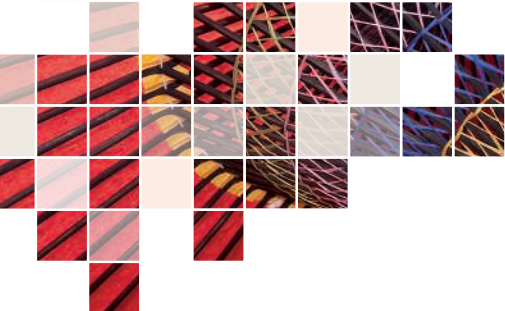
Como se ha adelantado, si la negociación de un acuerdo de refinanciación se plantea en un momento en que la insolvencia ya es actual (refinanciaciones de remoción de insolvencia) los acreedores estarían legitimados para solicitar la declaración de concurso necesario, en tanto en cuanto concurra alguno de los hechos externos de la insolvencia enumerados en el art. 2.4 TRLC. Este riesgo se minimiza, como se ha adelantado, en situaciones de insolvencia inminente (art. 2.3 TRLC) y en tanto en cuanto subsista ésta, lo que en ocasiones constituye una «línea difusa», al estar exclusivamente legitimado el deudor en esta situación para solicitar la declaración de un concurso de acreedores.

Esta solicitud de concurso necesario puede venir incentivada por los beneficios conectados a dicha solicitud: consignación del importe vencido del crédito del solicitante (art. 22.2, segundo inciso TRLC), costas contra la masa y en particular privilegio del acreedor instante elevado en su cuantía, en virtud de la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal, al 50% del importe de los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual hubiera sido declarado el concurso y que no tuvieran carácter de subordinados (art. 280.7.º TRLC). Podrían operar, no obstante, con eficacia desincentivadora las consecuencias jurídicas que la desestimación de la solicitud de concurso podría conllevar, particularmente en relación a la imposición de costas (art. 25.5 TRLC), respecto de solicitudes de concurso presentadas en «manera poco meditada» y que podrían venir alentadas por los expuestos beneficios.

En este marco, jurisprudencialmente, podrían distinguirse dos vías de protección de las negociaciones de acuerdos de refinanciación típicos o atípicos, con independencia de la presentación de una comunicación ex art. 583 TRLC: de un lado, sobre la base de la interpretación del concepto de sobreseimiento general en los pagos en el que el acreedor suele fundar su solicitud y la incidencia



er • Wolters Kluwer • Wolters Kl  
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W  
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl  
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W  
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl  
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W  
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl  
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W  
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl  
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W



La tercera edición del libro *Preconcurzalidad y Reestructuración empresarial*, persigue construir, una teoría general sobre la reestructuración preconcurzal de empresas y particulares en insolvencia o proximidad a ésta, analizándose en el ámbito europeo y norteamericano los distintos modelos existentes. Todo ello en el marco de la Directiva UE 2019/1023 sobre reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, que en breve tendremos que transponer a nuestro Derecho.

En dicho contexto, se sitúa el Texto Refundido de la Ley Concursal recientemente aprobado en virtud del Real Decreto leg. 1/2020, de 5 de mayo, en el que abordamos el régimen jurídico de los «acuerdos de refinanciación» y los «acuerdos extrajudiciales de pagos», así como de los mecanismos exoneratorios de pasivo insatisfecho y la incidencia en este régimen de las normas temporales de emergencia COVID-19, con particular atención al complejo «componente técnico» de esta regulación.

El libro contiene, además, un análisis de la responsabilidad en la que podrían incurrir las entidades financieras en el marco de los acuerdos preconcursoales, así como en conexión con la calificación del concurso y la eventual imputación de la condición de administradores de hecho.

Se trata de una monografía orientada no solo al ámbito académico, sino también a los operadores, con análisis de relevantes resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, Audiencias, Juzgados de lo Mercantil y en su caso de primera instancia, así como de las Resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia y el Tribunal General de la Unión Europea, a lo que se añaden las Resoluciones de la Dirección General de Registros y el Notariado con incidencia en materia de preconcurzalidad y exoneración de pasivo insatisfecho.

ISBN: 978-84-9020-940-0



9 788490 209400



3652K29214



ER-02802005



GA-2005-0100