

LAURA GONZÁLEZ PACHÓN

**LA DESPRIVATIZACIÓN Y  
DESJUDICIALIZACIÓN DEL  
DERECHO DE INSOLVENCIA**

**Especial referencia a los acuerdos  
de refinanciación**

Prólogo de  
Luis Velasco San Pedro

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRÓLOGO</b> , por Luis Antonio Velasco San Pedro.....	9
<b>ABREVIATURAS</b> .....	15
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	17

## CAPÍTULO I

### **SIGNIFICADO DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES. OBJETIVOS DEL DERECHO DE LAS EMPRESAS EN DIFICULTADES**

1. INTRODUCCIÓN .....	23
2. LOS FINES DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA DESDE UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO.....	29
2.1. Derecho romano.....	29
2.2. Derecho intermedio.....	32
2.3. Derecho moderno.....	35
2.3.1. La obra de Salgado de Somoza.....	36
2.3.2. Las Ordenanzas de Bilbao.....	38
2.4. Derecho concursal español previgente.....	40
2.4.1. Código de Comercio de 1829.....	42
2.4.2. Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre Quiebra de las Compañías de Ferrocarriles, Canales y demás Obras Públicas.....	45
2.4.3. Código de Comercio de 1885.....	47
2.5. Reformas del Derecho concursal español.....	50

	Pág.
2.5.1. El Anteproyecto de Ley Concursal de 1959.....	51
2.5.2. El Anteproyecto de Ley Concursal de 1983.....	53
2.5.3. Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 ....	56
2.6. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.....	58
3. MARCO INSTITUCIONAL ACTUAL DEL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL: EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL....	63
4. CONCLUSIONES .....	66

## CAPÍTULO II

### **DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL. ALTERNATIVAS AL CONCURSO DE ACREEDORES**

1. CAMBIO DE RUMBO EN LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL Y APARICIÓN DE NUEVOS PRINCIPIOS DE POLÍTICA JURÍDICA. LA DESPRIVATIZACIÓN DE LOS INSTITUTOS CONCURSALES TRADICIONALES.....	71
2. LA FUNCIÓN TRADICIONAL DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES Y LOS FINES DEL DERECHO CONCURSAL.....	78
3. EL DERECHO DE LA PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA. DE LA DESPRIVATIZACIÓN A LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL.....	86
4. LA PRECONCURSALIDAD Y LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.....	96
4.1. La preconcursalidad con anterioridad a la promulgación de la Ley Concursal .....	100
4.2. El tratamiento de la preconcursalidad en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.....	109
4.3. El tratamiento de la preconcursalidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal .....	115
4.4. Soluciones reorganizativas para la prevención de la insolvencia. Composiciones o arreglos estrictamente privados.....	121

## CAPÍTULO III

### **LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN**

1. PLANTEAMIENTO: AUSENCIA Y NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.....	129
2. LA INTRODUCCIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: EL REAL DECRETO LEY 3/2009.....	132
3. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADOS Y DEL LLAMADO «PRECONCURSO»: LA LEY 38/2011 Y ULTERIORES .....	140

	Pág.
3.1. La llamada situación preconcursal. La comunicación del inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación .....	142
3.2. Acuerdos de refinanciación y rescisión concursal .....	148
3.2.1. Acuerdos de masa .....	152
3.2.2. Acuerdos individuales.....	157
3.3. La homologación de los acuerdos de refinanciación .....	159
4. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.....	168
4.1. Novedades en la regulación de los acuerdos de refinanciación .....	170
4.2. La financiación nueva en el contexto de los acuerdos de refinanciación .....	173
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>183</b>

## PRÓLOGO

*La obra que tiene el lector entre sus manos es un trabajo académico, en el mejor sentido de la expresión: su autora es profesora de la Universidad de Valladolid, su origen es una parte de su tesis doctoral —el más académico de cuantos trabajos se pueden emprender desde la Universidad—, sus objetivos son los que caracterizan la actividad investigadora y su metodología es la propia de la jurisprudencia, esto es, de la ciencia del Derecho, dando a esta expresión el sentido que se le ha venido dando en Alemania. Si lo que el lector buscaba es una guía fácil para ayudarse en la resolución de tal o cual problema práctico, mi consejo es que cierre el libro y, si no es un profesional del Derecho, que busque un abogado especializado, y si lo es y necesita orientación inmediata y pragmática, que acuda a las muchas obras, artículos y blogs que inundan el mercado, donde seguramente encontrará refugio más seguro. Pero si su interés es desentrañar el sentido del Derecho concursal; comprender la naturaleza de los complejos problemas sociales con los que se enfrenta esta rama del ordenamiento; buscar, si lo hubiera, una teoría que explique por qué y cómo se han ido alumbrando, de manera tan accidentada y larga las diversas soluciones a estos problemas que han acabado por cristalizar cuasi universalmente, mi recomendación es que siga leyendo y, además, como se deben leer los buenos libros —y este sin duda lo es, escrito por añadidura en un excelente castellano—, desde la primera hasta la última página.*

*Antes de continuar, me apresuro a deshacer un equívoco al que mi anterior admonición pudiera llevar, si no se hubiera leído con la pausa y la reflexión precisas. Que este libro ni pretenda ni sea una guía fácil para la resolución de problemas prácticos de ninguna manera significa que no tenga ninguna utilidad para ello. Es su leitmotiv, realmente*

*el de toda la jurisprudencia, que es una ciencia cuyo objetivo final es coadyuvar en la resolución de los problemas que se originan en la sociedad, cuando las personas se relacionan entre sí y crean vinculaciones, por lo que no puede prescindirse de ella a la hora de establecer y aplicar las normas jurídicas (lo expresaba muy bien Karl Larenz en el título de su obra Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft). De manera que el jurista preocupado por la práctica, también encontrará en esta obra un potente arsenal intelectual para acometer con éxito tan importante como relevante tarea, a la que de ninguna manera pretendo desvalorizar (como gustaba repetir el maestro Garrigues, «el Derecho es para la vida, y no la vida para el Derecho»).*

*Este libro presenta, lo he adelantado ya, una teoría sobre la articulación actual del Derecho concursal —entendido este en el sentido más amplio posible: soluciones jurídicas a las situaciones de insolvencia (por tanto, también el Derecho pre y paraconcursal)—. El propio título lo revela con claridad: Desprivatización y desjudicialización del Derecho de la insolvencia. Estas ideas no son nuevas y la autora no pretende atribuirse su descubrimiento. Antes otros autores han venido hablando de ellas, para explicar la progresiva publicación o estatización y, en los últimos tiempos, desjudicialización de las soluciones a la insolvencia, en dos procesos que no por ser de alguna manera contradictorios entre sí (los jueces forman parte de la estructura pública de los modernos Estados de Derecho con separación de poderes), han dejado de confrontarse y acompañarse desde al menos el siglo XIX. La primera tendencia —la desprivatización— se trasluciría en los procedimientos paraconcursoales de saneamiento de empresas, que han hecho prácticamente desaparecer el concurso e instituciones análogas en el tratamiento de la insolvencia de determinadas empresas que se consideran de un valor crucial o estratégico para las economías. El ejemplo más relevante actualmente es el mecanismo de resolución de entidades de crédito, configurado además con carácter europeo en relación con la Unión Económica y Monetaria en el ámbito de UE. La segunda —la desjudicialización— en las instituciones preventivas del concurso e instituciones análogas, con una minoración progresiva del papel del juez, que desaparece totalmente o ve reducida su actuación a un control ex post cuando se pretende una eficacia heterónoma. Tenemos un claro exponente de ello en la todavía reciente Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia.*

*Pero para verificar cualquier teoría hay que confrontarla con los hechos. Esto es lo que pretende la autora, y consigue de manera persuasiva en el primer capítulo de su obra, donde va examinando de manera minuciosa los sucesivos fines del Derecho de la insolvencia, desde las épocas más remotas hasta la actualidad. Este examen viene justificado no solo por la utilidad de la historia como mejor forma de*

*comprender el presente (el ser humano como homo historicus), sino porque, como en su momento afirmó agudamente el Prof. Guyon, en el Derecho concursal se han sucedido históricamente diversas finalidades que, en su evolución, lejos de haber desaparecido han sido mantenidas, aunque postergadas en función de las nuevas. La reflexión, a partir de la Edad Moderna, se centra fundamentalmente en el Derecho español, y no solo por razones de cercanía y proximidad, sino porque algunos planteamientos, como los que resultaron de la obra de Salgado de Somoza, oidor de la Real Chancillería de Valladolid, tuvieron gran repercusión fuera de nuestras fronteras (especialmente en Alemania), como es bien sabido y destaca la autora. Muy oportuna es en este capítulo la referencia a la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas que, como advirtió nuestro común maestro el Prof. Duque en un memorable trabajo, adelantaba algunas de las soluciones pre y paraconcursoales que luego acabarían consolidándose y trasladándose a otros sectores y que, como es frecuente en el Derecho español, se tuvo que promulgar por la urgencia que ocasionó la tremenda crisis económica de 1863-1868, que arrumbó buena parte del incipiente mercado del crédito y las compañías de ferrocarriles que resultaron de la bienintencionada, pero insuficientemente precavida legislación económica del Bienio Progresista (1854-1856).*

*Realizado este examen histórico, el segundo capítulo de la obra se va a centrar en la reorientación contemporánea de los fines del Derecho concursal, de los que deriva la ya señalada confrontación entre desprivatización y desjudicialización de los remedios preventivos y las soluciones a la insolvencia empresarial. Para ello, conforme avanza el capítulo, la autora va centrando progresivamente el foco en esta segunda tendencia desjudicializadora, dominante en la citada Directiva sobre reestructuración e insolvencia, todavía pendiente de trasposición al Derecho español cuando se escriben estas líneas, pero cuyas soluciones se han anticipado en nuestro ordenamiento a partir de las reformas de 2009 de nuestra legislación concursal, con la introducción, primero, de los llamados acuerdos de refinanciación, y, después, del expediente del acuerdo extrajudicial del págos.*

*El último capítulo, en un reenfoque final del objetivo de la investigación, se va a circunscribir a un examen del régimen de los acuerdos de refinanciación. Es un acierto de la autora examinar esta cuestión siguiendo la procelosa evolución de este instituto en sucesivas reformas legales, hasta llegar a la situación actual del Derecho español, cuya actualidad, de momento, viene marcada por el Texto refundido (quizás debiéramos decir expandido, visto el resultado) de la Ley concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y por la legislación excepcional de la covid-19. Sus atinadas consideracio-*

*nes iluminan la comprensión e interpretación del conjunto normativo dedicado a la institución.*

*Para finalizar es obligado hacer alguna consideración sobre las circunstancias de este libro y de la autora y su relación con el prologuista.*

*El libro, como es lo habitual, termina con un punto final. Quizá lo más adecuado, aunque sea inusual, habría sido terminarlo con unos puntos suspensivos, porque es evidente que la evolución del Derecho concursal va a seguir y en el Derecho español se van a producir nuevas e inminentes reformas, no solo por la necesidad de trasponer la Directiva, sino por la tremenda crisis económica que ha originado la pandemia de covid-19, que augura una acumulación de concursos en cuanto cese la moratoria impuesta por las circunstancias, que obligará a reformas legales (por otra parte, ya anunciadas) para no colapsar ya definitivamente nuestro sistema judicial. Alguien podría pensar con algún fundamento que lo más adecuado habría sido esperar a esta reforma legislativa. Pero el mismo problema se le ha planteado a la autora con todas las reformas que se han ido produciendo desde que empezó a estudiar el tema (antes de la promulgación de la Ley Concursal) y que no han dejado de sucederse. En algún momento habría que darlo a la imprenta, y este ha parecido el más adecuado. Por otro lado, como he repetido, se trata de una obra académica y sus consideraciones más valiosas, por ser de política jurídica y de comprensión del papel y función de las instituciones, de alguna manera trascienden a esta legislación, últimamente más de aluvión, que se ha hecho tan frecuente. En España, país de extremos, hemos pasado de la petrificación del Derecho concursal durante buena parte del siglo xx —desde la Ley de suspensión de pagos de 1922 a la Ley concursal de 2003—, al extremo contrario, de reformas galopantes, apresuradas y sin debate, buena parte de manera exprés vía Real Decreto Ley, pues la Ley concursal de 2003 hasta el Texto Refundido de 2020 ¡se ha modificado en 28 ocasiones! Von Kirchmann («tres palabras del legislador y bibliotecas enteras de Derecho se convierten en basura») no tenía razón, y los trabajos que realmente son científicos —como es el que nos ocupa— acaban perdurando, pese a que los legisladores no solo emitan palabras, sino que a veces, como el español, den voces, además de forma espasmódica.*

*Respecto a la autora: es una académica abnegada, trabajadora ejemplar, que profesa, en el sentido más noble de la palabra, su función de profesora e investigadora del Derecho. Vivimos en un momento en que, al calor de los criterios de acreditación, no es infrecuente confeccionar currículos a medida, teniendo en cuenta lo que puntúa o no, para obtener la oportuna calificación positiva. Frente a esta actitud, Laura simplemente se dedica a lo que nos hemos venido dedicando los*

*profesores universitarios desde que la Universidad existe: a estudiar (aprender e investigar) y enseñar. Le perjudica, pero nos devuelve la esperanza en el quehacer universitario, que solo puede entenderse como misión y no como empleo u ocupación.*

*Respecto a mi relación con Laura: comenzó a trabajar bajo la dirección del Prof. Duque, que como ya he dicho fue también mi maestro. Durante muchos años hemos compartido tareas en la Universidad de Valladolid, ella desde la Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación de Segovia, y yo desde la de Derecho de Valladolid. El fallecimiento del Prof. Duque impidió culminar su dirección, que yo asumí como un honor, tratando de trasladar a Laura lo que yo pensaba que le habría dicho el querido y admirado maestro. Como no podía ser de otra manera, ha sido una relación recíprocamente muy fructífera, que continúa en el marco del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Valladolid sobre Derecho concursal y Derecho de la competencia y la distribución, que yo coordino y del que Laura es uno de sus miembros. Es una suerte poder seguir el camino universitario en su compañía (y en el de otros muy queridos compañeros y compañeras), máxime en estos tiempos convulsos e inciertos en que vivimos.*

*En Mojados (Valladolid), en febrero de 2021.*

Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid

## PRESENTACIÓN

Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, así consagra el art. 1.911 CC el consabido *principio de responsabilidad patrimonial universal*. Cuando el patrimonio del deudor no resulte suficiente para hacer frente al conjunto de sus obligaciones y exista una pluralidad de acreedores cuyas deudas no van a poder ser cumplidas se hace necesario organizar a estos como colectividad o comunidad de pérdidas. La institución que procura la tutela del crédito en el caso de insolvencia del deudor común es el *concurso de acreedores*. Su régimen se contiene actualmente en el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC) aprobado el 7 de mayo de 2020 mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Esta regulación ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2020 y, entre otras normas, deroga la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) y algunas —aunque no todas— de sus disposiciones adicionales y finales.

La promulgación de la LC supuso la consagración de la tan deseada modernización del Derecho concursal. Uno de los principales rasgos del Derecho concursal español desde este momento hasta la actualidad consiste en el principio de *unidad*, entendido desde una triple vertiente: *legislativa*, ya que una sola ley regula los aspectos sustantivos y procesales del procedimiento concursal; *subjctiva*, al tratarse de un único procedimiento con independencia del carácter civil o mercantil del deudor común, y *procedimental*, ya que el procedimiento es único, el *concurso de acreedores*, aunque con dos posibles soluciones, convenio y liquidación. Es necesario advertir, no obstante, que algunos de estos principios se mantenían más bien formalmente, ya que las sucesivas reformas que experimentó la LC desde su entrada en vigor,

hasta un total de veintiocho, provocaron cambios que modificaban sustancialmente el diseño y funcionamiento de determinados institutos concursales. Este ha sido, precisamente, uno de los motivos de la promulgación del TRLC, resolver algunas incongruencias del texto de la LC, así como problemas interpretativos y sistemáticos que generaban una significativa inseguridad jurídica. Por otra parte, el TRLC busca la preparación de la norma en relación con la futura incorporación de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. El texto constituye la base idónea para que en el futuro se pueda acometer la inexcusable trasposición de esta regulación europea.

El sentido y alcance de las reformas que se han ido incorporando al ordenamiento jurídico-concursal han tenido su fundamento en razones de diversa índole. En unos casos, la crisis económica global en la que nos hemos visto inmersos a principios del siglo XXI ha provocado que una buena parte de la legislación concursal se revelara insuficiente y difícil de administrar para hacer frente a la avalancha de concursos acontecidos, especialmente desde el año 2008. Una LC, que apenas comenzaba a andar, tuvo que ser reformada por primera vez a los seis años de su entrada en vigor, situación que contrastaba con la legislación concursal previgente en aquel momento, cuya última modificación se incorporó en el año 1922 con la Ley de Suspensión de Pagos. Actualmente, como consecuencia de la crisis sanitaria originada por la covid-19, el TRLC tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, pretende paliar los efectos económicos del estado de alarma, así como las dificultades económicas de las empresas afectadas por una disminución o un cese de su actividad. En este sentido, el TRLC no supone la derogación de las medidas concursales urgentes que se han aprobado con ocasión de esta crisis sanitaria, como el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia por lo que, al menos temporalmente, convivirán ambas normas lo que previsiblemente generará conflictos especialmente en relación con los plazos de aplicación de unas y otras normas.

En otras ocasiones, olvidando en parte que la finalidad solutoria (satisfacción de los acreedores del deudor insolvente), sigue siendo la finalidad principal del concurso, el propio legislador ha fomentado una función conservativa del concurso, que procurase la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Pese a la intención del legislador, lo cierto es que las cifras de los últimos años indican una destrucción de empresas con prevalencia de la solución liquidativa frente al convenio —tanto anticipado como ordinario—, motivo por

el cual, algunas de las recientes reformas han procurado reforzar la opción conservativa<sup>1</sup>. La crisis económica ocasionada por la covid-19 generará, con toda seguridad, una segunda ola de concursos.

Por último, la protección de determinados operadores económicos, así como la necesidad de reducir costes temporales y económicos motivaron la aparición de alternativas preconcursales que simplificaron y agilizaron el procedimiento concursal. Es esta última razón de política legislativa la que centra nuestro estudio. Actualmente en España, y anteriormente en los países de nuestro entorno, asistimos a un impulso de la desjudicialización del marco de tratamiento de las crisis económicas del deudor común. La preferencia de los operadores económicos por soluciones amistosas a las crisis resulta evidente si se toma en consideración el ahorro temporal y de coste económico que supone la declaración de los procedimientos concursales.

Desde finales del siglo XIX y hasta nuestros días, el Derecho concursal ha ido evolucionando al compás de la aparición y posterior consolidación de los modernos estados sociales y de derecho. Primeramente, se produjo en parte una *desprivatización* de los tradicionales institutos concursales, especialmente en aquellos casos en los que el deudor era una empresa de grandes dimensiones o que formaba parte de un sector de la economía considerado relevante (o de interés general). Asistimos, de esta manera, a la aparición de las llamadas *instituciones preconcursales*, caracterizadas por un fuerte intervencionismo público y que ya suponían una primera *desjudicialización*, al atribuirse el protagonismo del saneamiento a entidades o agencias públicas. Pero también ulteriormente, y sobre todo en las últimas décadas, se está operando una *desjudicialización* del propio Derecho concursal, que opera ya a nivel general o transversal, y que trata de evitar la judicialización de las dificultades de las empresas, fomentando los acuerdos amistosos de reestructuración de la deuda. Actualmente, esta *desprivatización* del Derecho de la insolvencia ha experimentado un nuevo impulso, dada la situación excepcional que vivimos, con la aprobación de un conjunto de medidas destinadas a otorgar ayudas públicas a aquellas empresas en dificultades tanto españolas como extranjeras. Así, la Comunicación de la Comisión Europea, de 19 de marzo de 2020, sobre el Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de covid-19 (2020/C 91 I/01) reformada en mayo de 2020 por la Comunicación de la Comisión Europea por la que se modifica el Marco temporal de medidas de ayuda

---

<sup>1</sup> Las estadísticas disponibles ponen de relieve que solo en torno a un 6,5% de los concursos declarados terminan en convenio, si bien tanto la LC como el TRLC se postulan a favor de una solución conservativa. Vid. la realizada por el Colegio de Registradores correspondiente al *Anuario Concursal 2019* ([https://www.registradores.org/documents/33383/148294/Anuario\\_Concursal\\_2019.pdf/077db697-9d41-19c2-5673-7678cc9500d7?t=1593423594649](https://www.registradores.org/documents/33383/148294/Anuario_Concursal_2019.pdf/077db697-9d41-19c2-5673-7678cc9500d7?t=1593423594649)).

estatal para apoyar la economía en el brote actual de covid-19 [2020 C (2020) 3156 final] que incorpora la controvertida sección 3.11 sobre medidas de recapitalización, cuya aplicación se extenderá hasta el 1 de julio de 2021. En España estas medidas de apoyo al tejido productivo se han traducido en la promulgación del RDL 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, así como en el RDL 27/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo.

Este trabajo se centra fundamentalmente en este último aspecto, que en el Derecho vigente en España tiene dos manifestaciones: los *acuerdos extrajudiciales de pagos*, diseñados específicamente para deudores de menores dimensiones y los *acuerdos de refinanciación*, a los que pueden acogerse deudores de cualquier dimensión, pero especialmente idóneos para los de mayor tamaño. Con todo, se va a prestar especial atención a estos últimos ya que son los más utilizados para resolver las situaciones de insolvencia empresarial, que es la que principalmente nos interesa aquí<sup>2</sup>. Los acuerdos de refinanciación aparecen por primera vez en la legislación española en el del RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medias urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, y posteriormente se regulan con mayor detalle en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Esta última realidad se ha traducido en la regulación por primera vez de manera sistemática del *Derecho preconcursal* en el TRLC, en su Libro II, dividido en cuatro títulos independientes: el primero tiene como objeto la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores; el segundo se ocupa de los acuerdos de refinanciación, cuyo contenido, tan trabajosamente diseñado por el legislador, adquiere un mínimo de unidad y autonomía que se reclamaba; el tercero es el relativo a los acuerdos extrajudiciales de pago, cuya disciplina se añadió a la Ley Concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, modificada por la Ley 25/2015, de 28 de junio; y el último se ocupa de las especialidades del concurso consecutivo, sea a un acuerdo de refinanciación, sea a un acuerdo extrajudicial de pagos.

---

<sup>2</sup> En 2019 únicamente hubo 25 expedientes de acuerdos extrajudiciales de pagos que afectasen a personas jurídicas, presumiblemente empresas, frente a 4.421 que afectaron a personas físicas: *Anuario Concursal 2019* del Colegio de Registradores. En cuanto a los acuerdos de refinanciación homologados, que son los únicos de los que hemos podido localizar datos estadísticos, según el REFOR hubo 62 en 2018 y 74 en 2019: datos extraídos de [http://www.economistas.es/Contenido/REFor/Datorefor/acuerdos%20refinanciacion%20hasta%20mayo%202020.pdf?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=dato-refor-de-la-semana-220-informe-global-insolvencias-enero-2020\\_126](http://www.economistas.es/Contenido/REFor/Datorefor/acuerdos%20refinanciacion%20hasta%20mayo%202020.pdf?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=dato-refor-de-la-semana-220-informe-global-insolvencias-enero-2020_126).

Este trabajo se estructura en tres capítulos. En el primero se realiza una aproximación histórica a la evolución de las instituciones concursales; en este marco se prestará especial atención al contexto español, con objeto de descubrir las principales orientaciones a las que paulatinamente ha respondido para comprender mejor la situación a la que se ha acabado arribando en la actualidad.

En el segundo capítulo se profundiza en la tendencia a la desjudicialización del Derecho de la insolvencia que manifiesta el actual Derecho concursal español, analizando los cambios que el agravamiento de la crisis económica en los últimos años ha producido en sus paradigmas y funciones.

En el tercer y último capítulo, se aborda el estudio del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación, así como de algunas instituciones conexas, como el régimen de la llamada *preconcuralidad*, la rescisión y la aportación de nuevos recursos (*dinero nuevo*).

# CAPÍTULO I

## SIGNIFICADO DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES. OBJETIVOS DEL DERECHO DE LAS EMPRESAS EN DIFICULTADES

### 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La confluencia de un deudor insolvente y una pluralidad de acreedores que pretenden la satisfacción íntegra de sus créditos ha existido siempre<sup>2</sup>. Ahora bien, el tratamiento que ha recibido el incumplimiento del deudor común es lo que ha ido variando a lo largo del tiempo y del espacio<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Vaya por delante una aclaración terminológica. A lo largo del presente trabajo la figura del deudor común que queda sometido al concurso en virtud del TRLC, podrá serlo *cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*. Las razones de la dualidad de procedimiento atendiendo a la condición comercial o no comercial del deudor, desde hace décadas ha perdido toda su virtualidad, de manera que la unidad de disciplina que venía siendo reclamada por toda la doctrina, fue finalmente incorporada en la redacción originaria de la legislación concursal de 2003. Sin embargo, en la práctica el TRLC, como también la LC, será aplicable, en la mayoría de los casos, a empresarios y operadores económicos de ciertas dimensiones, razón por la cual el presente estudio se centrará preferentemente en la insolvencia de esta clase de deudores.

<sup>2</sup> Decía SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. 1, Barcelona, 1974, p. 44, que «desde los más remotos tiempos y las más antiguas civilizaciones, el deudor fue sañudamente perseguido e implacablemente castigado».

<sup>3</sup> *Vid.* sobre la evolución del Derecho concursal español anterior a la codificación, ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación*, Sevilla, 1970; *vid.*, también, en relación con la evolución del Derecho concursal español y comparado el trabajo de PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Madrid, 1994.

En relación con las empresas, antes los comerciantes, desde que existen en el tráfico económico ha sido y sigue siendo recurrente que atraviesen por dificultades económicas; es más, la crisis en el patrimonio del empresario no debe ser considerada como un hecho aislado o como un *accidente individual*, consecuencia exclusiva de su mala gestión. La evolución general de la economía, los cambios en el mercado, la frecuente invocación del crédito por el empresario, los cambios tecnológicos, la competencia o la escasa demanda son, entre muchos, factores que pueden incidir de manera negativa en el desarrollo de la vida empresarial<sup>4</sup>.

En este sentido, la *primera gran crisis del siglo XXI*, cuyo inicio se sitúa en el año 2008, puso de relieve que determinados acontecimientos internacionales, singularmente dificultades económicas de los bancos de inversión norteamericanos, pueden afectar de manera decisiva a sectores clave de numerosas economías nacionales. Como un efecto dominó, el hundimiento de los mercados financieros, supuso el derrumbe de las Bolsas, colapsando estas a su vez el crédito y provocando una paralización de la actividad económica, lo que en España se tradujo en un desmoronamiento, en especial, del sector inmobiliario y de la construcción<sup>5</sup>. Pues bien, esta crisis, considerada hasta ahora como la más grave de la historia moderna, arrastró a múltiples empresas al concurso, con independencia de su buena o mala gestión y de su tamaño, sin mediar en muchos casos posibilidad alguna de salvación<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Traemos aquí las palabras del profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, en «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *ADC*, XXXIII, 1980, p. 45, para quien «la invocación al crédito por el empresario para financiar su actividad y la sincronización de los elementos activos (créditos) con los pasivos (deudas) de su patrimonio pone de manifiesto la importancia que posee en el tráfico comercial e industrial el *puntual y completo cumplimiento de las relaciones jurídicas*».

<sup>5</sup> La economía española experimentó una etapa de bonanza económica entre los años 1996 y 2007. Parece que existe un acuerdo en que la primera señal de alarma se produce en Estados Unidos con la crisis de las hipotecas *subprime* en agosto de 2007. La crisis estalla definitivamente en agosto de 2008 con la quiebra del banco de inversión *Lehman Brothers* extendiéndose de forma alarmante por todo el sistema financiero internacional y casi de manera inmediata en la economía productiva de numerosos países. *Vid.* el interesante estudio sobre las crisis sufridas en España desde el siglo XIV hasta la actualidad, LLOPIS y MALUQUER DE MOTES, *España en crisis. Las grandes depresiones económicas, 1348-2012*, Barcelona, 2013; para una visión de la actual crisis económica, *vid.* GARICANO, *El dilema de España*, Barcelona, 2014; GARCÍA y RUESGA (coords.), *¿Qué ha pasado con la economía española? La gran recesión 2.0 (2008 a 2013)*, Madrid, 2014.

<sup>6</sup> En plena crisis económica, el número de concursos creció en el primer trimestre de 2009 un 266 % respecto del mismo periodo del año anterior, con un incremento que alcanzó el 330 % en los procedimientos ordinarios. El mayor porcentaje de las insolvencias en el primer trimestre de 2009 afectó a las empresas del sector de la construcción (35 %), así, entre los años 2008 y 2009 se presentaron en los Juzgados de lo Mercantil concursos de gran trascendencia de, entre otros, las constructoras *Martinsa Fadesa* (7.155 millones de euros), *Habitat* (2.807 millones de euros), *Tremón* (919 millones de euros), *Nozar* (1.563 millones de euros) y *Lábaro* (750 millones de euros). Ha de retenerse que antes de la gran crisis de 2008 había en España unos 1.000 concursos al año que llegaron hasta un máximo de 10.000 en 2013 hasta llegar a 4.000 en 2019.

En la actualidad, el número de empresas que se declararon en concurso de acreedores se ha desplomado cerca del 22,3 % en el primer trimestre de 2020 a consecuencia, en gran medida, de la limitación de la actividad judicial derivada del Estado de alarma decretado a mediados de marzo, aunque cabe esperar una avalancha de procedimientos en los próximos meses, ya que la pandemia de covid-19 ha reducido aproximadamente un 60 % la información suministrada por los juzgados<sup>7</sup>.

Atendiendo a la gravedad de las crisis empresariales, en palabras del profesor Guyon<sup>8</sup>, las medidas que se pueden acometer varían, como también lo hacen, en función del momento histórico en el que estas pretendan desplegar sus efectos. En este sentido, en lo que concierne a las medidas que deberían ser adoptadas por la legislación concursal en los casos de dificultad económica del deudor común, destacamos: en primer lugar, el establecimiento de mecanismos necesarios susceptibles de prevenir las dificultades económicas para, a continuación, procurar la recuperación de aquellas empresas que se encuentren en situación temporal de morosidad, pero que son susceptibles de mejorar su situación económica. Si estas medidas prioritarias fracasan, en segundo lugar, la ley debería establecer las reglas que permitan liquidar el patrimonio del deudor común asegurando el pago entre los acreedores de conformidad a la *par conditio creditorum* y, por último, el legislador dictaría las sanciones o medidas de seguridad dirigidas exclusivamente a aquellos deudores deshonestos o *notoriamente incompetentes* con el fin de que resulten expulsados de la vida de los negocios.

A modo de compendio de lo hasta aquí dicho, podemos afirmar que el Derecho concursal presentaría cuatro grandes objetivos que por ambiciosos que estos sean, todos deben orientar la labor del legislador. Así, la prevención de la insolvencia o de la dificultad económica

---

<sup>7</sup> No se oculta la previsión de una avalancha de concursos una vez finalizado el Estado de alarma. El ministro de Justicia, en su intervención en el Senado el día 21 de mayo de 2020, afirmó que se espera un incremento de concursos del 246 % en 2020 y del 619 % en 2021, cuya razón de ser fija en el art. 11 RDL 16/2020 (La Ley 5843/2020). Conforme se establece en el art. 43 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, hoy derogado, se permitía no solicitar la declaración de concurso en los siguientes dos meses desde que el deudor hubiera conocido o debiera conocer su estado de insolvencia, sin que se aceptaran a trámite concursos necesarios (se entiende, además, que incluso si se presentan concursos necesarios transcurridos dos meses, los concursos voluntarios tendrían preferencia ante el juez). Pues bien, dados los plazos que se manejan, es razonable pensar que hasta febrero de 2021 no comiencen a presentarse concursos consecuencia de la crisis derivada de la covid-19. Sin necesidad de acudir a una cuestión de plazos, consideran que tal avalancha de concursos no ha de producirse necesariamente, cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCA, «Reflexiones y propuestas en materia concursal y preconcursal para la crisis producto del SARS-CoV2», *Almacén de Derecho*. [Consultado el 27 de abril 2020]. Disponible en <https://almacendederecho.org/reflexiones-y-propuestas-en-materia-concursal-y-preconcursal-para-la-crisis-producto-del-sars-cov2>.

<sup>8</sup> Vid. GUYON, *Droit des affaires*, vol. 2, Paris, 2003, pp. 2-50.

de la empresa<sup>9</sup>, la recuperación de empresas en situación económica comprometida pero susceptibles de recuperación económica<sup>10</sup>, la liquidación del patrimonio del deudor común en situación de dificultad financiera irremediable<sup>11</sup> y, por último, el establecimiento de sanciones para aquellos deudores considerados deshonestos. En conexión con las sanciones sobre el deudor, resulta conveniente poner de relieve que históricamente la situación de insolvencia del deudor común ha estado relacionada con la idea de culpabilidad, de manera que sobre su conducta han pesado no solo consecuencias de índole económica sino también una consideración peyorativa que se puede resumir en el conocido anatema *decoctor ergo fraudator*, manteniéndose durante muchos años, hasta el punto de convertirse en un significativo coste reputacional con importantes implicaciones<sup>12</sup>. Traemos aquí las pala-

---

<sup>9</sup> La prevención en relación con el principio de conservación de empresa se ha revelado como uno de los principales objetivos del Derecho concursal desde al menos finales del siglo XIX, coincidiendo en Europa con la quiebra de grandes sociedades, en particular, compañías de ferrocarriles, que dado su volumen de capital y de medios personales, supuso un importante reto para un Derecho concursal que en la época resultaba ser eminentemente liquidativo. No obstante, la plasmación de este planteamiento en los principios de política jurídica que inspiran el Derecho concursal no se produjo hasta la segunda mitad del siglo XX. *Vid.*, en relación con las quiebras de las compañías de ferrocarriles en el siglo XIX, el exhaustivo trabajo del profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, «La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, RDP, 1981, pp. 113 a 181. Nótese que cuando se alude a la prevención de la insolvencia como una de las medidas del Derecho concursal, es necesario poner de manifiesto que a los efectos de medidas preconcursales que se pueden adoptar, debe establecerse una distinción entre *prevención* de la insolvencia y *remoción de la insolvencia* en fase preconcursal, ya que en este último caso, y para cuando se pretenden quitar y/o esperas consentidas por las partes, se suscita la legalidad de medidas preconcursales una vez que la insolvencia ya se ha manifestado. *Vid.*, sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», en AAVV, PULGAR EZQUERRA (dir.), *El curso de acreedores*, Madrid, 2012, p. 51.

<sup>10</sup> La necesidad de incorporar la recuperación empresarial a los fines del Derecho concursal aparece ligada a la prevención y su manifestación más temprana se produce, como es sabido, en el Derecho francés con la *Ley 84-148 de 1 de marzo de 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises* y la *Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, único ordenamiento que ha incorporado de manera sistemática la prevención y recuperación de las empresas mediante institutos preventivos reorganizativos. Es necesario advertir, como se verá más adelante, que no se trata de conservar a toda costa empresas en dificultades económicas en el mercado ya que el *redressement* queda condicionado a la necesaria viabilidad de aquella, de manera que solo si su recuperación es posible, resultará de aplicación este instituto.

<sup>11</sup> La finalidad solutoria ha sido el objetivo clásico del Derecho concursal que solo comienza a ser compartida con otros fines de carácter conservativo a partir de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de la aparición de nuevos principios de política jurídica consecuencia, a su vez, del modelo político-económico de la economía social de mercado.

<sup>12</sup> Los costes reputacionales junto con los económicos y los temporales han supuesto que las soluciones extrajudiciales a la crisis económica del deudor común sean la opción preferida por los operadores económicos, en particular, la gran empresa, frente a los tradicionales procesos concursales.

bras del profesor Garrigues en relación con la quiebra, al afirmar que esta «engendra una presunción de mala fe en el quebrado, en contra del principio general que presume siempre la buena fe del deudor»<sup>13</sup>. Veremos cómo esta connotación negativa sobre la persona del deudor se ha mantenido durante un dilatado periodo de la historia, si bien, cada vez más atemperada hasta llegar al TRLC, en línea con la LC, proclive a un tratamiento menos punitivo del deudor de conformidad a las exigencias constitucionales y los principios generales del Derecho penal<sup>14</sup>.

Luego, de lo precedente se desprende que el Derecho concursal así entendido, comprendería una serie de medidas de carácter heterogéneo que varían atendiendo al momento histórico y al lugar en que se manifiestan, pero que en todos los casos presentan determinados elementos comunes<sup>15</sup>. En este sentido, atendiendo las palabras del profesor Duque, «están abocadas al fracaso aquellas concepciones doctrinales que pretendan definir la esencia de la institución concursal, de una vez para siempre, asignándole unos determinados fines de política jurídica, sin tener en cuenta las condiciones históricas de la economía y de la sociedad donde la acción del legislador se desarrolla»<sup>16</sup>.

Ahora bien, antes de descender a la explicación de estas medidas, en especial, a la intensidad con la que estas se presentan en la legislación concursal española, es necesario precisar las siguientes ideas:

En primer término, algunas de estas medidas, si no todas, se han solapado en una misma legislación concursal en un momento histórico

<sup>13</sup> Vid. GARRIGUES, «Derecho de quiebras y de las suspensiones de pagos», *RDP*, t. XXIV, núm. 281, Madrid, 1940, p. 463.

<sup>14</sup> La disciplina concursal desde el punto de vista del Derecho penal supone la transición de la responsabilidad penal por *daño objetivo* del Derecho histórico a la *responsabilidad por culpa* del Derecho moderno. En opinión de Rocco, *Il fallimento. Teoria Generale e origine storica*, Milano, 1962, p. 113, «il diritto moderno ha compresso che il fallimento, in sè, non può essere considerato come un reato. Il fallimento, è semplicemente un fatto dannoso, come sono fatti dannosi la morte di un uomo, la perdita del possesso di una cosa, la deteriorazione di un immobile, la diminuzione della pubblica estimazione, e via dicendo».

<sup>15</sup> Vid. SÁNCHEZ PAREDES, *La vigencia del contrato de compraventa en el concurso* [consultado el 9 de septiembre de 2018]. Disponible en <http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/5084/1/Tesis-Maria-Luisa-Sanchez-Paredes.pdf>, sostiene en la p. 13 que «no cabe duda de que existe una evidente interdependencia entre las soluciones previstas por el Derecho concursal para dar respuesta a los conflictos de los intereses que se producen en las situaciones de crisis económica y los principios de política económica y social que inspiran las distintas legislaciones en la materia, variables según los países y los momentos históricos. Entre estos elementos comunes bien podríamos situar en un primer momento, la liquidación y el reparto de bienes como medios prioritarios para satisfacer a los acreedores, a continuación, la conservación de la empresa como un objetivo *per se* a cumplir por el Derecho concursal y no como un medio de satisfacción de los acreedores, para situarnos en la actualidad, en fin, la conservación de la empresa y la liquidación como medios complementarios que persiguen la mejor satisfacción de los acreedores»; *vid.*, también, CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Granada, 1999, pp. 22 y 23.

<sup>16</sup> Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre...», *op. cit.*, p. 76.