

¿INSOLVENCIA SIN CONCURSO?**ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES FRENTE A LA
INSOLVENCIA Y SU “ARQUITECTURA PROCEDIMENTAL”.****José Antonio GARCÍA-CRUCES***

I.- Preliminar.- II.- Lógica concursal y lógica negocial.- III.- Algunos aspectos relativos a los partícipes en la negociación.- IV.- Cuestiones relativas a la eficacia del procedimiento de negociación.- V.- La protección de los acuerdos extrajudiciales y soluciones amistosas como respuesta a la insolvencia.

I.- Preliminar.

Me gustaría que mis primeras palabras fueran para agradecer a las autoridades del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y, en particular al Prof. Richard, su amabilidad al invitarme para participar en este Congreso y poder ofrecer mi opinión sobre algunas cuestiones que, a mi juicio, revisten una particular importancia.

En todo caso, y a fin de no defraudar posibles expectativas, debo indicarles que no han de esperar de mí una conferencia cerrada y completa, en la que se agoten todas las cuestiones sino, antes bien, un conjunto de reflexiones y preguntas sobre algunos de los muchos aspectos que suscita el tema propuesto.

Si nos cuestionamos las relaciones entre la normativa societaria general y las reglas particulares con las que se quiere disciplinar la insolvencia, no deberíamos alejarnos mucho de la realidad práctica y así poder constatar cómo, desde hace ya tiempo, se intentan buscar soluciones que, alejadas de los tradicionales procesos concursales, puedan ofrecer una mayor eficacia que la que de éstos deriva. Además, se nos viene a decir, esas soluciones creadas al margen de las reglas de la quiebra o de instituciones similares pueden permitir la superación de un grave problema y que no es otro que el estigma que supone la declaración de concurso. Desde luego, no puede desconocerse que, pese a las manifestaciones de las muy distintas leyes en los diferentes países, lo cierto es que en la práctica no acaba de perder su vigencia el viejo brocardo latino *decoctor ergo fraudator*.

En todo caso, no voy a negar las pretendidas – y, quizás, reales – ventajas añadidas de estos procedimientos extrajudiciales con los que se quiere poner remedio – o, mejor aún, evitar y prevenir – un estado de insolvencia¹. Puedo aceptar todas las muchas argumentaciones que se van

• Catedrático de Derecho Mercantil. U.N.E.D., Madrid (España)

1 En este sentido, se advierte que “La razón que explica la preferencia por los arreglos fuera del procedimiento se encuentra, a mi juicio, sobre todo en los costes asociados a éste, que comprometen la viabilidad de una solución conservativa del deudor en su seno. Económicamente, los costes pueden ser muy elevados y llevarse por delante una buena parte del escaso activo. No menos importantes son los costes temporales. ¿Qué empresa puede permitirse subsistir en un procedimiento concursal, con las fuentes de financiación fuertemente comprometidas, más de unos

vertiendo en tal sentido y que llevan a una enconada defensa de las soluciones negociadas. Mi labor ahora quiere ser mucho más modesta pues, tan solo, quisiera interrogarme acerca de algunas cuestiones y problemas que pueden suscitarse – o que ya se suscitan - en tal práctica y que afectan a lo que podríamos denominar como la arquitectura procedimental de este tipo de acuerdos; esto es, las exigencias que deben respetarse en su inicio y desarrollo a fin de entender su legitimación.

Pero, y a fin de concretar el contenido de mi exposición, conviene tener presente alguna idea más. En efecto, no puede desconocerse cómo, bajo el rótulo de respuestas extrajudiciales o de soluciones negociadas a la insolvencia, se encuentran situaciones reales de muy distinta caracterización y relevancia económica. Siendo ello así, resulta razonable que las respuestas sean diversas en razón tanto del deudor de que se trate como de la dimensión económica de su insolvencia. De hecho, el Derecho positivo suele acoger, aunque no siempre con acierto, diferentes procedimientos desjudicializados ante la insolvencia². Dada esa pluralidad de institutos y procedimientos negociales, quisiera centrar la atención en aquellos que tienen por objeto la insolvencia empresarial y se caracterizan por una mayor dimensión económica.

Pues bien, y a fin de respetar algunas exigencias de orden y claridad, no estará de más que indique los aspectos sobre los que quiero llamar su atención y que podrían enumerarse del siguiente modo. Desde luego, el listado de cuestiones puede ser amplísimo, pero quisiera centrar el foco en tres grandes aspectos relativos al modo en que se dan las negociaciones que conducen a tal fin.

En primer lugar, y a fin de determinar las exigencias que ha de satisfacer el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial frente a la insolvencia del deudor, conviene referirse a los sujetos que participan en su formación. De esta manera, no estará de más interrogarse acerca de quién debe participar en ese proceso negociador, que exigencias cabe imponer en su actuación, y que trato ha de darse a quiénes no participaran en el acuerdo pero se vieran afectados por el mismo.

De otra parte, y dentro de ese análisis de lo que he denominado como arquitectura procedimental de un acuerdo o solución negociada frente a la insolvencia, intentaré ocuparme de

pocos meses? También existe un coste reputacional inevitable asociado al procedimiento, que explica la alergia generalizada a su empleo y el hecho de que se acuda a él cuando no queda más remedio. Por último, no debe descartarse el coste asociado a la incertidumbre propia de cualquier procedimiento judicial, que puede ser especialmente importante en ciertas jurisdicciones". Arias Varona, F.J.: Instituciones Preconcursoales. Responsabilidad de Administradores sociales y Concurso ¿Dónde está y hacia dónde se dirige el Derecho Español?, Revista e-mercatoria, 2, 2011, pp.209 y 210.

² En este sentido, y a modo de ejemplo, cabe recordar que en la Ley Concursal española (en adelante, LC), primero tímidamente a través del RDL 3/2009, y de modo más extenso con ocasión de la reforma llevada a cabo con la Ley 38/2011, se ha actuado en tal sentido reconociendo y regulando, si bien de forma fragmentaria y parcial, los llamados acuerdos de refinanciación. Con posterioridad, mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, se ha incorporado un Título X en la LC, con el que vienen a regularse los denominados Acuerdos Extrajudiciales de Pagos; posibilidad que queda reservada a favor de los deudores personas físicas pero, también, de las sociedades, siempre y cuando – en ambos casos – la cifra del pasivo no supere la cantidad de cinco millones de euros. Este último procedimiento extrajudicial ha tenido un muy escaso éxito práctico. La regulación de ambos procedimientos extrajudiciales ha sido reformada posteriormente en distintas ocasiones.

ciertas exigencias que vienen impuestas por el desarrollo del proceso negociador. Así, será necesario referirse a la reserva con que se suele – y debe – actuarse en la negociación, al igual que a la – en muchas ocasiones – imprescindible exigencia de no alterar el punto de partida, agravándolo con ejecuciones posteriores a su inicio.

Por último, no estará de más considerar la tutela que normalmente se pide – y las legislaciones suelen acoger – respecto del resultado alcanzado con ese procedimiento de negociación; esto es, la protección que cabe dispensar al propio acuerdo extrajudicial, en particular, cuando éste fracasara y posteriormente se declarara el concurso del deudor común.

II.- Lógica concursal y lógica negocial.

Tal y como antes indicara, los acuerdos amigables o soluciones negociadas, cuya valoración hoy en día es innegablemente positiva, suscitan múltiples problemas. Muchos de ellos vienen a hacer referencia a los contenidos posibles del acuerdo que pueda adoptarse o, bien, a otros muchos aspectos. Sin embargo, quisiera que centráramos la atención en ciertas cuestiones y exigencias que – en principio – deberían respetarse en el trámite a seguir para su consecución.

Se quiera o no, lo cierto es que un acuerdo extrajudicial o solución negociada requiere el desarrollo de distintas fases y la participación de una pluralidad de sujetos en donde todos ellos van a hacer valer sus intereses ante la finalidad común de lograr tal acuerdo. Sin embargo, no puede dejarse de lado que la insolvencia supone una afección de todos los acreedores del deudor común, partícipes o no en ese proceso negociador, por lo que, igualmente, sobre todos ellos y sus créditos incidiría o podría incidir el acuerdo con el que se quiera poner remedio a tal estado patrimonial.

Ahora bien, si contrastamos la práctica de estas soluciones negociadas o acuerdos extrajudiciales que se dan respecto de las reglas que disciplinan los procesos concursales ante la insolvencia del deudor, nos encontraremos ante dos lógicas diferenciadas para abordar un mismo problema³.

En efecto, la respuesta típica frente a la insolvencia del deudor – esto es, el concurso – se caracteriza por la intervención judicial, el carácter imperativo de sus reglas y la afirmación de un principio de universalidad – quizás, mejor, de concursalidad – tanto en lo atinente a la masa activa como, sobre todo, a la masa pasiva. Salvo las muy limitadas excepciones que la Ley viene a permitir, todos los acreedores han de estar y pasar por el concurso, so pena de no poder realizar su crédito frente al deudor insolvente, a la par que sufren los efectos de tal proceso. La consecuencia de tal caracterización no puede ser otra que la común afección de todos los acreedores integrados en la masa pasiva como consecuencia del desarrollo del proceso concursal, incluso cuando la respuesta al estado de insolvencia sea el resultado de la autonomía de la voluntad y encierre un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, dada la eficacia que se predica para el convenio (arts. 134 y 135 LC).

³ García-Cruces, J.A.: Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia, en García-Cruces, J.A. (Dir.), Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 21 y ss.

Sin embargo, con estas soluciones negociadas nos situamos en un plano claramente diferenciado, pues se huye de cualquier intervención judicial (la cual, de darse, solo se podrá actuar tras la consecución del acuerdo y a los solos efectos de lograr su homologación), el pacto (y sus límites necesarios) es la fuente de la que deriva toda solución frente a la insolvencia o, en su caso, las dificultades financieras (financiar distress) del deudor, y, por último, los protagonistas no suelen ser todos los acreedores sino, tan sólo, aquellos que, conforme enseña la práctica habida, tienen un poder de negociación suficiente y que, normalmente, deriva de su posición como acreedor financiero.

En definitiva, surge así el contraste entre una lógica concursal, basada en el principio de universalidad, y una lógica contractual, en la que obviamente la regla de la eficacia relativa de los contratos (art. 1257 C.c.) está llamada a desplegar sus consecuencias⁴.

Pese a ese contraste, no cabe desconocer que, al menos en ciertas circunstancias, una solución negociada frente al estado de insolvencia, actual o potencial, del deudor, puede resultar preferible y más acertada, según las circunstancias, que no la apertura de un proceso concursal. Aun así, no parece que pueda huirse de la realidad y desconocer que ese tipo de pactos al margen del concurso y como alternativa al proceso universal, tienden a dar una respuesta a la insolvencia del deudor que, sin embargo, constituye un estado de impotencia patrimonial que afecta a todos los acreedores, estén o no presentes en la negociación del acuerdo, y consientan o no ésta. Dicho en otras palabras, la escasez – en este caso de solvencia patrimonial – no ayuda a la composición de intereses y es particularmente difícil lograr ésta cuando media una pluralidad de acreedores, con posiciones muy diferenciadas entre sí, y en donde hay un conflicto de intereses necesario que dificulta toda posible actuación cooperativa entre ellos.

III.- Algunos aspectos relativos a los partícipes en la negociación.

La práctica enseña, entonces, que el número de protagonistas en esos procesos se reduce y viene a concentrarse en manos de quienes, por su posición y/o por la información de que disponen, tienen una mayor capacidad de decisión, tal y como sucede normalmente con las entidades financieras. Por ello, si se hace un enfoque realista, no será difícil descubrir que los riesgos para un acuerdo de refinanciación vienen dados, principalmente, por la concurrencia de tres circunstancias.

En primer lugar, es posible que pueda darse la circunstancia de que existan uno o varios acreedores que, en razón de su posición, debieran haber sido llamados a la negociación (y que, ad ex., el Derecho positivo español considera que han de ser acreedores financieros), de modo que el

4 Con acierto se ha señalado que los acuerdos de refinanciación, “están fuera de la lógica de la concursalidad, porque no se negocian con todos los acreedores, sino sólo con los acreedores financieros, la contrapartida del excesivo endeudamiento o apalancamiento de la empresa”. Cortés Domínguez, L.J.: Concurso de acreedores y refinanciación del pasivo: algunas reflexiones, Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá, III, 2010, pp. 50 y 51.

riesgo presente podría calificarse, como acertadamente se ha hecho, como el propio de la existencia de terceros no invitados al baile⁵.

De otra parte, no cabe desconocer un riesgo que pudiera estar presente en los acuerdos de refinanciación y que no es otro que el del contenido de los pactos habidos y, sobre todo, en cómo puedan éstos afectar a terceros completamente ajenos al propio acuerdo de refinanciación. Es decir, cuál pueda ser la incidencia que llegue a tener el acuerdo de refinanciación sobre terceros ajenos al proceso de negociación que diera lugar a éste y que, en razón de su posición o por cualquier otra circunstancia, no fueron llamados a participar en la consecución del acuerdo.

Por último, y siguiendo con ese contraste entre la norma concursal y la libertad de pactos, también es factible que el acuerdo o solución negociada se alcance con la participación de sujetos que, de haberse seguido el proceso concursal como remedio a la insolvencia, no podrían haber manifestado – de forma eficaz – su voluntad, determinando la solución (convenio) dada a tal estado de impotencia patrimonial, al igual que la atención de sus intereses podría haber quedado postergada respecto de otros sujetos que no participaran en tal acuerdo de refinanciación.

La constatación de estos riesgos que pudieran darse en un proceso negociador de cara a la formación de un acuerdo frente a la insolvencia del deudor común, constituye una buena base para valorar las exigencias que en tal negociación deberían respetarse. Un enfoque razonable y realista de estos problemas puede llevarnos a afirmar la necesidad de que en el desarrollo de esos procedimientos negociales de cara a la consecución de un acuerdo de este tipo deberían respetarse ciertos requisitos básicos.

Así, y en relación con la ausencia de acreedores que, en razón de su posición frente al deudor (básicamente, acreedores bancarios y financieros), deberían haber sido llamados a participar en tales negociaciones, la respuesta parece que habría de ser la de su inmunidad respecto de cuanto fuera acordado, en razón de la eficacia relativa del propio acuerdo. Ahora bien, si la norma permitiera – como sucede en el Derecho español – que se extendieran los efectos de tal acuerdo respecto de terceros a través de su homologación judicial, entonces resultaría imprescindible disponer de un trámite en donde éstos pudieran hacer valer sus derechos e intereses.

De igual manera, y ante el riesgo de que el acuerdo fuera el instrumento para que sus partícipes acudieran a una mejora de su posición respecto del deudor y, sobre todo, del resto de los acreedores, parece razonable requerir un límite material respecto del contenido del propio acuerdo, en el sentido de afirmar - aun cuando solo fuera con fundamento en una elemental exigencia de buena fe – la vigencia de un deber de abstención o de no mejora de la propia posición que recaería sobre todos los acreedores que sí participan en la negociación.

Por último, el problema más complejo es el relativo al trato que cabe dispensar en los acuerdos de refinanciación y en el proceso negociador a aquellos sujetos que, pudiendo participar en el mismo, vendrían a ocupar una posición postergada si la solución a la que se acudiera fuera

5 Fernández Seijo, J.Mª.: Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal, en García-Cruces, J.A. (Dir.), La Reintegración en el Concurso de Acreedores, 2ª edición, Cizur Menor, 2014, pp. 321 y ss.

concurzal. El supuesto al que me refiero, y que no es desconocido en la práctica, es el de la participación en la negociación de aquellos sujetos que, en razón de diversas causas (socios de control, administradores societarios, sociedades partícipes en el grupo), serían calificados como acreedores subordinados si el concurso fuera declarado. En el Derecho español, la subordinación de los créditos de estos sujetos no solo acarrea una postergación en el pago⁶ sino, también, la pérdida de su derecho de voto⁷ ante el convenio⁸. No parece razonable que quién no pueda votar éste en razón de tal subordinación esté facultado, sin embargo, para decidir la adopción de un acuerdo de refinanciación así como su contenido, incidiendo en la posición jurídica de otros acreedores que, de haberse declarado el proceso concursal, vendrían a obtener un mejor trato⁹.

IV.- Cuestiones relativas a la eficacia del procedimiento de negociación.

Pero, no solo conviene destacar algunos de los principales riesgos que se dan en la práctica de estas soluciones negociadas y, en consecuencia, cuáles habrían de ser las exigencias que podrían requerirse en orden a su legitimidad. También es oportuno referirse a las necesidades que han de atenderse a fin de que el proceso negociador pueda razonablemente alcanzar un final exitoso.

Desde este punto de vista, quisiera referirme a dos cuestiones que, siendo de muy relevante trascendencia práctica en el desarrollo del proceso negociador, encierran – de por sí – alguna contradicción.

En tal sentido, una necesidad que suele destacarse es la relativa a la necesaria discreción del proceso negociador. Es decir, debe rehuirse una cierta publicidad del proceso de negociación, fundamentalmente porque la noticia de su desarrollo puede acarrear un entorpecimiento del mismo e, incluso, su frustración. El acreedor que tenga conocimiento de la negociación abierta y que en ella no participe seguramente resolverá sus relaciones contractuales con el deudor e intentará la realización de sus créditos, incluso mediante el auxilio judicial (ejecuciones), sumando dificultades al ya complicado punto de partida. Esta necesidad de discreción no solo es evidente sino que, además, tiene una doble manifestación práctica. En primer lugar, en cuanto que suele pactarse entre los interesados los oportunos acuerdos previos de confidencialidad. De otra parte, en el hecho de que el proceso negociador se aleja de toda concursalidad – en el sentido de universalidad de acreedores – pues viene a concentrarse en un grupo más reducido de éstos, que son quiénes tienen una posición y un poder de decisión más apropiados para tal finalidad.

6 Tal y como preceptúa el art. 93 LC, ordenando a estos acreedores en distintos rangos.

7 Como dispone el art. 122.2 LC.

8 No cabe olvidar que, en realidad, las normas de clasificación de los créditos concursales no solo suponen un orden de prelación en el pago sino, sobre todo, la atribución de un estatus al acreedor, incidiendo en el conjunto de derechos y obligaciones, así como deberes y cargas, que supone el proceso concursal.

9 En realidad, las soluciones negociadas son inmunes a la clasificación crediticia dispuesta por el legislador concursal, circunstancia que – si ésta difiere de la prelación crediticia general o común – no solo acarrea el riesgo señalado en el texto sino, también, otros. En efecto, tal circunstancia significa que, en principio, el contenido de los acuerdos extrajudiciales frente a la insolvencia del deudor podrían desconocer los privilegios que sanciona la norma como consecuencia de la declaración de concurso (ad ex. privilegio laboral, privilegio de los acreedores involuntarios, etc.).

Pero, junto con esa necesaria reserva¹⁰, otra exigencia que viene a constatar en la práctica de este tipo de negociaciones es la del mantenimiento, en la medida en que fuera posible, de la posición de partida. Esto es, los acreedores partícipes en la negociación vienen a pactar frecuentemente la demora de los procesos de ejecución a los que pudieran acudir, a la vez que se comprometen a no instar la declaración de concurso del deudor¹¹. El problema radica en aquellos supuestos en que no se diera tal pacto, éste fuera incumplido (con independencia de sus consecuencias indemnizatorias) o, bien, acudiera a la ejecución un acreedor no partícipe en tal negociación. Ante tal situación se hace precisa la búsqueda de un mecanismo de standstill, sin olvidar que su realidad viene a incidir en un derecho fundamental que asiste al acreedor que quisiera acudir a la ejecución, pues supone limitar su derecho de acceso a la justicia.

Repárese que, entre ambas exigencias (discreción necesaria, standstill), puede mediar una notable contradicción. En efecto, si se quiere impedir que un acreedor pueda ejecutar su crédito mientras pende la negociación, desde luego será preciso que conozca o pueda conocer la realidad de ésta. Desde luego, ese resultado estará asegurado si el pretendido ejecutante participa en el proceso negociador. Sin embargo, el mero conocimiento no le impide acudir a la ejecución, a salvo que medie un pacto con el deudor que permitiera a éste hacer valer su oposición (y que, técnicamente, cabría configurar como un pactum de non petendo). Pero, sobre todo, el problema se dará respecto de aquellos acreedores que desconozcan la existencia de las negociaciones y que acuden a los Tribunales interesando la ejecución. En estos casos, y en otros, es necesaria una intervención del legislador que, reconociendo el mérito de las soluciones negociadas, adopte una previsión sobre tal aspecto.

Ahora bien, si una norma acogiera la posibilidad de tal standstill, seguramente ello supondría la necesidad de haber publicitado – o poder publicitar – la negociación que se estuviera desarrollando y a la que el ejecutante resultaba ser ajeno, rompiéndose así la discreción que se deseaba para aquélla¹².

10 Estos acuerdos son resultado de la negociación que lleven a cabo los órganos de la sociedad deudora y ciertos acreedores en razón de su posición frente al deudor (normalmente, acreedores bancarios y financieros). En tal situación, la necesaria confidencialidad de las negociaciones pudiera poner en entredicho algunas exigencias que se imponen en todos los ordenamientos. En primer lugar, podría quedar afectado el derecho de información que asiste a los socios de la deudora insolvente o próxima a la insolvencia. De otro lado, y en relación con las sociedades cotizadas, cabría pensar si esa discreción no supondría, también, una infracción del deber de comunicación de hechos relevantes y que pudieran incidir en el curso de las cotizaciones. En todo caso, se hace preciso un análisis ad casum, pues la privación de información sobre el inicio y desarrollo del proceso negociador podría quedar justificado en tales circunstancias.

11 Sobre estos standstill agreements, usuales en la práctica internacional, vid. Wood, P.R: Principles of International Insolvency, Sweet & Maxwell, Londres, 2007, ap. 21-030.

12 Salvo que se acuda a un sistema como el previsto en la legislación española y que, más que dar noticia al acreedor sobre la existencia de tal negociación, viniera a darle una sorpresa. En efecto, en el Derecho español, el inicio del proceso negociador puede ser comunicado al Juzgado competente para declarar el concurso del deudor. En principio, la comunicación practicada será objeto de publicidad mediante el Registro Público Concursal (art. 5 bis.3 LC).

El efecto práctico que se deriva de este proceder es doble. En primer lugar, tal comunicación suspende la exigibilidad del deber de instar el concurso por un plazo de tres meses (art. 5 bis.2 LC), siempre que fuera presentada tempestivamente. De otra parte, y también como consecuencia de esa comunicación, no podrán iniciarse ejecuciones frente al deudor durante el período dispuesto en la Ley, al igual que podrán suspenderse las ya iniciadas por tal plazo, siempre que recaigan sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 5 bis.4 LC). Sobre estas cuestiones, vid. García-Cruces, J. A.: Inexigibilidad del deber del deudor de instar

V.- La protección de los acuerdos extrajudiciales y soluciones amistosas como respuesta a la insolvencia.

El último aspecto al que, dentro de este breve recordatorio, he de referirme es el relativo a la protección que pudieran merecer los acuerdos extrajudiciales con los que quiere ponerse remedio o prevención a un estado de insolvencia cuando éstos, posteriormente, fracasan en tales objetivos. Esto es, cuando, pese a haberse alcanzado un acuerdo de refinanciación, su finalidad se frustra y es declarado el deudor en concurso.

En tales circunstancias, y la experiencia española así lo acredita, los partícipes en el acuerdo de refinanciación se enfrentan, entre otros, a dos riesgos. El primero de ellos es el derivado de la posibilidad de que, dentro del proceso concursal, se revise el propio acuerdo de refinanciación a través del ejercicio de una acción rescisoria concursal¹³. De otro lado, aunque con menor intensidad, se abre la posibilidad de que también se valore la conducta seguida, tanto por el deudor como por los acreedores partícipes, con ocasión del acuerdo de refinanciación previamente alcanzado y que hubiera fracasado¹⁴.

De hecho, la gran preocupación que se ha dado¹⁵, con ocasión de los distintos procesos de reforma del derecho español, acerca del reconocimiento de estos acuerdos de refinanciación ha girado en torno a estos problemas y ha buscado su salvaguarda, en particular en lo que hace a su protección frente al posible ejercicio de esa acción rescisoria concursal. Se ha insistido, incluso con ahínco, en la necesidad de incorporar en el Derecho positivo español unos escudos protectores que consagrasen una suerte de irrevocabilidad de tales acuerdos y así se ha venido a plasmar en

su concurso y acuerdos de refinanciación, en AAVV, "El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños", Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 731 y ss..

Ahora bien, a fin de conjugar ese efecto de standstill con la discreción que suele desearse en este tipo de negociaciones, el texto legal dispone que caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución (segundo inciso del art. 5 bis.3 LC), de modo que aquélla no es objeto de publicidad. Si se acudiera a esta posibilidad y no se publicitara la comunicación, parece que permitiría, pese a la comunicación practicada, la posibilidad de que se instaran ejecuciones. Sin embargo, y a fin de conjugar ambas exigencias de discreción y standstill, el texto legal añade una previsión. En este sentido, la paralización de las ejecuciones pendientes se lograría con la presentación, ante el Juez que tramitara la ejecución que se instara, de aquella resolución del juzgado por la que se tiene por presentada tal comunicación.

De este régimen se exceptúan las ejecuciones de garantías reales, así como los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

13 Artículo 71 y siguientes LC, que hacen posible la ineficacia de aquellos actos del deudor, anteriores a la declaración de concurso, y que implicaran un perjuicio para la masa activa. Sobre la acción rescisoria concursal o acción de reintegración, vid. García-Cruces, J.A. (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de Acreedores*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 704 pp.

14 Artículos 163 y ss. LC, que disciplinan la denominada Sección de Calificación del concurso. Sobre el tema, vid. García-Cruces, J.A.: *La Calificación del concurso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, passim

15 Estos riesgos se hicieron realidad con ocasión de algún pronunciamiento judicial. La referencia es a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de 21 de mayo de 2007, en donde, respecto de una hipoteca constituida en un acuerdo extrajudicial, se interesó su rescisión al amparo del art. 71 LC. En el pronunciamiento de la instancia, luego revocado en apelación, no sólo se rescindió ésta sino que, también, se afirmó la mala fe de la entidad de crédito refinanciadora y se subordinó el crédito garantizado, dejando en una difícil posición a tal acreedor en relación con la pieza de calificación (riesgo de complicidad). Sobre esta decisión jurisprudencial, vid., entre muchos, Guilarte Martín-Calero, C.: "Refinanciación de deuda y perjuicio patrimonial: (un apunte crítico de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007)", en RDCP, 10, 2009, págs. 295 y ss.

el texto legal, aunque no cabe desconocer cómo en reformas posteriores se han incorporado otro tipo de previsiones.

Dada la extensión de estas páginas, y en lo que hace a este particular aspecto, me limitaré a manifestar una observación que vengo haciendo desde hace tiempo¹⁶. En este sentido, entiendo que el problema de la rescindibilidad de los acuerdos de refinanciación no siempre ha sido correctamente enfrentado en el Derecho español con ocasión de las distintas reformas de la LC. Con ello quiero decir, simplemente que, a diferencia de cuanto parece haber guiado al legislador en algunas ocasiones, la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación no puede ser la finalidad de la norma sino, mejor, su consecuencia. Esto es, el reconocimiento de tales acuerdos de refinanciación requiere no tanto su salvaguarda respecto a una posible impugnación como, mejor, la adopción de un régimen completo y sistemático que determine sus requisitos y presupuestos y que, actuando en cuanto exigencias materiales a satisfacer, hagan posible que tales pactos puedan tener éxito y, por lo tanto, le permitan al deudor superar su “financial distress” o, incluso, si así se quiere, su estado de insolvencia, mediante una adecuada refinanciación, en cuyo caso el esfuerzo realizado sí ha de merecer una la oportuna tutela que lo aleje de una posible rescisión concursal.

16 vid. García-Cruces, J.A. en García-Cruces, J.A. y López Sánchez, J.: La reforma de la Ley Concursal, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 19 y ss.