

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



EL PRECONCURSO: PASADO, PRESENTE Y FUTURO (I y II)

TESIS DOCTORAL

Doctorando:

D. David García Bartolomé
Área de Derecho Procesal
Departamento de Derecho Privado, Económico y Social
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid (UAM)

Director de la Tesis doctoral:

Dr. D. Juan Damián Moreno
Catedrático de Derecho Procesal
Área de Derecho Procesal
Departamento de Derecho Privado, Económico y Social
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid.

Cantoblanco (Madrid), 2017.

I. Índice.

I. ÍNDICE.	3
II. ABREVIATURAS.....	15
III. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.	17
III. INTRODUZIONE: OGGETTO DELLA RICERCA.	29
IV. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DEL TRABAJO.	37
V. ESQUEMA GENERAL DEL PROCEDIMIENTO DE PRECONCURSO ...	45

PRIMERA PARTE. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRECONCURSO.

.....	47
CAPÍTULO 1º: LA SITUACIÓN DE PARTIDA	49
1. La existencia de diversos procedimientos preventivos del concurso y de la quiebra en la vieja normativa de insolvencia	53
2. Dos procedimientos distintos para alcanzar la misma finalidad: la prevención de la declaración judicial de concurso y de la quiebra.....	65
CAPÍTULO 2º: EL PROCEDIMIENTO DE QUITA Y ESPERA	73
1. Orígenes históricos del procedimiento judicial de quita y espera	73
2. Nociones generales del procedimiento.	74
3. Naturaleza jurídica del procedimiento de quita y espera	81
3.1. La quita y espera como procedimiento judicial	82
3.2. Deslinde del procedimiento de quita y espera respecto de determinadas instituciones procesales.	83
3.2.1. La quita y espera como institución prejudicial.	83
3.2.2. La quita y espera no era un proceso «preliminar» o «previo» del proceso de declaración judicial de concurso de acreedores	87
3.2.3. Delimitación del procedimiento de quita y espera frente al procedimiento de conciliación previa (al proceso civil)	97
3.2.4. La verdadera naturaleza jurídica del procedimiento judicial de quita y espera: el ámbito de la jurisdicción voluntaria	102
4. Tramitación del procedimiento de quita y espera	106

4.1. Competencia.....	106
1.4.2. Solicitud	106
1.4.3. Señalamiento para la junta de acreedores.....	107
1.4.4. Celebración de la junta de acreedores: reglas de desarrollo de la misma.....	107
5. La terminación del procedimiento judicial de quita y espera.....	108
1.5.1. Sobreseimiento del proceso por no concurrencia de las mayorías.....	108
1.5.2. Terminación del procedimiento por voto denegatorio de la quita y espera.....	109
1.5.3. Terminación del procedimiento con voto favorable: la homologación judicial del convenio	109
6. Efectos y vinculación del convenio homologado sobre los acreedores.	109
7. Recapitulación.....	110
CAPÍTULO 3º: EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS.	115
1. Aproximación al procedimiento como institución procesal de tratamiento preventivo del estado de insolvencia.....	115
2. Evolución histórica del régimen legal de la suspensión de pagos.	129
3. Fundamento del procedimiento de Suspensión de Pagos: la facultad o el poder de pedir la suspensión de pagos.....	137
4. La identidad de naturaleza jurídica entre el procedimiento de suspensión de pagos y actual procedimiento de concurso	143
5. La especialidad del procedimiento de suspensión de pagos de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas.	152
6. La tramitación del procedimiento de suspensión de pagos.....	158
6.1. Competencia judicial.....	158
6.2. Solicitud	159
6.3. Documentos que debían acompañar a la solicitud.....	162
6.4. La declaración judicial del estado de suspensión de pagos	173
6.5. La importancia del viejo auto de declaración judicial del estado de suspensión de pagos	180
6.6. La convocatoria de la Junta de acreedores: actos previos y tramitación.....	182

7. Comparativa entre el viejo procedimiento de suspensión de pagos y el actual procedimiento de precurso (art. 5 bis LC).	189
---	-----

CAPÍTULO 4º: UN INTENTO «FALLIDO» DE INTRODUCIR UN PROCEDIMIENTO PREVENTIVO DEL CONCURSO: EL PROCEDIMIENTO PROPUESTO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 1.995. 193

1. La suspensión de pagos del Profesor ROJO como un claro antecedente del precurso (ex art. 5 bis LC)	193
2. Los antecedentes de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 en lo relativo a la suspensión de pagos	195
3. La institución concursal regulada en el texto de 1995.....	203
3.1. Fundamento	203
3.2. Naturaleza jurídica de la de suspensión de pagos de la Propuesta de Anteproyecto de 1995.....	211
3.3. Objeto y finalidad	226
3.4. Los requisitos formales y procedimentales. Requisitos sustantivos y Requisitos documentales en el procedimiento de suspensión de pagos de la propuesta de anteproyecto de 1995.	229
3.5. Plazo de tramitación.....	236
3.6. Efectos de la suspensión de pagos: la paralización de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales.....	237
3.7. Incoación y tramitación del procedimiento	240
3.8. <i>Quorum</i> necesario para la aprobación del convenio de continuación	243
3.9. Las prohibiciones	243
4. Comparativa del procedimientod de suspensión de pagos del Anteproyecto de 1995 y el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC).	244

SEGUNDA PARTE: LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL «PRECONCURSO»: DESDE SU NACIMIENTO HASTA LA INSTITUCIÓN VIGENTE (2009-2015) 261

CAPÍTULO 1º: ACERCAMIENTO A LA INSTITUCIÓN DEL «PRECONCURSO» INTRODUCIDA POR EL LEGISLADOR A TRAVÉS DEL REAL DECRETO LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO. 263

CAPÍTULO 2º: CUESTIONES TERMINOLÓGICAS SOBRE LA EXPRESIÓN: «PRECONCURSO» 283

1. Delimitación ortográfica	283
2. Delimitación etimológica y semántica.....	285
3. Delimitación y alcance conceptual.....	288
4. La preinsolvencia en relación con el procedimiento judicial de «preconcurso» (ex art. 5 bis): el verdadero ámbito «preconcursal»	293
5. La expresión «preconcurso» versus la expresión «paraconcurso» para denominar al procedimiento preventivo del artículo 5 bis de la Ley Concursal	304
6. Alguna confusión terminológica.....	325
6.1. El concurso y los contratos del sector público.....	325
6.2. Entidades financieras y «preconcurso» (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC): las provisiones bancarias	334
CAPÍTULO 3º: EL RETORNO A LA DUALIDAD PROCEDIMENTAL Y LA «QUIEBRA» DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE SISTEMA DE LA LEY CONCURSAL.	339
CAPÍTULO 4º: .EL NACIMIENTO DEL «PRECONCURSO» Y SU EVOLUCIÓN HACIA UN VERDADERO PROCEDIMIENTO PREVENTIVO DE LA INSOLVENCIA	347
1. El – derogado – régimen legal del concurso (ex art. 5.3 LC) albergaba un «potencial» procedimiento preventivo del concurso	353
1.1. ¿La insolvencia actual como presupuesto objetivo «único» del preconcurso (antiguo art. 5.3 LC)?	355
1.2. La necesaria inclusión del estado de insolvencia inminente y de la situación de preinsolvencia dentro el presupuesto objetivo del preconcurso (ex viejo art. 5.3)	356
2. Vigencia temporal del original artículo 5.3 de la Ley Concursal introducido por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo.....	360
3. Los preceptos de la Ley Concursal «íntimamente» conectados al original artículo 5.3: la necesidad de integrarlos en el viejo régimen legal del preconcurso.	361
4. La necesaria conexión del concurso con la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: La interpretación sistemática del viejo artículo 5.3.	365
CAPÍTULO 5º: OBJETIVOS PRETENDIDOS CON LA INTRODUCCIÓN DEL «PRECONCURSO» EN LA VIEJA REFORMA OPERADA POR EL RD-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO	373
1. Finalidad del concurso (ex antiguo art. 5.3) según la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2009	374

2. La finalidad del precurso según el tenor literal del artículo 5.3 de la Ley Concursal.....	378
2.1. La «exoneración» temporal de la carga de instar la declaración de concurso.	381
2.2. La escasa operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio. La incentivación – por parte del legislador – del uso de la propuesta anticipada anticipada de convenio.....	386
2.3. El «bloqueo» de las solicitudes de concurso necesario instados durante la tramitación del precurso. El precurso como procedimiento preventivo del concurso necesario.	392
2.4. El precurso como instrumento para eludir la responsabilidad de los administradores sociales ante un eventual incumplimiento de la carga de instar el concurso (art. 5.1 LC)	396
2.5. La «facultad» del deudor de comunicar el inicio de negociaciones: la facultad de pedir el precurso.	398
3. Crítica a los objetivos perseguidos por el legislador con la introducción del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado): nuestra postura frente al alcance del viejo artículo 5.3	399
3.1. El problema de la declaración judicial de concurso posterior: los efectos de dicha declaración se retrotraen a la fecha en la que se formula la comunicación de precurso (art. 5.3 LC)	403
3.2. El viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal. Los cimientos de un verdadero procedimiento preventivo de concurso: la alternativa al concurso.	404
CAPÍTULO 6º: LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRECURSO.	407
1. Algunas acotaciones preliminares	407
1.1. Consideración introductoria	407
1.2. El precurso es un procedimiento	412
1.3. El precurso es un procedimiento judicial	413
1.4. El precurso es un procedimiento judicial preventivo	416
2. El precurso como procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria	423
3. Distinción con otras figuras afines	426
3.1. El precurso no es una diligencia preliminar.....	426
3.2. El precurso no es una medida cautelar	432
3.3. El precurso <i>versus</i> el acto de conciliación.....	433
CAPÍTULO 7º: LOS PRESUPUESTOS DEL PRECURSO.....	439

1. El presupuesto subjetivo del precurso	439
2. El presupuesto objetivo del precurso: su necesaria acreditación	443
3. Los requisitos de «mérito» del precurso	451
3.1. El inicio de negociaciones de las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio: su acreditación	453
3.2. Plazo de presentación de la solicitud de precurso: el requisito temporal.	456
3.3. Las prohibiciones del artículo 105 de la Ley Concursal: control y <i>enforcement</i> .	457
3.4. ¿Era necesario el control judicial de los presupuestos y requisitos de la solicitud de precurso (viejo art. 5.3 LC)?	463
3.5. La aprobación del Anteproyecto de reforma de la Ley Concursal, de 16 de diciembre de 2010 y, la posterior promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ¿zanjaban realmente la cuestión?	465
3.6. Nuestra tesis sobre la cuestión.	465
CAPÍTULO 8º: PROCEDIMIENTO	471
1. La comunicación de negociaciones: La solicitud de precurso	471
2. La prueba del contenido sustantivo de la solicitud de precurso.	472
3. Postulación	474
4. Legitimación	476
5. Competencia	478
6. Tramitación	481
7. Efectos del precurso	489
CAPÍTULO 9º: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA ACCIÓN DIRECTA (EX ARTÍCULO 1597 CC) Y SU RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO DE PRECURSO.	491
1. Efectos de la declaración de concurso sobre la acción directa	491
2. Acción directa y precurso (ex viejo artículo 5.3 LC).	510
CAPÍTULO 10º: LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL PRECURSO (2009-2015): LAS SUCESIVAS REFORMAS CONCURSALES DEL ARTÍCULO 5 BIS DE LA LEY CONCURSAL.	513
1. La introducción del nuevo artículo 5 bis mediante la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre	514

2. La reforma concursal llevada a cabo mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.	523
3. El abuso del Real Decreto-Ley para legislar en el ámbito concursal a partir de 2014.....	531
4. La reforma concursal del año 2014, mediante la promulgación del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo	536
4.1. El objetivo perseguido por el legislador con la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo	540
4.2. Oportunidad de la reforma concursal operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo	543
5. La Ley 17/2014, de 30 de setiembre, y las modificaciones en el artículo 5 bis	558
6. La reforma del artículo 5 bis de 2015: la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal	561
TERCERA PARTE: ESTADO ACTUAL DEL PRECONCURSO	565
CAPÍTULO 1º: CUESTIONES GENERALES EN TORNO A LA INSTITUCIÓN DEL PRECONCURSO A LA LUZ DEL DERECHO VIGENTE	567
1. Un cambio de paradigma en el Derecho Concursal español: el reforzamiento del Derecho Preconcursal	567
2. El procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC) como único instituto concursal en el sistema concursal español.	575
3. La regulación legal del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis): la necesaria interpretación sistemática de las normas «en juego»	590
CAPÍTULO 2º: CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL CONCEPTO DE PRECONCURSO (ART. 5 BIS LC).....	597
1. El concurso como procedimiento judicial	597
2. Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del procedimiento de concurso (art. 5 bis)	600
3. La finalidad del procedimiento de concurso (art. 5 bis LC). ¿La finalidad dual del concurso?	613
4. El concepto de concurso	622
CAPÍTULO 3º: EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE PRECONCURSO.....	629
1. El objeto del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC)	629

2. Elementos subjetivos del procedimiento	633
2.1. El órgano judicial	633
2.1.1. Competencia en el procedimiento preconcurso	633
2.1.1.1. Competencia objetiva.....	634
2.1.1.2. Competencia territorial.....	635
2.1.1.3. ¿Es competente funcionalmente el órgano jurisdiccional que ha conocido del preconcurso para conocer del concurso posterior instado por el deudor que todavía sigue siendo insolvente (ex art. 5 bis 5 LC)?.....	637
2.1.2. La actuación del Letrado de la Administración de Justicia en el preconcurso.	642
2.2. Presupuestos subjetivos del solicitante	646
2.2.1. Legitimación para solicitar el preconcurso (art. 5 bis): el ámbito subjetivo	648
2.2.2. La capacidad de postulación en el procedimiento de preconcurso	654
3. El presupuesto objetivo del preconcurso (ex art. 5 bis LC).	658
3.1. El estado de insolvencia (actual e inminente) y el estado de preinsolvencia	658
3.2. Las pérdidas cualificadas societarias como presupuesto objetivo del preconcurso	663
4. Tramitación del preconcurso	668
4.1. La solicitud de preconcurso: naturaleza y forma.....	668
4.1.1. Forma de la solicitud	672
4.1.2. Contenido	674
4.1.3. Plazo de presentación	676
4.1.4. La acumulación de solicitudes de preconcurso	680
4.2. Control de oficio de los presupuestos procesales	684
4.3. La resolución del preconcurso	695
4.3.1. El contenido del decreto del letrado de la Administración de Justicia en el preconcurso (ex art. 5 bis LC)	698
4.3.2. El carácter reservado del decreto del letrado de la Administración de Justicia (ex art. 5 bis 3 LC): publicidad versus confidencialidad.....	701
4.3.2.1. Incentivos que aconsejan solicitar el carácter reservado de la comunicación del inicio de comunicaciones (ex art. 5 bis LC).....	707
4.3.2.2. Desincentivos para solicitar la comunicación reservada (ex art. 5 bis 3 LC).....	722
4.3.2.3. La temporalidad del carácter reservado: el alzamiento de la medida.....	724

4.3.3. El recurso frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia	728
5. Tasas judiciales y concurso.....	734
1. El régimen de las tasas judiciales en caso de solicitud de declaración judicial de concurso como referencia.....	737
2. La solicitud de concurso no está sujeta al abono de tasa judicial .	742
CAPÍTULO 4º: LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO.....	749
1. Naturaleza jurídica del plazo de los tres meses más uno (3+1) que concede el concurso (art. 5 bis 5 LC)	752
2. <i>Dies a quo</i> , tiempo hábil para las actuaciones y cómputo del plazo en el procedimiento de concurso (art. 5 bis)	754
CAPÍTULO 5º: LÍMITES TEMPORALES A LA SOLICITUD DE CONCURSO	765
1. La limitación temporal de un año entre solicitudes de concurso consecutivas: ¿herramienta para evitar el uso abusivo o fraudulento del concurso (ex art. 5 bis)?	765
2. Las «cláusulas de cierre» del sistema previstas en la Ley Concursal.....	773
3. Operatividad de los tres periodos de carencia temporal establecidos de la Ley Concursal.....	776
CAPÍTULO 6º: LOS EFECTOS DE «PROTECCIÓN» QUE SE DESPLIEGAN CON LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE CONCURSO	797
1. El aplazamiento del deber de solicitud de concurso	804
2. La exclusión temporal de las solicitudes de concurso necesario (ex art. 15.3 LC).....	810
3. Efectos sobre los procedimientos de ejecución	816
3.1. Tensión entre el derecho a la ejecución forzosa del acreedor y la facultad del deudor de prohibir o suspender las ejecuciones singulares en el concurso	816
3.2. La gran trascendencia de los efectos de la solicitud de concurso sobre las ejecuciones singulares judiciales y extrajudiciales (art. 5 bis 4 LC).....	824
3.3. El derecho de ejecución versus la facultad del deudor de solicitar la suspensión o prohibición del proceso de ejecución.....	829
3.4. Las ejecuciones sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor	835
3.4.1. Tratamiento procesal y actuaciones ex officio	835

3.4.2. Tratamiento y actos a instancia de parte.....	838
3.4.3. Controversias planteadas sobre la condición de necesario del bien: la posibilidad de recurrir el decreto del Letrado de la Administración de Justicia	839
3.5. Limitaciones a las ejecuciones singulares sobre bienes del deudor no necesarios	840
3.6. Tratamiento de los créditos con garantía real frente a la solicitud de precurso	841
3.7. Ejecuciones excluidas del régimen de suspensión o prohibición de incoación del artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal.....	842
3.8. La interrelación entre la suspensión o prohibición de las ejecuciones singulares sobre bienes necesarios (ex art. 5 bis 4) y la paralización de las ejecuciones singulares en la homologación de acuerdos de refinanciación (Disp. Ad. 4 ^a -5).....	842
3.9. La suspensión o prohibición de incoación de ejecuciones sobre bienes necesarios (ex art. 5 bis 4) y la suspensión de ejecuciones singulares (Disp. Ad. 4 ^a -5 LC): dos limitaciones al derecho a la ejecución forzosa perfectamente compatibles en el seno del precurso	846
4. El cuestionable privilegio de Administración Pública en el precurso	854
CAPÍTULO 7º: LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL PROCEDIMIENTO DE PRECURSO	863
1. La inclusión del procedimiento de precurso en el Anexo A del nuevo Reglamento UE 2015/848 de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia	863
1.1. Consideraciones generales	863
1.2. Los efectos extraterritoriales del precurso (ex art. 5 bis LC) tras la aprobación del nuevo Reglamento UE 2015/848, de 20 de mayo.....	881
2. El futuro del precurso según la propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad, de 22 de noviembre de 2016... ..	900
2.1. El modelo preconcursal que defiende la Propuesta de Directiva europea de 22 de noviembre de 2016.....	903
2.2. La moratoria preconcursal pretendida por la Propuesta de Directiva, ¿un procedimiento análogo a nuestro procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC)?	911
2.2.1. Efectos de la proyectada moratoria preconcursal.....	917
2.2.2. El deber de solicitar la declaración judicial de concurso y las solicitudes de concurso necesarias	921

2.2.3. La desactivación de las cláusulas automáticas de resolución contractual por procedimientos concursales: la ineficacia de las <i>ipso facto clauses</i>	927
CAPÍTULO 8º: EL PRECONCURSO EN EL DERECHO COMPARADO.....	931
1. Preliminar. La singularidad del precurso español.	931
2. Der «Schutzschirm» alemán versus precurso español (ex art 5 bis LC)	933
3. Las instituciones de tratamiento de la preinsolvencia en Italia	941
3.1. «Il concordato preventivo in bianco o con riserva (prenotativo)» italiano (art. 161. 6º LF)	941
3.2. La «convenzione di moratoria» ex art. 182 septies de la <i>Legge Fallimentare</i> versus procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC)	948
3.2.1. Consideraciones generales sobre la institución.....	948
3.2.1. La «convenzione di moratoria» desde la perspectiva del precurso español.....	954
4. «Debtor-in-possession» (DIP) norteamericano <i>versus</i> precurso (ex art. 5 bis LC)	968
4.1. El funcionamiento del «debtor in possession» en el marco de los procedimientos de reorganización estadounidenses (Chapter 11 USC).	968
4.2. ¿Similitudes entre el «debtor-in-possession» norteamericano y, el procedimiento de precurso español (ex art. 5 bis LC)?.....	978
CONCLUSIONES.....	987
CONCLUSIONI.....	1013
BIBLIOGRAFÍA.....	1035

II. Abreviaturas.

AA. VV	Autores varios
AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADco	Anuario de Derecho Concursal
AEP	Acuerdo Extrajudicial de Pagos
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJM	Auto del Juzgado de lo mercantil
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil.
CCo	Código de Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial.
CE	Constitución Española de 1978
CEFlegal	Revista del Centro de Estudios Financieros
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
COMI	Center of Main interest
DLg	Decreto Legislativo.
JM	Juzgado de lo Mercantil
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, 12 de diciembre, del Poder Judicial
LORC	Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, de reforma concursal
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSP	Ley de Suspensión de pagos de 1922
MF	Ministerio Fiscal
PAC	Propuesta Anticipada de Convenio

RD-Ley	Real Decreto-Ley
RdCyP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RdM	Revista de Derecho Mercantil.
RdP	Revista de Derecho Procesal
RDPiber	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
RDUNED	Revista de Derecho de la UNED
REDUR	Revista electrónica de la Universidad de la Rioja
REInso2000	Reglamento Europeo 1346/2000, de insolvencia
RGDP	Revista General de Derecho Procesal
RMV	Revista del Mercado de valores.
RPdT	Revista Práctica de los Tribunales
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUDP	Revista Universitaria de Derecho Procesal. UNED
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
DIP	Debtor in Possession
DIPF	Debtor in Possession Financing
BC	Bankruptcy Code
USC	United States Code
InsO	Insolvenzordnung
LF	Legge Fallimentare
DL	Decreto Legge
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
BC	Banco Mundial
WB	World Bank
FMI	Fondo Monetario Internacional

III. Introducción: Objeto del trabajo de investigación.

La presente memoria doctoral tiene como objeto el estudio pormenorizado del régimen legal de la *comunicación del inicio de negociaciones* y sus efectos, cuya figura estuvo inicialmente regulada en el derogado artículo 5.3, y, posteriormente, en el vigente artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹, cuya dicción literal alberga un auténtico procedimiento *preventivo* del concurso de acreedores, también conocido como: *procedimiento de «preconcurso»*². Como es sabido, la crisis económica que ha venido «azotando»

¹ En el año 2009, el legislador promulgó el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, «de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica», publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009, a través de cual, introdujo el artículo 5.3 de la Ley Concursal, que vino a regular, por primera vez en nuestro Ordenamiento, *la comunicación del inicio de negociaciones y los efectos sobre el deber de solicitud el concurso*; posteriormente, en el año 2011, el legislador haciendo gala de su clara intención reformadora en este ámbito (ya anunciada en el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo), volvió a reformar la Ley Concursal, introduciendo, entre otras modificaciones, la regulación de un nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal, que vino a derogar el «viejo» artículo 5.3 de la Ley. Posteriormente, con la reforma del año 2011, el apartado 3º del artículo 5 de la Ley Concursal fue derogado por el nuevo artículo 5 bis, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE n.º 158, de 11 de octubre de 2011. En el año 2013, el legislador volvió a retocar el artículo 5 bis, con la promulgación de Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su externalización, publicada en el BOE n.º 233, de 28 de septiembre de 2013. Cuando todo parecía estar tranquilo, irrumpió el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, publicado en el BOE n.º 58, de 8 de marzo de 2014, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial (convalidado en la sesión plenaria del congreso de 20 de marzo de 2014, donde se acordó tramitar el mismo como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia, número de expediente: 130/000051), que se convirtió en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial, cuya entrada en vigor fue el 2 de octubre de 2014, BOE, n.º 238, de 1 de octubre de 2014, que volvió a reformar el artículo 5 bis de la Ley Concursal. El Real Decreto 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidado por la vía parlamentaria mediante Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Finalmente, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de marzo, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, publicado en el BOE n.º 58, de 28 de febrero de 2015, convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, publicado en el BOE n.º 180, de 29 de julio de 2015, no ha reformado el tenor literal del artículo 5 bis de la Ley Concursal, pero sí que ha reformado íntegramente los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal, en materia del acuerdo extrajudicial de pagos (AEP), que es una de las opciones (o vías) que el legislador ofrece al deudor insolvente una vez se ha acogido al «preconcurso».

² El hecho de que se haya extendido la denominación «preconcurso» –tanto en la práctica forense como en la doctrina científica– para denominar a la comunicación del inicio de

a España desde el año 2008³, sigue repercutiendo y produciendo graves consecuencias en el tejido empresarial actual; desde la reformas concursales de 2014 y 2015, parece que el número de declaraciones judiciales de concurso se va reduciendo paulatinamente debido, quizá, al reforzamiento de los nuevos instrumentos preventivos: en el año 2016⁴ se han contabilizado cuatro mil setecientas cincuenta y cuatro (4.754) declaraciones judiciales de concurso; en el año 2015⁵ se dieron cinco mil quinientas diez (5.510) declaraciones judiciales de concurso que, a pesar de ser un cifra menor a las que se han venido dando en los años anteriores –(7.038 concursos declarados) en 2014 y (9.937 concursos

negociaciones y los efectos sobre el deber de solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC), no agrada a una parte de la doctrina que opina que dicho termino es impropio y puede inducir a confusión. A pesar de ello, creemos que la utilización de esta palabra para denominar al procedimiento del artículo 5 bis de la Ley Concursal, en ningún caso debe inducir a confusión alguna. Como ponía de manifiesto la profesora PULGAR EZQUERRA, el precurso no puede identificarse con la declaración judicial de concurso ni con la preparación del concurso, pues, si así se hiciera (craso error) podría provocar unos efectos adversos en el marco de la contratación que lleve a cabo el deudor en situación de precurso, ya que los proveedores o suministradores, ante la alusión de la palabra precurso, se negarían a servir o suministrar al deudor, creyendo que ya se encuentra declarado judicialmente en concurso (cosa nada acorde con la realidad), véase sobre esta cuestión a PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 374, concretamente la nota al pie de página n.º 342. Además, en nuestra opinión, la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC), en ningún caso tiene *eficacia confesoria* sobre el estado de insolvencia, en el mismo sentido que tampoco la tiene la solicitud de concurso voluntario, puesto que el estado de insolvencia actual debe ser acreditado por el deudor y, en todo caso, apreciado por el juez de lo mercantil competente para conocer de la solicitud de declaración de concurso (art. 14 LC), como así sostiene el profesor ROJO, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Presupuesto objetivo», art. 2, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), AA. VV, *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, tomo I, Madrid, 2004, p. 175. Nosotros entendemos, como veremos posteriormente en la introducción del capítulo donde desarrollamos el nacimiento del «precurso», que tal denominación no tiene por qué producir confusión alguna y, que existe un razonamiento lógico que nos lleva a optar por utilizar la denominación «precurso», en lugar de utilizar otra, *verbigratia*: «comunicación de negociaciones» (como así la denomina la Ley Concursal) o «paracurso», a la hora de referirnos al procedimiento preventivo del concurso regulado en el artículo 5 bis de la Ley Concursal.

³ Para intentar comprender en términos generales la crisis económica, social y política por la que a atravesado España, es recomendable consultar el trabajo de VEIGA COPO, A.B., *Anatomías de una crisis: España y el mundo ante la crisis económica, social y política (2009-2015)*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

⁴ Vid. los datos estadísticos que se recogen el Instituto Nacional de Estadística (INE), <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0416.pdf>, [Consultado el 9 de enero de 2017]. En el año 2016 se ha reducido en un 17,2 por ciento el número de concurso declarados con respecto al año 2015.

⁵ Véanse los datos estadísticos que se desprenden del Instituto Nacional de Estadística (INE): <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epcpro0015.pdf>, [consultada el 5 de mayo de 2016].

declarados) en 2013⁶—, sigue siendo una cifra abrumadora e, indicadora de la grave situación de crisis económica por la que atraviesan las empresas españolas en la actualidad.

A pesar del alto número los concurso declarados, es cierto que, actualmente, «el concurso de acreedores sigue teniendo un componente *abrasivo* importante, sobre todo, para el deudor que aún no ha consolidado su estado de insolvencia pues, como en cualquier otro proceso jurisdiccional, el resultado alcanzado dentro del mismo puede ser imprevisible tanto para el deudor como para los propios acreedores»⁷; por ello, es realmente necesario poder contar con un tratamiento *preventivo* del estado de insolvencia, que se presente como una verdadera *alternativa* al proceso concursal, sobre todo para los deudores que presenten cierta viabilidad a corto o medio plazo. En este sentido, el legislador ha realizado muchos esfuerzos por incentivar el uso de la solución preconcursal *extra muros* concurso para que los deudores que atraviesen por un estado de crisis intenten solucionar alternativamente su estado de insolvencia, evitando tener que recurrir al proceso concursal. Las numerosas reformas acometidas en tan poco tiempo por el legislador, a la hora de perfilar lo que nosotros hemos optado por denominar procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), podrían estar justificadas, en gran medida, debido a la crítica situación económica coyuntural que ha venido atravesando España desde hace ya ocho años, cuyas consecuencias vienen, de algún modo, repercutiendo en la situación económico-financiera de un gran número de pequeñas y medianas empresas que conforman nuestro tejido empresarial. En este sentido tenemos que decir que no somos muy partidarios de que el legislador utilice las reformas de la Ley

⁶ Según los datos que se desprenden del Instituto Nacional de Estadística (INE), consultar la Nota de prensa del año 2013: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0413.pdf> : y la Nota de presa de 2014: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0314.pdf>, [Consultadas el 18 de septiembre de 2015].

⁷ DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y las jurisdiccionalidad del concurso)» en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 166.

Concursal para poder paliar la crisis económica por la que atravesamos⁸, las soluciones a la misma no pueden pasar por reformar y reformar la Ley Concursal; además, las constantes y apresuradas reformas legislativas atentan, a nuestro juicio, contra la seguridad jurídica⁹.

Desde hace muchos años, la doctrina¹⁰ ya vislumbraba de lejos las posibles y novedosas soluciones *preconcursoales* que iban surgiendo y, «al igual que lo hicieron los pueblos bárbaros en época del Impero romano, éstas se iban acercando estratégicamente hacia nuestro sistema –cruzando incluso el *limes* romano– y «acampando en los territorios fronterizos» a las instituciones clásicas concursales, pero que, desconocedoras de su fuerza, no habían atentado contra las instituciones del Imperio»; ante tal acertado símil, actualmente, hemos de afirmar, sin temor a equivocarnos, que las soluciones preconcursoales ya están aquí: «han atentado e invadido el Imperio¹¹», y se han ido introduciendo en nuestro Ordenamiento jurídico concursal (y otros muchos de Derecho comparado¹²) con el fin de consolidarse como verdaderos instrumentos de *prevención* del concurso de acreedores, es decir, estas soluciones preconcursoales han sido introducidas por el legislador a través de las numerosas reformas acometidas en los últimos años, con la más clara intención de que las mismas se consoliden definitivamente en nuestro Ordenamiento jurídico.

⁸ BISBAL MÉNDEZ, J., «“Leyes concursales” o Derecho concusal», en *Diario La Ley*, n.º 7714, 2011.

⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, ed. Civitas, madrid, 2014, p. 69.

¹⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 12 de junio de 1980), Separata del tomo XXIV, Madrid, 1981, p. 258. Según afirmaba dicho el autor a principios de los años ochenta: «*Si se me permitiera un símil, diría que las nuevas soluciones de la crisis económica de la empresa, como los pueblos bárbaros, han comenzado a atravesar el limes romano y a acampar en los territorios fronterizos, pero, desconocedoras de su fuerza, aún no han atentado contra las instituciones del Imperio*».

¹¹ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Crisis de la empresa...», op. cit., p. 258.

¹² Como se ha puesto de manifiesto en PACCHI, S., «El acuerdo para salir de la crisis: un instrumento para cualquier deudor. Descripción de los principios básicos del Derecho Concursal italiano: normativa vigente y reformas futuras», en GARCÍA BARTOLOMÉ, D./PACCHI, S./PÉREZ DEL BLANCO, G (coords.), AA. VV., *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016, pp. 583-596.

Ante el «desolador» panorama concursal que venía predominando desde que se desató la crisis económica, el legislador del año 2009, mediante la promulgación del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo¹³, en el que, entre otras medidas, introdujo el apartado 3º al artículo 5 de la Ley Concursal, que vino a regular la ya conocida *comunicación del inicio de negociaciones* y, los efectos que producía ésta sobre el mal denominado deber de solicitud de concurso (*ex art. 5 LC*).

Según el tenor literal del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, lo que parecía buscar el legislador del año 2009, no era, en principio, la *prevención* del concurso de acreedores y, con ello, la consiguiente disminución del número de solicitudes de concurso que se avecinaba, sino que, más bien, se buscaban –en dicho periodo *preconcursal*– las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio en sede concursal (art. 106.1 LC). Por lo tanto, en puridad, la finalidad buscada con la introducción de la *comunicación del inicio de comunicaciones* (*ex antiquo art. 5.3 LC*) era, principalmente, *incentivar* el uso de la propuesta anticipada de convenio (*ex arts. 104 y ss. LC*), que, de alguna manera, ha venido siendo *infrautilizada*¹⁴ por los deudores desde su introducción. La operativa de dicha comunicación consistía en la búsqueda de adhesiones suficientes a un propuesta anticipada de convenio –durante la moratoria temporal que concedía el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal– que permitiera al deudor entrar en el proceso concursal para salir de él de forma «airosa» (y rápida) con un convenio aprobado que

¹³ Vid., el artículo 10.1 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

¹⁴ Desde su introducción, La propuesta anticipada de convenio ha sido poco utilizada por los deudores en los procedimientos concursales. En términos relativos han sido contadas las ocasiones en las que se ha presentado propuesta anticipada de convenio que, posteriormente, haya sido aprobada judicialmente en el seno del concurso, como si de un convenio concursal se tratara; por lo tanto, a pesar de dicho instrumento podría ser entendido como anticipador de la declaración judicial de concurso, la propuesta anticipada de convenio ha sido verdaderamente infrautilizada por los deudores, y, se ha presentado en algunos procesos como un instituto quasi testimonial, vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio concursal», en *RdCyP*, n.º 15, segundo semestre, 2011, p. 2.

asegurase la refinanciación, la satisfacción de los acreedores y, por supuesto, la propia viabilidad del deudor para poder mantenerse en el tráfico mercantil¹⁵.

Partiendo de una interpretación sistemática del meritado precepto (*antiquo* 5.3 y actual art. 5 bis LC), junto a otros preceptos complementarios, entendemos que, realmente, estamos ante un procedimiento *preventivo* (alternativo) a la solicitud de declaración judicial de concurso (art. 5 LC). La anterior afirmación no es una cuestión baladí en el ámbito del Derecho concursal, ya que, desde antiguo una de las deficiencias que siempre se le ha achacado a nuestro sistema concursal es la inexistencia de un verdadero tratamiento preventivo a la situación de insolvencia o, incluso, de la preinsolvencia, que evitara la entrada al proceso concursal del deudor común¹⁶.

Según las incesantes reformas que se han ido dando en materia concursal, parece que nuestro legislador (consciente o no de lo que perseguía) ha optado —decididamente— por introducir, como ocurre en otros Ordenamientos de Derecho comparado, un procedimiento *preventivo* preconcursal (ex art. 5 bis LC) que ofrezca al deudor insolvente una *alternativa* —efectiva— a la propia solicitud de concurso (art. 5 LC), evitando, con ello, la entrada en el proceso concursal que, por fuerza, deteriora aún más, si cabe, la situación patrimonial del deudor y, por ende, la de los acreedores¹⁷.

¹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del artículo 5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la misma: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 175.

¹⁶ Vid., por todos, a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La reforma del Derecho concursal Español» en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons y Registradores de España, Madrid, 2003, pp. 107-110, donde el profesor ROJO ya invocaba la falta de un marco preconcursal preventivo del concurso; y, el trabajo de CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del artículo 5.3...», op. cit., pp. 167 y 171, en el que el profesor CORTÉS volvía a hacer hincapié, años más tarde, en la necesidad de dotar a nuestro sistema concursal de un tratamiento preventivo del concurso, criticando el hecho de que, allá por los años 2004 a 2009, no se contara con un verdadero tratamiento legal preventivo de la insolvencia, que intentara prevenir ésta en determinadas circunstancias.

¹⁷ Debemos recordar que —como apuntaba el legislador en la exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE n.º 164, de 10 de julio de 2003— la finalidad esencial del concurso de acreedores es la búsqueda de la máxima satisfacción de los créditos a los acreedores *ordinarios* y, posteriormente, si ello fuera viable, también, buscar la conservación de la empresa concursada.

Concretamente, el eje sobre el que discurrirá el presente trabajo de investigación será el análisis del régimen legal del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC), desde la óptica del Derecho Procesal, para delimitar su contenido, su alcance o finalidad, sus efectos y, por supuesto, su evolución normativa desde su nacimiento en el año 2009, con la promulgación del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo¹⁸, hasta la actualidad (pasando por las diversas reformas legales sufridas por dicho precepto¹⁹). En el presente trabajo defendemos la idea de que el actual «preconcurso» (ex art. 5 bis LC) es el único instituto concursual, *rectius*: procedimiento preventivo, previsto en la vigente Ley Concursal. El concurso es un procedimiento judicial (no es un verdadero proceso²⁰) *preventivo* del ulterior proceso²¹ (de declaración judicial de concurso), que se configura en nuestro sistema concursual como una alternativa al concurso de acreedores, para intentar refinanciar o reestructurar el pasivo del deudor común.

El concurso (ex art. 5 bis) es un procedimiento que otorga al deudor un espacio temporal de tres (3) meses idóneo para llevar a cabo, sin distorsión alguna, las negociaciones con los acreedores con el objeto de alcanzar cualquiera de los negocios jurídicos que la Ley pone a disposición del deudor art. 5 bis 1 LC); en este sentido, el deudor común podrá optar por llevar a cabo en el seno del concurso los siguientes negocios: i) alcanzar adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (ex art. 106.1 LC); ii) alcanzar un acuerdo de refinanciación (ex art. 71.1 bis y Disp. Adicional cuarta LC); o, iii) alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos

¹⁸ Vid., la nota a pie de página n.º 1.

¹⁹ Vid., la nota a pie de página n.º 1.

²⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Colex, 2ª edición, Madrid, 2000, p. 199.

²¹ Desde el punto de vista procesal defendemos la idea de que el concurso (ex art. 5 bis LC) es un procedimiento preventivo del proceso, en el mismo sentido que lo eran los viejos procedimientos de quita y espera y, el de suspensión de pagos de «antaño», así los clasificaba HERCE QUEMADA, V., «procedimientos preventivos del proceso», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (autores), *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Madrid, 1979, pp. 177, 188, y 195 y ss.

(arts. 231 y ss. LC). Es cierto que, en la doctrina, de forma general se habla de institutos concursales, entendiendo como tal a los anteriores negocios jurídicos, pero lo cierto es que el concurso en el instituto concursal único a través de cual, el deudor puede llevar a cabo la suscripción de los negocios jurídicos previstos en el artículo 5 bis 1 de la ley Concursal. Por lo tanto, entendemos que no cabe concebir a ninguno de los negocios jurídicos arriba anunciados de forma unitaria e independiente del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis), pues, a nuestro juicio, ni los artículos 71 bis 1; 106.1 y ss., 231 y ss.; ni la Disposición adicional cuarta, tienen entidad suficiente para operar al margen (de forma independiente) del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis), a nuestro entender, no ofrecen las garantías suficientes – por sí mismas – para que el deudor consiga remover o prevenir su situación de insolvencia. Por todo ello, haciendo una interpretación *sistemática*²² de todos los preceptos arriba indicados, llegamos a la conclusión que el único instituto concursal es el concurso (ex art. 5 bis LC), que sirve de «soporte» procedimental para que el deudor pueda llevar a cabo la suscripción de alguno de los negocios jurídicos que la Ley pone a su disposición: (i) alcanzar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (art. 106.1 y ss. LC); ii) alcanzar un acuerdo de refinanciación (ex art. 71 bis 1 y Disp. Adicional Cuarta); iii) alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 231 y ss. LC). Por lo tanto, el concurso se configura en nuestro sistema concursal como un procedimiento que, en cuanto incoa, produce unos efectos de protección que garantizan al deudor un espacio temporal idóneo (incluso sin ejecuciones) para llevar a cabo las negociaciones con los acreedores encaminadas a alcanzar la suscripción de alguno de los negocios jurídicos que se perfilan en el artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal.

Asimismo, entendemos que los acuerdos de refinanciación (ex art. 71 bis 1 y Disp. Adicional cuarta), el acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC) y, la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts.

²² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op., cit., pp. 173-174 y 179-181.

106.1 y ss. LC), no son institutos concursales en sí mismos, sino que deben entenderse integrados en el propio procedimiento de concurso (art. 5 bis LC), identificándose como los negocios jurídicos que el deudor puede llevar a cabo junto a los acreedores en el seno del concurso. Las especialidades que introducen los artículos: 71 bis 1; 106.1 y ss.; 231 y ss.; y, Disposición adicional Cuarta, son subsumidas por el procedimiento de concurso, convirtiéndose en auténticas modalidades de tramitación del concurso.

Una vez circunscrito cuál será el contexto en el que se desarrollará el presente trabajo de investigación, el mismo plantea, entre otras, algunas cuestiones relevantes como, por ejemplo: i) Ver si el artículo 5 bis de la Ley concursal alberga un sistema cerrado y autónomo que nos permita afirmar la existencia de un verdadero procedimiento *alternativo* y/o *preventivo* del concurso; ii) Ver cuál será la verdadera naturaleza jurídica de dicho procedimiento: ¿es una especie de audiencia previa concursal? ¿es un procedimiento? ¿un proceso jurisdiccional? ¿una diligencia preliminar? ¿una medida cautelar? ¿procedimiento de jurisdicción voluntaria?; iii) ver cuál será su finalidad; iii) los efectos que produce; iv) ver el tratamiento legal que se dispensa a todos los problemas y aspectos procesales que se derivan de la incoación de dicho procedimiento; y, v) ver algunas mejoras que se podrían introducir *lege ferenda* en dicho procedimiento para su consolidación como procedimiento *preventivo* del concurso.

La justificación y el interés de este trabajo de investigación radica en la importancia y la gran transcendencia práctica que tiene este peculiar procedimiento (ex art. 5 bis LC), puesto que, ante la descomunal «avalancha» de declaraciones judiciales de concurso que se han dado desde el comienzo de la crisis económica hasta la actualidad, el procedimiento de «precurso» (art. 5 bis) es la pieza clave para que los deudores insolventes puedan de forma *alternativa* al concurso (evitando la entrada al proceso jurisdiccional de declaración de concurso), dar solución a su estado de insolvencia (actual o inminente) o, de preinsolvencia, no viéndose abocados a solicitar un concurso del que, probablemente, pudieran salir enormemente deteriorados.

Aunque a algunos autores les pudiera parecer que la comunicación de negociaciones (ex art. 5 bis LC) es, en realidad, una *mera comunicación*²³ al Juez de escaso interés científico/forense, lo cierto es que el artículo 5 bis de la Ley Concursal encierra un procedimiento alternativo al concurso de acreedores cuya operatividad sirve para que las empresas en estado de insolvencia puedan remover o prevenir dicha situación, evitando, con ello, el concurso de acreedores; por lo tanto, el precurso (ex art. 5 bis LC), desde su nacimiento, ha estado, está y estará siempre en «boga» dentro del ámbito del Derecho concursal, puesto que ha estado presente en todos los debates parlamentarios sobre las reformas en materia concursal y, además, ha venido sufriendo diversos e importantes cambios legislativos que indican y demuestran claramente la verdadera importancia y trascendencia práctica que tiene dicho precepto (art. 5 bis).

En este sentido, creemos que el Legislador ha estado legislando incesantemente a golpe de Real Decreto-Ley²⁴ –con el inminente riesgo de

²³ En este sentido se han venido pronunciando FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso», en *RdCyP*, n.º 12, 2010, p. 260; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial: Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, ed. La Ley, 2ª edición, Madrid, 2016, p. 568.; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2016, p. 69; GUTIERREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio», en *RdM*, n.º 276, 2010, p. 670.

²⁴ Quizá «conminado» por las continuas recomendaciones de la Comisión Europea hace a los Estados Miembros en materia de insolvencia, dentro de su plan por conseguir una normativa compatible y homogénea que dote a los Estados miembros, de un mínimo de coherencia y uniformidad a la hora de tratar los procedimientos europeos de insolvencia. Lo que buscaba la Comisión es: «garantizar que las empresas viables pero con dificultades económicas que se encuentren en cualquier estado miembro, puedan acceder a unos marcos nacionales de insolvencia que les permita reestructurarse en un fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia, maximizando el valor total de sus activos». La Comisión europea también recomendó que los Estados Miembros introdujeran la denominada segunda oportunidad para los deudores insolventes. Vid. La Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE) DOUE 14 de marzo de 2014; también, en el mismo año, tener en cuenta el estudio elaborado por el equipo del Fondo Monetario Internacional (FMI) sobre los procedimientos de reestructuración preconcursal en España (Estudio terminado y presentado el 20 de junio de 2014); y, por supuesto, el interesante estudio del Banco Mundial sobre reestructuración preconcursal, elaborado por el profesor José María GARRIDO, *Counsel of World Bank*.

perjudicar la deseada *seguridad jurídica*²⁵ en materia concursal—, sin dejar de modificar dicho precepto (entre otros), en búsqueda de una auténtica consolidación del procedimiento de «preconcurso» (ex art. 5 bis LC), porque es consciente (o al menos eso parece) de que, el mismo, es una pieza clave y fundamental en las situaciones de insolvencia y de preinsolvencia, al ofrecer la posibilidad de que los deudores insolventes, en determinadas condiciones, puedan optar por un tratamiento alternativo y preventivo del concurso de acreedores. Por todo ello, creemos que es importante remarcar que la *moratoria* temporal que otorga el «preconcurso» (ex art. 5 bis LC) al deudor insolvente es vital para que el mismo pueda realizar, sin presiones de ningún tipo, las negociaciones oportunas y pertinentes²⁶ para lograr *remover* su estado de insolvencia actual (art. 2.2 LC) o, si estuviera en estado de insolvencia inminente (art. 2.3 *in fine* LC), evitar o prevenir que devenga la insolvencia actual (art. 2.2).

En otro orden de cosas, además de algunos de los más importantes pronunciamientos judiciales existentes sobre la materia objeto de investigación de la presente memoria doctoral, es cierto que la doctrina especializada tomó consciencia sobre el estado de la cuestión, lo que ha dado lugar a numerosos trabajos sobre el artículo 5 bis de la Ley Concursal (y sobre el primigenio artículo 5.3 LC), pero, lo curioso, es que —y de ahí lo valioso de este trabajo—, de todos ellos, no existen muchos que enfoquen el estudio del contenido del artículo 5 bis desde la óptica del Derecho procesal, en el que se haya entendido a la *comunicación de negociaciones* (ex art. 5 bis) como un verdadero procedimiento judicial *alternativo* al proceso concursal, que evite tener que entrar en el mismo y, cuya tramitación sirviera a los deudores insolventes como

²⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *La seguridad jurídica...*, *op. cit.*, pp. 69 y ss.

²⁶ El deudor que se acoge al «preconcurso» (ex art. 5 bis LC) y deja constancia (comunica) al Órgano jurisdiccional que ha iniciado negociaciones, podrá optar por: i) Buscar adhesiones a un propuesta anticipada de convenio en los términos de la Ley Concursal (ex art. 106 y ss. LC), ii) Buscar formalizar un acuerdo de refinanciación de los del artículo 71.1 bis y de la disposición adicional cuarta con los acreedores profesionales o, iii) Acogerse al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos (AEP) de los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal.

instrumento procedimental *efectivo* para remover su situación de insolvencia y, por ende, evitar tener que instar la declaración judicial de concurso (art. 5. LC).

III. Introduzione: Oggetto della ricerca.

La presente tesi di dottorato ha come oggetto lo studio approfondito del regime legale della *comunicazione dell'inizio delle negoziazioni* ed i relativi effetti, il cui ruolo era inizialmente disciplinato dall'articolo 5.3 abrogato, e, successivamente, dal vigente articolo 5 bis della Ley 22/2003, del 9 luglio, Concursal (*Ley Concursal española*), la cui dizione letterale contiene una vera procedura *preventiva* rispetto al «concorso dei creditori», nota anche come *procedura di «preconcorso»*. Come risaputo, la crisi economica che «affligge» la Spagna dal 2008 continua ad avere ripercussioni e a generare gravi conseguenze sul tessuto imprenditoriale attuale. Dalle riforme concorsuali del 2014 e del 2015, risulta che il numero di sentenze dichiarative di *concurso dei creditori* sia andato progressivamente riducendosi grazie, forse, al consolidamento di nuovi strumenti preventivi. Nel 2016 sono state contabilizzate quattro mila settecento cinquanta quattro (4.754) sentenze dichiarative di concorso dei creditori, nel 2015 sono state emesse cinquemila cinquecento dieci (5.510) sentenze dichiarative di *concurso dei creditori* che, nonostante si tratti di una cifra inferiore rispetto a quelle registrate negli anni precedenti - 7.038 fallimenti dichiarati nel 2014 e 9.937 fallimenti dichiarati nel 2013 -, continua ad essere una cifra considerevole, che rivela la grave situazione di crisi economica che stanno attraversando le imprese spagnole oggi.

Nonostante l'elevato numero di fallimenti dichiarati, al momento presente si può affermare che «il concorso dei creditori possiede ancora una componente *abrasiva* significativa, soprattutto per il debitore che ancora non ha consolidato il proprio stato di insolvenza, dal momento che, come in qualsiasi altro processo giurisdizionale, il risultato raggiunto al suo interno può essere imprevedibile, sia per il debitore che per i creditori stessi». Di conseguenza, risulta necessario poter fare affidamento su un trattamento *preventivo* dello stato di insolvenza, che si presenti come una vera *alternativa* al processo concorsuale, anzitutto per i debitori che presentano un certo grado di redditività a breve o medio termine. In tal senso, il legislatore ha realizzato molti sforzi per incentivare l'utilizzo di una soluzione preconcorsuale *extra muros*, affinché i

debitori che si trovano ad attraversare uno stato di crisi tentino di risolvere differentemente il proprio stato di insolvenza, evitando di dover ricorrere al processo concorsuale. Le numerose riforme varate in così poco tempo dal legislatore, al momento di delineare quella che noi abbiamo scelto di denominare «procedura di preconcursore» (ex art. 5 bis LC), potrebbero essere, per la maggior parte, giustificate, a causa della situazione economica critica congiunturale che la Spagna sta vivendo già da otto anni, le cui conseguenze finiscono, in qualche modo, per ripercuotersi sulla situazione economico-finanziaria di un elevato numero di piccole e medie imprese che formano il tessuto imprenditoriale nazionale. A questo proposito, vogliamo affermare che dissentiamo sul fatto che il legislatore utilizzi le riforme della *Ley Concursal* per ovviare la crisi economica in corso, soluzioni alla stessa non possono passare per continue riforme alla *Ley Concursal*; inoltre, le continue ed affrettate riforme legislative mettono a repentaglio, a nostro giudizio, la sicurezza giuridica.

Già da diversi anni, la dottrina intravedeva le possibili ed innovative soluzioni *preconcorsuali* che stavano comparando e «al pari dei popoli barbari all'epoca dell'Impero Romano, queste si stavano avvicinando strategicamente al nostro sistema - attraversando perfino il *limes* romano - "accampandosi nei territori di frontiera" rispetto alle istituzioni concorsuali classiche, ma che, ignare della propria forza, non avevano tentato di attaccare le istituzioni dell'Impero». Rispetto ad un paragone tanto confacente, attualmente, dobbiamo affermare, senza timore di cadere in errore, che le soluzioni *preconcorsuali* sono ormai giunte, «hanno attaccato ed invaso l'Impero», e si sono insinuate nel nostro ordinamento giuridico concorsuale (e in tanti altri nell'ambito del Diritto Comparato), consolidandosi come veri strumenti di *prevenzione* rispetto al concorso dei creditori, infatti, tali soluzioni *preconcorsuali* sono state introdotte dal legislatore, attraverso le numerose riforme varate negli ultimi anni, con l'evidente intenzione di consolidare le stesse definitivamente nell'ordinamento giuridico.

Dinanzi al «desolante» panorama concorsuale che si è andato profilando dall'innesco della crisi economica, il legislatore dell'anno 2009, tramite la

promulgazione del Regio Decreto 3/2009, del 27 marzo, introdusse, tra le varie misure, il comma 3 nell'articolo 5 della *Ley Concursal*, inteso a regolare la già nota *comunicazione dell'inizio delle negoziazioni* e gli effetti da questa prodotti sul cosiddetto obbligo di domanda di concordato (*ex art. 5 LC*).

Secondo la formulazione del vecchio articolo 5.3 della *Ley Concursal*, ciò che sembrava voler perseguire il legislatore dell'anno 2009, non era, in linea di principio, la *prevenzione* del concorso dei creditori e, conseguentemente, la riduzione del numero di domande di *concursum de acreedores* a venire ma, piuttosto, venivano ricercate - in tale periodo *preconcorsuale* - le adesioni sufficienti per l'ammissione alla *proposta di concordato anticipato* in sede concorsuale (art. 106.1 LF). Pertanto, in verità, la finalità perseguita con l'introduzione della *comunicazione dell'inizio delle negoziazioni* (*ex antiquo art. 5.3 LC*) era, principalmente, *incentivare* l'utilizzo della *proposta di concordato anticipato* (*ex art. 104 e ss. LC*) che, in qualche modo, era stata *sotto-utilizzata*²⁷ dai debitori dal momento della sua introduzione. L'effetto di tale comunicazione consisteva nella ricerca di adesioni sufficienti ad una *proposta di concordato anticipato*- durante la moratoria temporale concessa dal vecchio articolo 5.3 della *Ley Concursal*-, che permettesse al debitore di fare il proprio ingresso nel processo concorsuale per uscire in modo «dignitoso» (e veloce) con un concordato approvato che garantisse il rifinanziamento, la soddisfazione dei creditori e, ovviamente, la redditività stessa del debitore, per consentirgli la permanenza all'interno del traffico commerciale.

Partendo da un'interpretazione sistematica del giudicato precetto (*antiquo 5.3* e attuale art. 5 bis LC), insieme ad altri precetti complementari, reputiamo che, in realtà, ci troviamo dinanzi ad una procedura *preventiva* (alternativa) rispetto alla sentenza dichiarativa di *concurso de acreedores* (art. 5 LC). L'affermazione precedente non è da ritenersi una questione banale nell'ambito del *Diritto concorsuale* spagnolo, dal momento che, ormai da molto tempo, una delle carenze imputate al nostro sistema concorsuale è l'inesistenza

di un reale trattamento preventivo per i casi di insolvenza o, addirittura, di pre-insolvenza, che eviti l'avvio di un processo concorsuale del debitore comune²⁸.

A giudicare dalle costanti riforme che sono state introdotte in ambito concorsuale, pare che il nostro legislatore (più o meno coscientemente) abbia optato - risolutamente - per introdurre, come avviene in altri ordinamenti del Diritto Comparato, una procedura *preventiva* preconcorsuale (ex art. 5 bis LC) che offre al debitore insolvente una *alternativa* - effettiva - alla domanda di *concorso de acredores* (art. 5 LC), evitando così l'avvio del processo concorsuale che, inevitabilmente, deteriora ancora di più, se possibile, la situazione patrimoniale del debitore e, conseguentemente, quella dei creditori.

Concretamente, il perno attorno a cui verterà il presente lavoro di ricerca sarà l'analisi del regime legale della procedura di *preconcorso* (ex art. 5 bis LC), dal punto di vista del Diritto Processuale, per delimitare il contenuto, l'entità o la finalità, gli effetti e, indubbiamente, l'evoluzione normativa, dalla sua nascita, nel 2009, con la promulgazione del Regio Decreto 3/2009, del 27 marzo²⁹, fino all'attualità (ripercorrendo le diverse riforme legali). Nel presente lavoro difendiamo l'idea che l'attuale «*preconcorso*» (ex art. 5 bis LC) sia l'unico istituto preconcorsuale, *rectius*: una procedura preventiva, prevista dalla *Ley Concursal* in vigore. Il *preconcorso* è una procedura giudiziale (non un vero e proprio processo) *preventiva* del processo³⁰ successivo (sentenza dichiarativa di concorso dei creditori), che si configura nel nostro sistema concorsuale come un'alternativa al concorso dei creditori, per cercare di rifinanziare o ristrutturare il passivo del debitore comune.

Il *preconcorso* (ex art. 5 bis) è una procedura che conferisce al debitore uno spazio temporale di tre (3) mesi, idoneo per portare a termine, senza distorsioni, le negoziazioni con i creditori, allo scopo di raggiungere qualsiasi atto giuridico che la Legge mette a disposizione del debitore (art. 5 bis 1 LC). In

questo modo, il debitore comune potrà scegliere di realizzare, all'interno del *preconcorso*, i seguenti atti: i) conseguire adesioni sufficienti per l'ammissione alla *proposta di concordato anticipato* (ex art. 106.1 LF); ii) raggiungere un accordo di rifinanziamento (ex art. 71.1 bis e Disp. Aggiuntiva Quarta LF); o, iii) raggiungere un accordo extragiudiziale di pagamento (art. 231 e ss. LF). Vero è che, nella dottrina, si parla in maniera generale degli istituti preconcorsuali, intesi come i precedenti atti giuridici, ma la verità è che il *preconcorso* è l'istituto preconcorsuale unico, attraverso il quale il debitore può effettuare la sottoscrizione degli atti giuridici previsti dall'articolo 5 bis 1 della *Ley Concursal*. Pertanto, comprendiamo che non è possibile concepire nessuno degli atti giuridici sopra enunciati in maniera unitaria e indipendente dalla procedura di *preconcorso* (ex art. 5 bis), perché, a nostro giudizio, né gli articoli 71 bis 1, 106.1 e ss., 231 e ss., né la Disposizione Aggiuntiva Quarta, possiedono entità sufficiente per operare al margine (in modo indipendente) della procedura di pre-concordato (ex art. 5 bis), a nostro parere, non offrono garanzie sufficienti – di per sé – affinché il debitore possa estinguere o prevenire il proprio stato di insolvenza. Di conseguenza, realizzando un'interpretazione *sistematica* di tutti i precetti sopra indicati, giungiamo alla conclusione che l'unico istituto preconcorsuale è il *preconcorso* (ex art. 5 bis LC), che funge da «supporto» procedurale affinché il debitore possa effettuare la sottoscrizione di uno degli atti giuridici che la Legge mette a sua disposizione: i) conseguire adesioni per una proposta di concordato preventivo (art. 106.1 e ss. LC); ii) raggiungere un accordo di rifinanziamento (ex art. 71 bis 1 e Disp. Aggiuntiva Quarta); iii) raggiungere un accordo extragiudiziale di pagamento (ex art. 231 e ss. LC). Di conseguenza, il *preconcorso* si configura, nel nostro sistema concorsuale, come una procedura che, qualora avviata, produce un effetto protettivo che garantisce al debitore uno spazio temporale idoneo (privo di esecuzioni) per condurre le negoziazioni con i creditori volte a raggiungere la sottoscrizione di uno degli atti giuridici disciplinati nell'articolo 5 bis 1 della *Ley Concursal*.

Altresì, riteniamo che gli accordi di rifinanziamento (ex art. 71 bis 1 e Disp. Aggiuntiva Quarta), l'accordo extragiudiziale di pagamento (art. 231 e ss.

LC) e la ricerca di adesioni per una proposta di concordato anticipato (art. 106.1 e ss. LC), non sono istituti preconcorsuali di per sé, ma devono essere considerati parte integrante della procedura vera e propria di *preconcorso* (art. 5 bis LC), identificati come gli atti giuridici che il debitore può condurre insieme ai creditori nell'ambito del *preconcorso*. Le specialità introdotte dagli articoli 71 bis 1, 106.1 e ss., 231 e successivi, e Disposizione Aggiuntiva Quarta, rientrano nella procedura di *preconcorso*, trasformandosi in autentiche modalità di gestione del *preconcorso*.

Una volta circoscritto il contesto in cui si svilupperà il presente lavoro di ricerca, questo stesso solleva alcune questioni importanti, tra le quali: i) verificare se l'articolo 5 bis della *Ley Concursal* contiene un sistema chiuso e autonomo che consenta di affermare l'esistenza di una vera procedura *alternativa* e/o *preventiva* del concurso de acreedores; ii) verificare la vera natura giuridica di tale procedura, per rispondere, tra gli altri, ai seguenti interrogativi: si tratterebbe di una sorta di *udienza preliminare* concorsuale? è una procedura giudiziale preventiva? potrebbe essere considerata un processo giurisdizionale? risponderebbe alla struttura procedurale di un atto istruttorio preliminare? potrebbe essere considerata un provvedimento cautelare? è una procedura di giurisdizione volontaria?; iii) verificarne la finalità; iii) vedere gli effetti prodotti; iv) verificare il trattamento giuridico riservato a tutti i problemi e gli aspetti processuali che derivano dall'avvio di tale procedura; v) verificare alcuni miglioramenti che si potrebbero introdurre *lege ferenda* in tale procedura per il suo consolidamento in quanto procedura *preventiva* del concordato.

La motivazione e l'interesse del presente lavoro di ricerca si radicano nell'importanza e nel rilevante significato pratico di questa peculiare procedura (art. 5 bis LC), dal momento che, dinanzi alla colossale «valanga» di sentenze dichiarative di *concurso dei creditori* emesse dall'inizio della crisi economica fino al giorno d'oggi, la procedura di «*preconcorso*» (art. 5 bis) è il fattore chiave per consentire ai debitori insolventi di dare una forma *alternativa* al concordato (evitando l'avvio di un processo giurisdizionale di dichiarazione di concurso de acreedores) e risolvere il proprio stato di insolvenza (attuale o imminente), o di

pre-insolvenza, senza trovarsi indotti ad avviare un concordato da cui, con tutta probabilità, potrebbero uscirne enormemente danneggiati.

Anche se alcuni autori potrebbero ritenere la comunicazione delle negoziazioni (ex art. 5 bis LC) solo una *mera comunicazione* al Giudice di scarso interesse scientifico/forense, in realtà, l'articolo 5 bis della *Ley Concurisal* racchiude una procedura alternativa al concorso dei creditori, la cui operatività consente alle imprese in stato di insolvenza di poter estinguere o prevenire tale stato, evitando, in questo modo, il concorso dei creditori. Di conseguenza, il *preconcorso* (ex art. 5 bis LC), fin dalla sua nascita, è stato, è e sempre sarà «in voga» in ambito di Diritto concorsuale, dal momento che è stato oggetto di tutti i dibattiti parlamentari sulle riforme in materia concorsuale e, inoltre, ha subito numerosi e importanti cambiamenti legislativi, che indicano e dimostrano chiaramente la reale importanza e il significato pratico veicolati da tale precetto (art. 5 bis).

A questo proposito, reputiamo che il Legislatore abbia legiferato incessantemente, a colpi di Regio Decreto, - con l'incombente pericolo di minacciare l'ambita *sicurezza giuridica* in ambito concorsuale -, continuando a modificare tale precetto (tra gli altri), alla ricerca di un autentico consolidamento della procedura di «*preconcorso*» (ex art. 5 bis LC), poiché consapevole (o almeno questo pare) del fatto che costituisce un elemento chiave fondamentale nei casi di insolvenza e di pre-insolvenza, poiché offre ai debitori insolventi la possibilità, in determinate condizioni, di scegliere un trattamento alternativo e preventivo rispetto al concorso dei creditori. Per tutte le motivazioni espresse, consideriamo importante sottolineare che la *moratoria* temporale concessa dal «*preconcorso*» (ex art. 5 bis LC) al debitore insolvente è vitale affinché lo stesso possa realizzare, senza alcun tipo di pressione, le negoziazioni opportune e pertinenti per consentirgli di *estinguere* il proprio stato di insolvenza attuale (art. 2.2 LC) o, in caso di insolvenza imminente (art. 2.3 *in fine* LC), evitare o prevenire la sua trasformazione in insolvenza attuale (art. 2.2).

Inoltre, oltre ad alcune delle più importanti decisioni giudiziarie esistenti nell'ambito oggetto della presente tesi di ricerca, è evidente che la dottrina specializzata ha preso coscienza dello stato della questione, e questo ha generato numerosi lavori intorno all'articolo 5 bis della *Ley Concurisal* (e intorno all'antico articolo 5.3 LC). Tuttavia, risulta singolare il fatto che - e di qui deriva l'importanza del contributo di questo lavoro -, di tutti questi lavori, pochi si focalizzano sullo studio del contenuto dell'articolo 5 bis dal punto di vista del *Diritto Processuale*, in cui ci si riferisce alla *comunicazione delle negoziazioni* (ex art. 5 bis) come ad una vera e propria procedura giudiziale *alternativa* al processo concorsuale, intesa ad evitare l'avvio dello stesso processo e la cui gestione può fungere, per i debitori insolventi, da strumento procedurale *effettivo* per uscire dal proprio stato di insolvenza e, conseguentemente, evitare la sentenza dichiarativa di *concurso de acreedores* (art. 5. LC).

IV. Objetivos y metodología del trabajo.

En íntima relación con lo anteriormente descrito, en el presente trabajo se hace un estudio profundo y exhaustivo de la *comunicación de negociaciones* desde la óptica del Derecho procesal, partiendo de la idea de que el contenido del artículo 5 bis de la Ley Concursal junto a otros preceptos complementarios, conforman un verdadero procedimiento preconcursal (alternativo) al concurso, a través del cual, el deudor podrá optar por diversas vías (negocios jurídicos³¹) para llegar al fin buscado, esto es: la *remoción* o la *prevención* de la insolvencia y,

³¹ Entendemos que el preconcursus es el instituto preconcursal único que actualmente rige en nuestra Ley Concursal, que sirve para que el deudor dentro del espacio temporal de protección de tres meses lleve a cabo las negociaciones encaminadas a materializar y formalizar alguno de los negocios jurídicos que pone a disposición el artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal, como por ejemplo: i) alcanzar adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (106.1 y ss. LC); ii) alcanzar un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª y art. 71 bis 1 LC); iii) alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 231 y ss. LC), o incluso, dentro del acuerdo de refinanciación es posible introducir como contenido del mismo una modificación estructural (acuerdo de reestructuración). Nosotros entendemos que las posibilidades que le brinda al deudor el contenido del artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal, son los diferentes negocios jurídicos que puede llevar a cabo en el espacio temporal de negociaciones que le concede el preconcursus (ex art. 5 bis). Para explicar los anteriores negocios jurídicos acuñamos la definición de negocio jurídico ideada por el profesor DE CASTRO Y BRAVO, que decía que el Derecho considera como negocio jurídico: «La declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares (deudor y acreedores que llevan a cabo las negociaciones en el seno de preconcursus: están manifestando una declaración o acuerdo de voluntades) se proponen conseguir un resultado (la formalización de un acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos, acuerdo de reestructuración o, consecución de adhesiones suficientes para admitir a trámite una propuesta anticipada de convenio), que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea con base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos (cada uno de los negocios que se pueden llevar a cabo en el preconcursus requieren de otros requisitos (condiciones iuris) para su plena eficacia, por ejemplo la activación de los efectos del preconcursus, son condiciones necesarias para que finalmente surta su plena eficacia el negocio jurídico y devenga la denominada relación negocial entre los intervinientes. Esto quiere decir según el maestro Federico DE CASTRO Y BRAVO, que la eficacia del negocio consiste en la creación de una nueva situación jurídica originada y reglada por la voluntad de los particulares intervinientes en el negocio (declaración de voluntad), conforme al resultado que con ella se busca o se va a conseguir (el resultado es la suscripción, formalización o materialización de: i) un acuerdo de refinanciación; ii) acuerdo extrajudicial de pagos; iii) adhesiones suficientes para la admisión de una propuesta anticipada de convenio. Se dice que la nueva situación jurídica que se crea con la formalización de los negocios jurídicos anteriores es reglada porque lo establecido por la declaración de voluntad es lo servirá para medir la conducta posterior de las partes afectadas, pues estas reglas contenidas en la declaración de voluntad son las que dan tono específico a la relación negocial durante la ejecución del negocio jurídico adoptado (en nuestro caso durante la ejecución del acuerdo de refinanciación, del acuerdo extrajudicial de pagos o, de un posible acuerdo de reestructuración), que se suman a las relaciones impuestas y nacidas de la Ley. Sobre la definición y el concepto de *negocio jurídico* es muy ilustrativo consultar la magnífica obra del profesor DE CASTRO, en DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, (Tratado práctico y crítico del Derecho civil, vol.X), ed. Instituto Nacional de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

con ello, la *evitación* del proceso concursal. Estas diversas vías u opciones que hemos mencionado son lo que nosotros entendemos como los diversos *negocios jurídicos* que pueden llevar a cabo los deudores dentro del procedimiento de precurso³².

El presente trabajo de investigación se ha dividido en tres partes. La primera parte está formada por cuatro capítulos, en los que abordamos los antecedentes históricos del precurso; en el primer capítulo hemos fijado la situación de partida del presente trabajo de investigación: afirmando la existencia de dos procedimientos preventivos del concurso y de la quiebra en la vieja normativa concursal (actualmente derogada); en los capítulos segundo a cuarto hemos desarrollado las figuras «afines» donde pudiera hundir sus raíces el procedimiento «precurso» (ex art. 5 bis LC), todas ellas reguladas en el Derecho anterior (actualmente derogado). Como veremos a continuación, en los capítulos segundo, tercero y cuarto tratamos los tres posibles antecedentes del «precurso» (de donde, a nuestro juicio, han brotado las raíces que conforman el actual procedimiento de «precurso» –ex art. 5 bis LC–), analizando el fundamento, la naturaleza jurídica y la tramitación del procedimiento de quita y espera, del procedimiento de suspensión de pagos y, por último, el proyectado procedimiento de suspensión de pagos que se introdujo con la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, para detectar las posibles semejanzas de dichos procedimientos con respecto al «precurso» (ex art. 5 bis LC), como posibles antecedentes del mismo.

La segunda parte de la presente memoria doctoral se estructura en diez capítulos; en esta segunda parte, se analiza íntegramente la comunicación de

³² Entendemos que el deudor que se encuentre en situación de precurso, puede optar por llevar a cabo diversos *negocios jurídicos* para conseguir remover su situación de insolvencia o de preinsolvencia y evitar el concurso. Los negocios jurídicos a los que puede optar son: a) la Consecución de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (art. 106 y ss. LC); ii) consecución de un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis y Disp. Adicional cuarta LC) ii) solicitud del Acuerdo Extrajudicial de Pagos (arts. 231 y ss. LC). Para entender que nos encontramos ante verdaderos negocios jurídicos acuñamos la definición de negocio jurídico ideada por en DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, (Tratado práctico y crítico del Derecho civil, vol. X), ed. Instituto Nacional de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

negociaciones: *rectius*: procedimiento de precurso (ex art. 5.3 LC), «desgajamos» algunos aspectos de tal institución, para estudiar profundamente el régimen legal y el punto de partida de la evolución del «precurso» a la hora de consolidarse en un verdadero procedimiento *preventivo* de la insolvencia. En primer lugar, en el capítulo primero, efectuamos una introducción o un acercamiento a la institución del «precurso» que fue introducido por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, y que inicialmente aparecía regulado en el artículo 5.3 de la Ley Concursal.

Dentro del capítulo segundo, tratamos ampliamente las cuestiones terminológicas relacionadas con el precurso; en este capítulo se hace un análisis del alcance de la palabra *precurso*, realizando: i) una delimitación ortográfica; ii) una delimitación etimológica y semántica; y, iii) una delimitación del alcance conceptual; y, iv) algunas precisiones y posibles confusiones terminológicas del uso de la palabra precurso, en el que se intenta responder con precisión a la pregunta de: ¿qué es el realmente el «precurso»?; a continuación, tratamos de dar una justificación a la utilización de la denominación «precurso» en lugar de utilizar otras posibles denominaciones, ofreciendo un posible concepto del mismo. En el capítulo tercero tratamos el retorno a la dualidad procedimental y la quiebra del *principio de unidad* en el vigente sistema de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

Posteriormente, en el capítulo cuarto, hemos tratado con gran detenimiento el nacimiento de la institución del precurso y su correspondiente evolución hacia un auténtico procedimiento preventivo del concurso; asimismo, en el capítulo quinto exponemos los objetivos pretendidos con la introducción de la institución del precurso en la reforma del año 2009, mediante la promulgación del conocido Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, es decir, entramos en los principales objetivos que perseguía el legislador concursal en aquella primera reforma concursal de 2009 (*voluntas legislatoris*); a continuación, enlazamos con el capítulo sexto en el que abordamos con amplitud la naturaleza jurídica del precurso, donde

delimitamos qué es y en qué consiste el precurso y, los comparamos con otras posibles figuras jurídicas afines. En la parte final de la segunda parte, el capítulo séptimo viene a analizar los presupuestos (objetivo y subjetivo) como elementos habilitantes para poder acogerse al precurso, en el que tratamos los problemas con los que se encontraron los operadores jurídicos en los primeros meses de vigencia y aplicación del procedimiento de precurso (art. 5 bis LC); seguidamente, en el capítulo octavo nos adentramos en el procedimiento en sentido estricto, en el que analizamos con rigor la tramitación procedimental del «precurso» (*antiquo* art. 5.3 LC), todo ello, sin olvidarnos de algunas cuestiones conflictivas que se presentan cuando concurre la denominada acción directa y el precurso (capítulo 9). Finalmente, para culminar la segunda parte de la presente memoria doctoral, hemos realizado un recorrido por las posteriores reformas legislativas operadas entre los años 2011, 2013, 2014 y 2015 (respectivamente) que han ido modificando el contenido del artículo 5 bis de la Ley Concursal, hasta configurarle como un verdadero procedimiento preventivo (y alternativo) al concurso.

La tercera parte de la tesis está formada por ocho capítulos, y, en ella, se analiza de forma extensa el estado actual de la institución del precurso, tras las reformas legislativas operadas durante los seis años anteriores (ex art. 5 bis LC). En primer lugar, nos hemos centrado en determinadas cuestiones generales en torno a la institución del precurso a la luz del derecho vigente (art. 5 bis LC): haciendo hincapié sobre el reforzamiento del precurso durante las últimas reformas legislativa y, defendiendo la idea de que el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) debe concebirse como único instituto preconcursal en el sistema concursal español (capítulo primero).

A continuación, en el capítulo segundo, hemos realizado un esfuerzo dogmático para intentar ofrecer un concepto que defina a la figura del precurso (ex art. 5 bis LC). En el capítulo tercero hemos abordado el procedimiento judicial de precurso en toda su extensión, según el estado actual de la cuestión, tratando todas y cada una de las cuestiones problemáticas que se plantean en la práctica forense actual. A parte de todas las cuestiones

procedimentales, no hemos dejado de lado cuestiones interesantes como el tema de las tasas judiciales en caso de solicitud de concurso (art. 5 bis LC).

Por otro lado, hemos abordado el plazo temporal en el concurso, la naturaleza del mismo, el *diez a quo*, y, el cómputo del plazo en dicha institución (capítulo cuarto); En el capítulo quinto de la tercera parte hemos tratado los límites temporales establecidos por el legislador en el concurso, mediante la introducción de las cláusulas de cierre o, como las preferimos denominar nosotros cláusulas de carencia temporal. Otro de los temas relevantes de la institución del concurso tras las sucesivas reformas concursales materializadas, son los efectos de protección que se activan con la presentación de la solicitud de concurso, cuya cuestión ha sido abordada en toda su extensión en el capítulo sexto, donde hemos puesto de relieve todos los efectos procesales y sustantivos de los que se beneficia el deudor una vez que insta su solicitud de concurso. Posteriormente, hemos traído a colación la influencia del Derecho comunitario sobre el procedimiento de concurso, a través de la reforma del nuevo reglamento de insolvencia UE 848/2015; además, también en este capítulo, hemos realizado un análisis preliminar de la Propuesta de futura Directiva Europea, de 22 de noviembre de 2016, sobre reestructuración empresarial y segunda oportunidad, de la Comisión europea, que anuncia y propone nuevos cambios en los procedimientos preventivos del concurso de todos los Estados miembros, donde tenemos la oportunidad de comentar los problemas y las ventajas que se suscitarán con las reformas que pretende el legislador europeo y, si su adopción por los propios Estados europeos, coadyuvaría a que un porcentaje mayor de empresas consigan reestructurar o refinanciar su pasivo con mayor facilidad, evitando con ello, el proceso concursal.

Para concluir la presente memoria doctoral, presentamos unas conclusiones sobre la investigación llevada a cabo, en la que proponemos, también, algunas medidas o cambios de *lege ferenda*, dirigidas a nuestro «activo» legislador, para conminarle a introducir medidas y cambios que finalmente coadyuven a que el «concurso» (ex artículo 5 bis LC) se convierta y se

consolide como una auténtica alternativa al concurso, incentivando su utilización, dando la posibilidad a los deudores insolventes para que utilicen tal procedimiento y opten por llevar a cabo los diversos negocios jurídicos que pone a disposición el contenido del artículo 5 bis de la Ley, a la hora de intentar remover, con garantías, su estado de insolvencia, consiguiendo con ello, *eludir* la tramitación de un complejo proceso concursal, que por fuerza deteriora aún más si cabe la situación económico-patrimonial de los deudores, llegando incluso a la liquidación; por lo tanto, si esto se consigue el deudor común, consigue mantenerse en el tráfico mercantil, pudiendo cumplir con el fin perseguido por el Derecho concursal, esto es: la máxima satisfacción de los acreedores *ordinarios*.

En otro orden de cosas, a la hora de elaborar la presente tesis doctoral hemos procurado trabajar utilizando una metodología de escuela tradicional, siguiendo los postulados metodológicos invocados por LARENZ³³. Para ello, a la hora de abordar el presenta trabajo, en primer lugar, hemos interpretando la dicción *literal* o *gramatical* del artículo 5 bis de la Ley Concursal (y de todas las normas que deben ser interpretadas de forma sistemática junto a dicho precepto), en busca del verdadero sentido legal de la norma; por otro lado, también hemos recurrido a la conexión de dicho artículo –en virtud del orden que ocupa dentro del cuerpo de la Ley– con otros preceptos que deben ser inexorablemente complementarios al mismo, para conseguir descifrar la verdadera interpretación *sistemática*³⁴ de la norma; posteriormente, no hemos

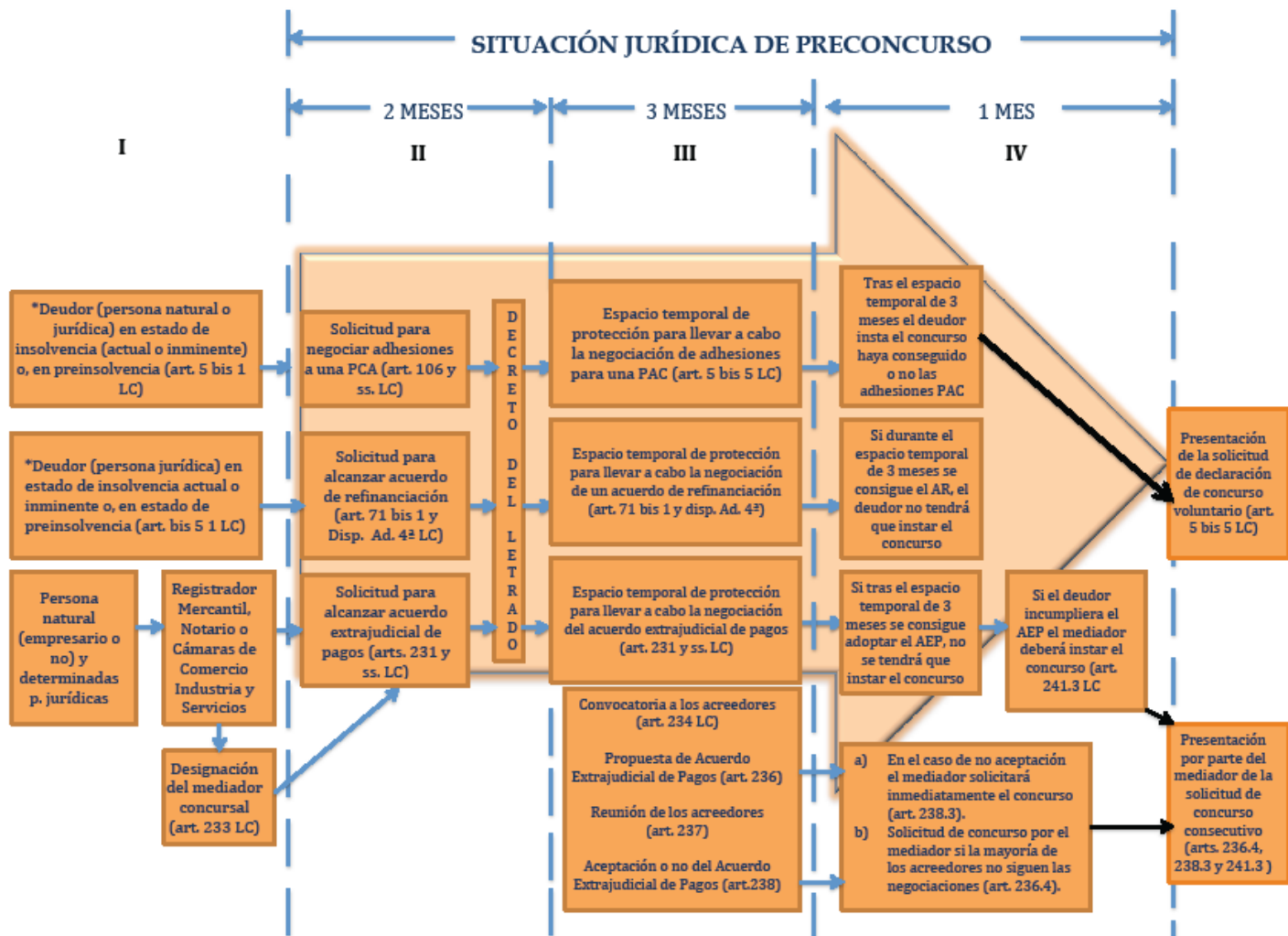
³³ LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1966, (traducido por Enrique GIMBERNAT ORDEIG), pp. 362 y ss.

³⁴ Como dice el profesor Valentín CORTÉS DOMINGUEZ, no se puede entender la figura del precurso (ex *antiquo* art. 5.3 y actual 5 bis LC), si dicho precepto no se interpreta de forma conjunta y *sistemática* con los demás preceptos relacionados (arts. 15.3; 22.1; 71 bis 1; 106 y ss.; 231 y ss.; y Disp. Ad. 4ª de la Ley Concursal). Ninguno de los instrumentos o negocios jurídicos previstos en la batería de preceptos anterior (arts. 71 bis 1; 106 y ss.; 231 y ss.; Disp. Ad. 4ª), tienen, a nuestro juicio, entidad y autonomía propia (y suficiente) para funcionar por sí solos; ninguno tiene sentido y eficacia autónoma si opera al margen del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), puesto que, para que éstos operen y consigan el objeto que persiguen en la práctica *for sense*, requieren de las garantías y los efectos de protección que se desencadenan con la presentación previa de la solicitud de precurso. Véase los últimos grandes procedimientos refinanciadores de grandes compañías en España en los que el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), ha sido imprescindible y esencial para

abandonado el espacio temporal en el que se aprobó la norma y los tiempos en los que se han ido produciendo las diversas reformas del mismo, por lo que, también, nos hemos visto obligados a realizar la interpretación histórica que pueda rodear a la norma; para completar dicho tarea, no podíamos dejar de lado la interpretación *teleológica* para conseguir descifrar el *fin esencial* que se desprende de la propia norma y, finalmente, hemos descifrado el bien o interés social que jurídicamente se protege con el cumplimiento o ejecución del *fin esencial* de dicha norma (art. 5 bis LC).

garantizar el buen fin de las negociaciones de ambos deudores con sus acreedores en el seno del precurso, verbigracia: «Pescanova y Abengoa». El procedimiento de precurso es el soporte procedimental que sustena (y protege) las negociaciones precursoales llevadas a cabo por el deudor con sus acreedores en el seno de la situación jurídica de precurso (ex art. 5 bis LC). La puesta en marcha del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), desencadena una serie de efectos de protección que son imprescindibles para garantizar que las negociaciones se llevan cabo en *un espacio temporal* de tres (3) meses, a resguardo de toda las solicitudes de concurso necesario (que pudieran instar los terceros legitimados distintos del deudor), con la facultad de poder solictsr la suspensión de determinadas ejecuciones instadas frente a los bienes y derechos del deudor. Estos efectos de protección, de alguna manera garantizan o coadyuvan a que las negociaciones llevadas a cabo en el seno del precurso lleguen a buen fin, materializando la sucripción o formalización de alguno de los negocios jurídicos que el artículo 5 bis 1 pone a disposición del deudor, con el que conseguiría remover el estado de insolvencia evitando la entrada al concurso. Vid., un trabajo fundamental para comprender qué es el precurso y, además, cabe mencionar el mérito de dicho trabajo que, desde un punto de vista del Derecho procesal fue el primero que abrió la «brecha» e insinuó la posible introducción de la tan importante figura del precurso, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las refomas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op., cit., pp. 173-174 y 181.

V. Esquema general del procedimiento de precurso



PRIMERA PARTE. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRECONCURSO.

Capítulo 1º: La situación de partida

El tratamiento legal que dispensaba la antigua normativa concursal (actualmente derogada) para hacer frente a la situación de insolvencia del deudor común, siempre se manifestó como un régimen verdaderamente complejo, cuya aplicación se tornaba, en ocasiones, en una ardua tarea para los operadores jurídicos, debido a la dispersión y obsolescencia que presentaba dicha normativa³⁵; cuando el deudor común entraba en situación de insolvencia y solicitaba su declaración judicial de concurso, se enfrentaba y sometía, a través de un proceso de declaración, a lo que se ha venido denominando, desde antiguo, como el «verdadero laberinto de los créditos»³⁶.

³⁵ Sobre la obsolescencia, la dispersión y la descoordinación que caracterizaba a la vieja normativa concursal pueden verse diversos trabajos en la literatura especializado, véase por todos el prólogo de la 1ª edición de la obra de RAMÍREZ, J.A., *La Quiebra*, ed. Bosch, Barcelona, 1958; OLIVENCIA RUIZ, M., *Terminología Jurídica en la reforma concursal*, ed. Iustel, Madrid, 2006, pp. 25 y ss.; (...); ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Notas para la reforma de la legislación concursal», en *Revista de derecho mercantil*, núm. 135-136, 1975, pp. 512 y ss.; del mismo autor, vid., «La reforma el Derecho concursa español», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 88 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Procesos concursales: el concurso de acreedores y la quiebra» en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, 2ª edición, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 213-214; ídem., «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AA. VV, *Tratado de Derecho Mercantil: Derecho Procesal Concursal*, vol., n.º 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 18.

³⁶ El «Laberinto de los créditos», así calificaba al proceso de declaración del concurso de acreedores SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, ed. de París (Lyon), de 1651. Este autor, con su fundamental obra dio especial importancia a la declaración judicial de concurso a la hora de dar tratamiento a la situación de insolvencia del deudor común. El estado de insolvencia debía ser declarado judicialmente por el Órgano jurisdiccional competente (para constituir al deudor en estado de concurso), puesto que, sin dicha declaración judicial, la situación de insolvencia sería una mera situación de hecho, por lo tanto, la solución al estado de insolvencia debía pasar — inexorablemente — por la tramitación del proceso concursal. Sin la declaración judicial de concurso nada hay, el estado de insolvencia es un situación en la que se sitúa todo deudor común al ser declarado judicialmente en concurso por un juez competente, todo pasa por el proceso de declaración de concurso; en este sentido, la doctrina procesalista, aunque ya con el derecho actual (una vez aprobada la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal), definió muy bien esta situación y la importancia de la declaración judicial tanto en el proceso de quiebra como en el concurso de acreedores actual, vid., por todos, a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en «Aproximación al proceso de declaración de quiebra» en *RdM*, n.º. 146, 1977, pp., 461-517; y, también, en su «Naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA/JIMÉNEZ SÁNCHEZ (dirs.), AA. VV, *Tratado de derecho mercantil: Derecho Procesal concursal*, vol., n.º 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 21 y 30.: «a pesar de lo que se pueda mantener por algunos, el concurso es un verdadero laberinto jurídico que está dirigido necesariamente a la resolución de cualquier

Antes de entrar en el fondo de la investigación, era necesario realizar una completa introducción a la materia, para describir cuál es el punto de partida de la presente memoria doctoral. A continuación, en la introducción que hemos realizado, hemos procedido a abordar lo que nosotros entendemos que deben ser considerados antecedentes históricos y legislativos de la materia objeto de investigación en la presente tesis doctoral: el verdadero «germen» del actual procedimiento judicial de «preconcurso» (art. 5 *bis* LC)³⁷.

El punto de partida del presente trabajo no ha sido elegido al azar, ni, tampoco, se ha pretendido introducir –formalmente– sin causa ni justificación alguna, sino que, pensamos que para poder llegar a entender el fundamento del procedimiento previsto en el artículo 5 *bis* LC –cuestión nuclear de la presente memoria doctoral–, era necesario echar la mirada hacia atrás, en busca de un posible origen del mismo, que pudiera sentar las bases para consolidar la tesis –que defendemos a lo largo de todo el trabajo– de que el Legislador (de forma directa o indirecta) ha venido a crear un procedimiento de jurisdicción voluntaria en sede judicial denominado «preconcurso» (*ex art. 5 bis LC*), el cual, desde su nacimiento, ha ido evolucionando –durante estos últimos siete años– hasta convertirse, a nuestro juicio, en un verdadero *procedimiento judicial preventivo*³⁸ del concurso de acreedores. En relación a lo anteriormente

problema que se pueda plantear en relación con la insolvencia del deudor común...» (...) «En este laberinto es pieza fundamental, tal como se ha dicho anteriormente, la declaración judicial de concurso, pues ni el convenio ni la liquidación patrimonial, tal como están regulados en la Ley, pueden tener vigencia o pueden ponerse en acto por el deudor, o por lo acreedores y demás legitimados, sin que se declare judicialmente el estado de concurso».

³⁷ La comunicación del inicio de negociaciones o, lo que nosotros entendemos por el procedimiento de concurso, ha venido sufriendo una verdadera evolución legislativa desde que se introdujera en el antiguo artículo 5.3 de Ley Concursal, a través de la reforma parcial llevada a cabo en el año 2009, con la promulgación Real Decreto-Ley 3/2009 de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*. Tras las diferentes reformas el contenido del derogado artículo 5.3 (derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), ha ido evolucionando hasta configurarse en un régimen legal que regula un completo procedimiento preventivo del concurso como así se desprende de su última redacción en el vigente artículo 5 *bis* de la Ley Concursal.

³⁸ Es cierto que en la literatura especializada algunos autores defienden la idea de que, en la actualidad, los institutos y procedimientos concursales no se deben observar como instrumentos preventivos del concurso de acreedores, sino como alternativas al mismo, pero a nuestro juicio y, desde el punto de vista del Derecho procesal, el procedimiento de concurso

apuntado, es necesario advertir que en la presente tesis doctoral defendemos que el concurso es un procedimiento, cuya naturaleza jurídica descansa en los terrenos de la jurisdicción voluntaria, y, por lo tanto, debe ser analizado desde la óptica del Derecho Procesal, pues, en puridad, la jurisdicción es uno de los pilares elementales de la Ciencia Procesal³⁹; asimismo, como afirman algunas autoras⁴⁰ este último dato justifica que el análisis de este procedimiento de jurisdicción voluntaria (el concurso ex art. 5 bis LC) se deba hacer desde la óptica de la disciplina Procesal, pues, tenemos el deber y la necesidad de delimitar y diferenciar *dogmáticamente* el campo de lo jurisdiccional de lo meramente judicial (no jurisdiccional)⁴¹.

La necesidad de poder contar con un *procedimiento judicial* «preventivo» del concurso de acreedores, que ofrezca un tratamiento –efectivo– al estado de insolvencia o de preinsolvencia, evitando la entrada al proceso concursal, venía siendo una necesidad –patente– en nuestra actualidad jurídica, ya que el Legislador del año 2003 no quiso –o no le interesó– introducir tales procedimientos preventivos que evitaran el proceso concursal⁴²; sin embargo, en sentido opuesto, llama poderosamente la atención que, a pesar de todas las críticas que haya podido recibir la antigua normativa concursal (anterior a la

ex art. 5 bis, responde más bien a un procedimiento preventivo del ulterior proceso, esto es, del concurso de acreedores (proceso de declaración de concurso), por lo tanto, lo alternativo o lo preventivo viene a ser, en puridad un simple juego de palabras, pues, cuando yo decido o hacer algo alternativo a lo establecido estoy consiguiendo el mismo fin de forma alternativa, evitando, *rectius*: previniendo lo preestablecido.

³⁹ GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria?, La reestructuración parcial de la materia en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria*, ed. Reus, Madrid, 2015, p. 17.

⁴⁰ Vid., GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria?...*, op. cit., p. 17. Otro trabajo interesante que lleva a cabo un análisis del procedimiento de concurso desde el punto de vista del Derecho procesal es el de MAGDALENO CARMONA, A, Y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales de la práctica Concursal de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 40-62.

⁴¹ Vid., GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria?...*, op. cit., p. 17.

⁴² Vid., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica de la declaración...», op. cit., p. 24.

Ley 22/2003), ésta contaba⁴³ con dos procedimientos preventivos: i) el viejo procedimiento de quita y espera, que buscaba evitar el proceso de declaración judicial del concurso de acreedores; y ii) el procedimiento judicial de suspensión de pagos que buscaba prevenir el proceso de declaración judicial de quiebra, con independencia de los resultados (negativos) que arrojaron ambos en la práctica forense y, de las deficiencias que se les achacaba a los mismos⁴⁴.

Desde el año 2007 –con el comienzo de la crisis financiera y real en España– el número de declaraciones judiciales de concurso creció de forma «desorbitada»; por ello, en poco tiempo, el Legislador ha cambiado necesariamente su planteamiento abriendo la «veda» sobre esta materia e intentó cambiar la anterior tendencia de no introducir algún procedimiento preventivo del concurso, con la promulgación del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, «de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica», que supuso el nacimiento del procedimiento de precurso y el fortalecimiento (o el impulso inicial) del uso de las refinanciaciones *preconcursoales*, para intentar, de algún modo, evitar el proceso concursal⁴⁵; con la reforma llevada a cabo en el año 2009, creemos que se comenzaron a fraguar los «cimientos» de un verdadero procedimiento preventivo del concurso de acreedores, a través de la creación del procedimiento de *precurso* (regulado en el viejo art. 5.3 LC, actual art. 5 bis LC)⁴⁶.

Por todo lo anteriormente descrito, en esta introducción hemos hecho un esfuerzo –a nuestro entender necesario– por tratar de describir el

⁴³ CERVERA, M., «El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación», en *ADco*, n.º 33, septiembre-Diciembre 2014, pp. 111-133.

⁴⁴ Con respecto al uso indebido y tardío que se venía haciendo del procedimiento judicial de suspensión de pagos, *vid.*, por todos a RUBIO VICENTE, P.J., «Prevención de la insolvencia y propuestas de reforma», en *RdCyP*, núm. 4, 2006, pp. 191 y ss.

⁴⁵ GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma de convenio concursal», en *RdCyP*, núm. 15, segundo semestre, 2011, p. 1 y ss.

⁴⁶ Inicialmente el artículo 5.3 de la Ley Concursal vino introducido por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo y, fue derogado por la introducción de un nuevo artículo 5 bis de la Ley concursal, llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

funcionamiento, la operatividad y las finalidades de dos procedimientos judiciales vigentes en la derogada normativa sobre derecho de la insolvencia⁴⁷ (actualmente derogada): i) el procedimiento de quita y espera, y, ii) el procedimiento de suspensión de pagos, como procedimientos judiciales preventivos –por excelencia– del concurso de acreedores y de la quiebra (respectivamente). A nuestro juicio, entendemos que ambos procedimientos preventivos (actualmente derogados) son el verdadero «germen» de lo que hoy es el procedimiento judicial de «preconcurso», actualmente regulado en el artículo 5 bis de la Ley Concursal. El concurso es, en realidad, el procedimiento preventivo que todo legislador ha tratado de instaurar en el sistema concursal español.

1. La existencia de diversos procedimientos preventivos del concurso y de la quiebra en la vieja normativa de insolvencia

Desde antiguo la doctrina siempre ha estado de acuerdo en manifestar que el régimen de insolvencia vigente antes de la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, se presentaba como inadecuado e insatisfactorio, cuya normativa era verdaderamente arcaica, caótica y, sobre todo, dispersa en diversos cuerpos legales⁴⁸, incluso, la decepción de algún

⁴⁷ Nos referimos a la normativa en materia de quiebras y suspensión de pagos vigentes antes de la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, la llamada: antigua normativa de quiebras y suspensión de pagos regulada en varios cuerpos normativos: Código Civil de 1889, Código de Comercio de 1829 y de 1885, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, Ley de Suspensión de pagos de 1922, entre otras.

⁴⁸ Vid., por todos, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Aproximación al proceso de declaración judicial de quiebra», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 146, 1977, pp. 469-514; *ibidem*, *vid.*: «Procesos concursales: el concurso de acreedores y la quiebra», en AA. VV. *Derecho Procesal civil, parte especial*, 2ª edición, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 213 y ss.; «Los juzgados de lo Mercantil. Jurisdicción y competencia en el proceso concursal», en AA. VV. *Aspectos de la nueva Ley Concursal: concursos. Créditos, administradores, jueces*, ed. Reus, Madrid, 2004, p. 87; «La declaración judicial de concurso», en *Revista del consejo general del poder judicial*, núm., especial, XVIII, 2004, pp. 11-24; y, «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (coords.), *Tratado de Derecho Mercantil*, volumen 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 18; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, I., «El derecho concursal español y el extranjero. La ley desacredita a la ley», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, pp. 310 y 341. Esta obra corresponde a la ponencia magistral que con el mismo título fue impartida por el autor en la XII Reunión anual de profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas en las Palmas de Gran Canaria,

autor de reconocido prestigio, le llevó a calificar dicha situación anterior como «impropia de un Estado de Derecho⁴⁹»; por ello, el comportamiento que manifestaba todo deudor ante dicho régimen de insolvencia era de temor,

28-30 de octubre de 1976, bajo el patrocinio de la (UNED). El autor afirmaba, con total rotundidad, que: «(...) el derecho español concursal no hace obsequio ni a una sola nota positiva, carece de valor en la actualidad, y a la sustitución de ese estado lamentable es a lo que se tiende y lo que explica que empleemos nuestro tiempo en el estudio de otros sistemas procedimentales del concurso (...); ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Notas para la reforma de la legislación concursal», en *Revista de derecho mercantil*, núm. 135-136, 1975, pp. 512 y ss.; *Ibidem.*, hay que tener muy presentes las siguientes obras: «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, separata del tomo XXIV, Madrid, 1981, pp. 253 y ss., y, también, «La reforma de derecho concursal español» en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 88; DAMIÁN MORENO, J., «El procedimiento de declaración de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AA. VV., *Derecho Procesal Concursal. Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 139-172; *ibidem*, «Aspectos generales de la declaración de concurso», en AA. VV., *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco de Derecho procesal, San Sebastián, 2004, pp. 61-65; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 323 y ss.; también del mismo autor *vid.*: «La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2004, pp. 230 y ss.; VACAS MEDINA, L., «En torno al anteproyecto de ley concursal», en *Diario La Ley*, 1983, tomo 4, p. 1253; *ibidem*, *vid.*, «Crítica a los procesos concursales vigentes», en *Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1984, pp. 5 y ss., y «Consideraciones sobre el pasado, el presente y el futuro de la reforma concursal (1)», en *Diario La Ley*, tomo 1, 1995, p. 940; MONTÓN REDONDO, A., «Líneas generales y principios del futuro proceso concursal», en *Revista Justicia*, núm. II, 1986, pp. 295 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y acierto de la Ley Concursal», en AA.VV., *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, pp. 9-28; GARCÍA VILLAVERDE, R., «El derecho concursal español y la reorganización de la grandes empresas», en ESPINA (coord.), *La reforma del derecho concursal y la eficiencia económica*, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, pp. 193 y ss.; ESPINA, A., «Líneas de reforma del sistema concursal español», en ESPINA (coord.), *La reforma del derecho concursal y la eficiencia*, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, pp. 356 y ss.; OLIVENCIA RUIZ, M., «Los principios de la reforma concursal», en *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 4, 2004, pp. 11 y ss.; del mismo autor, también «El Derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma» en *La reforma de la legislación mercantil*, ed. Civitas, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, p. 315; y, «Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso», en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, núm., especial, XVIII, pp. 25 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores: la declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 135 y ss.; de la misma autora, *vid.*, *La reforma del derecho concursal comparado y español: los nuevos institutos concursales reorganizativos*, ed. Civitas, Madrid, 1994; «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR (dirs.), *Derecho Concursal*, ed. Dilex, S.L., Madrid, 2003, pp. 56; CASANELLAS, R., «El modelo concursal en España: experiencias y perspectivas de futuro», en *Revista Económica de Cataluña*, núm. 60, 2009, pp. 74-83.

⁴⁹ *Vid.*, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «El derecho concursal español y el extranjero...», *op. cit.*, p. 341.

precaución y desconfianza⁵⁰, puesto que, los empresarios solían entender que dicho régimen no era el camino empresarialmente correcto para satisfacer un crédito ni para encauzar una situación fáctica de un cese en el cumplimiento de las obligaciones⁵¹; se producía lo que algún autor denominaba la «huida del concurso», debido a una deficitaria cultura concursal por parte de todos los operadores intervinientes⁵².

Ante dicha situación, y debido a la indicada –y predominante– *falta* de «cultura concursal⁵³» o, mejor dicho, el gran desconocimiento en materia de Derecho de la insolvencia en aquella época, hacía que los deudores vieran el régimen jurídico de la insolvencia con cierto temor y rechazo (debido al estigma social que producía la declaración judicial de concurso o de la quiebra).

A la hora de analizar lo que venía ocurriendo en la práctica forense, los empresarios, ante las situaciones de insolvencia evitaban acudir «diligentemente» en plazo (*rectius*: de forma «tempestiva»), a los procedimientos de insolvencia regulados –por la desconfianza y el temor que les generaban los mismos– e, intentaban, a «toda costa» y, hasta el último momento, agotar todas sus posibilidades y medios extraprocesales para intentar salvaguardar o conservar a la empresa.

⁵⁰ MAJADA, A., *Manual de concurso, suspensión de pagos y quiebra*, ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1975, p. 1 y ss.

⁵¹ *Ibidem*, p. 1 y ss.

⁵² Vid., GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma de convenio...», *op. cit.*, p. 1 y ss.

⁵³ Vid., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley Concursal», en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blach, Valencia, 2012, p. 660. El autor siempre venía defendiendo que: «la infrautilización del concurso de acreedores y el «fracaso» de la Ley Concursal de 2003, revelan que existe un problema de *concepción* del concurso, que probablemente, hunde sus raíces en un gravísimo problema cultural; de donde resulta que ni los deudores ni los acreedores encuentran suficientemente atractivo para la solución de la insolvencia el procedimiento legalmente establecido. Parece imprescindible un cambio de «cultura concursal» de todos los participantes (abogados, deudores, acreedores, economistas) que debe ser apoyado –cuando no propiciado– legislativamente». El autor también se pronuncia sobre la marcada infrautilización de los procedimientos de suspensión de pagos y quiebras de antaño, *vid.*, en el mismo trabajo, en la práctica núm. 659; *vid.*, también sobre la infrautilización del convenio concursal el trabajo de GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma de convenio...», *op. cit.*, p. 1 y ss.

En estos casos, los deudores optaban, en muchas ocasiones, por la vía del acuerdo amistoso de carácter extrajudicial con algunos de sus acreedores (remedios autocompositivos *extra muros* concurso⁵⁴) para intentar «paliar» la situación de insolvencia, sin tener en cuenta los peligros que podían derivarse ante un posterior proceso de declaración judicial de concurso o de quiebra, en el caso de que se mantuviese o, volviese a «brotar» el estado de insolvencia de la misma (*verbi gratia*: la retroacción de la quiebra y las acciones de reintegración de la masa).

Además, hay que decir que estos *acuerdos privados* extrajudiciales entre el deudor y algunos de sus acreedores (llevados a cabo a espaldas del proceso) desde siempre (también en época actual) están a disposición de todo deudor, sin necesidad de *impetrar* el auxilio del tribunal⁵⁵, aunque, como era sabido, dichos acuerdos solamente vinculaban a las partes que los suscribían (arts. 1255 y 1257.1 CC⁵⁶), a diferencia de lo que podía ocurrir con el convenio judicial dentro del proceso concursal o de la quiebra, que vinculaba y obligaba a la mayoría de los votos y del capital⁵⁷.

En estos casos, lo que realmente venía ocurriendo –en muchas ocasiones– es que, en lugar de salvar a la empresa, indirectamente *agravaban* el estado de insolvencia de la misma, no logrando su *remoción* y, asumiendo todas y cada una de las peligrosas consecuencias que podrían derivarse de dicha situación en un posterior escenario concursal.

⁵⁴ Vid., el alcance de los acuerdos extrajudiciales «puros» (la autocomposición de las crisis económicas de las empresas) en DE BROCA, G., y MAJADA, A., *Práctica procesal civil*, tomo II, procedimientos generales, ed. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 1769 y ss.; y, más recientemente, en la obra de PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, pp. 49 y ss

⁵⁵ Vid., DE BROCA, G., y MAJADA, A., *Práctica procesal civil...*, op. cit., pp. 1769-1778.

⁵⁶ En virtud de la libertad de las partes para pactar lo que tengan por conveniente y el denominado principio de relatividad de los contratos.

⁵⁷ RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores y quiebras: con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*, ed. Instituto Editorial Reus, tomo primero, Madrid, 1954, p. 79, (edición corregida y adicionada por José SAURA JUAN), concretamente vid., nota al pie de página núm. 5.

Debido, por tanto, a la gran insatisfacción que producía el Derecho concursal de la vieja normativa derogada (dicha normativa no se encontraba adaptada –era ineficaz e inadecuada– a la actualidad económica, social y, empresaria de la época⁵⁸), se hacía realmente necesaria una revisión y un perfeccionamiento de dicha disciplina a través de una reforma –a nuestro juicio global o integral– que actualizase dicha regulación, resolviendo (mejorando o innovando) todos los defectos que venían caracterizando al Derecho concursal anterior, pues, como demostró la práctica forense, la aplicación de dicha normativa resultaba, en muchas ocasiones, claramente ineficaz e insatisfactoria a la hora de alcanzar los fines perseguidos⁵⁹.

El legislador del año 2003 apostó con fuerza por la *unidad de sistema y de procedimiento*⁶⁰ –cuya falta, en la anterior legislación, venía siendo una de las principales críticas invocadas por la doctrina, debido, entre otras cosas, a la duplicidad de procedimientos concursales⁶¹– poniendo fin a la anacrónica situación en la que se encontraba nuestro «decimonónico» y «obsoleto» Derecho concursal⁶², al cual se le tildaba de disperso (regulado en diversos y numerosos cuerpos normativos) y arcaico (no acorde con la realidad y la necesidad social)⁶³.

⁵⁸ Vid., OLIVENCIA RUIZ, M., «El Derecho Concursal: modernas...», op. cit., p. 319.

⁵⁹ OLIVENCIA RUIZ, M., «Los principios de la reforma concursal», op. cit., p. 11; y del mismo autor, también vid., «El Derecho concursal: modernas...», op. cit., pp. 315 y 316; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «La situación caótica y “laberíntica”...», op. cit., p. 12.

⁶⁰ Vid., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La conversión de la fase...», op. cit., pp. 230 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo de apertura...», op. cit., p. 57; SENÉS MOTILLA, C., «La tramitación del procedimiento concursal», en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, núm. especial XVIII, 2004, pp. 559 y ss.

⁶¹ Vid., por todos a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «El estado de crisis económica» en *la reforma del derecho de quiebras: Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español*, ed., Civitas y Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1982, p. 155; y a OLIVENCIA RUIZ, M., «El Derecho concursal: modernas...», op. cit., pp. 315 y 316.

⁶² Vid., PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo de apertura...», op. cit., pp. 56-57.

⁶³ Vid., OLIVENCIA RUIZ, M., «El Derecho concursal: modernas...», op. cit., pp. 318-319.

Como es de sobra conocido, la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal derogó los viejos procedimientos de: quita y espera, concurso de acreedores, suspensión de pagos y la quiebra. La doctrina, en múltiples ocasiones, seguía manifestando sus críticas sobre la falta de regulación de soluciones preconcursales (acuerdos extrajudiciales puros *extra muros* llevados a cabo con su acreedores a espaldas del proceso jurisdiccional) para la composición de las situaciones de insolvencia al margen del proceso de declaración judicial de concurso⁶⁴; además, también era patente el descontento predominante en la doctrina, ante la inexistencia de un verdadero tratamiento *preventivo* de la insolvencia en dicho cuerpo normativo (ya que La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, *judicializaba* y *procesalizaba*, de forma absoluta y radical, la solución al problema de la insolvencia del deudor común⁶⁵). Como es sabido, en lo que respecta a la cuestión de los acuerdos –amistosos– de carácter extrajudicial *puros*⁶⁶, entre deudores y todos o algunos de sus acreedores⁶⁷ (normalmente suelen ser «determinados» acreedores: los acreedores profesionales o estratégicos), al amparo de los artículos 1255 y 1257.1º del Código Civil⁶⁸, éstos –desde siempre– han estado a disposición del

⁶⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La reforma del derecho concursal español», op. cit., pp. 96-97.

⁶⁵ Con respecto a esta marcada *judicialización* y *procesalización* del concurso de acreedores instaurado con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, *Vid.*, los trabajos de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La reforma del derecho concursal español», op. cit., pp. 107 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del artículo 5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva disposición adicional cuarta de la misma: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma Concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y 171. Según comentaba el autor, «en la Ley Concursal de 2003 se echaba de menos una regulación que permitiera prevenir la insolvencia o que la sacara del ámbito judicial, que tan paralizante puede parecer a veces»; CORDÓN MORENO, F., «Algunas cuestiones problemáticas del concurso de acreedores», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAH*, 2010, pp. 26 y ss.; y OLIVENCIA RUIZ, M., «Facultades del juez y voluntad de las partes...», op. cit., pp. 25 y ss.

⁶⁶ *Vid.*, sobre esta cuestión el trabajo de PULGAR EZQUERRA, J., «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», en *RdCyP*, núm. 5, 2006, pp. 25-64.

⁶⁷ PULGAR EZQUERRA, J., «Licitud y temporalidad», op. cit., p. 30.

⁶⁸ El artículo 1255 del CC predica que, «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público». Y, el artículo 1257.1 CC, prevé que: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derecho y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la

deudor que los quisiera/pudiera utilizar (con la finalidad esencial de remover el estado de insolvencia o, de preinsolvencia); aunque es cierto que la suscripción de este tipo de acuerdos se tornaba «peligrosa» en los casos que posteriormente se declarara el eventual concurso del deudor interviniente (dichos acuerdos no gozaban de protección alguna frente a un eventual concurso y, por tanto, podrían ser objeto de las «temidas» acciones rescisorias concursales —o de la temida *retroacción de la quiebra*⁶⁹ en el derecho anterior—, al haber producido un perjuicio a la masa⁷⁰); además, en este sentido, hay que apuntar que este tipo de acuerdos no vinculaban a la generalidad de los acreedores que pudiera tener el deudor, solamente vinculaban a las partes que los suscribían (*principio de la relatividad de los contratos*⁷¹); normalmente, los acreedores que han suscrito un convenio extrajudicial puro con un deudor (al margen de todo proceso), se han comprometido —a través de un pacto de *stand still* convencional⁷²— a no ejecutar sus posiciones acreedoras mientras se

Ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada».

⁶⁹ Para conocer mejor, en términos generales, la operatividad del instituto de la *retroacción* en el viejo proceso de declaración judicial de la quiebra son de obligada consulta los trabajos de CARRERAS LLANSANA, J., «Aspectos procesales de la retroacción de la quiebra», en *Escritos en homenaje al profesor PRIETO-CASTRO*, vol. I, ed. Nacional, 1979, pp. 59-87; YANES YANES, P., «Quiebra. Fijación de la fecha de retroacción», en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, núm. 8, 1985, pp. 2564-2570; SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1997; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *La fecha de la retroacción*, ed. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2001; y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El derecho transitorio concursal en materia de retroacción a la luz de lo regulado en la disposición adicional primera de la Ley Concursal», en *ADco*, núm. 8, 2006, pp. 201-219, donde el autor pone frente a frente el viejo sistema de retroacción y el nuevo sistema de reintegración introducido por la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, interpretando la disposición adicional primera de la misma Ley; TASIES BELETA, R., «Sobre la naturaleza jurídica del instituto de la retroacción en el proceso de quiebra», en *Diario La Ley*, núm. 5578, sección doctrina, 2 julio, año XXIII, Ref. D-176, p. 1466, tomo 5, La Ley 2212/2002.

⁷⁰ PULGAR EZQUERRA, J., «Licitud y temporalidad...», op. cit., p. 55.

⁷¹ *Vid.*, el artículo 1257.1º del Código Civil, donde se establece el principio de relatividad de los contratos «res inter alios»: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derecho y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley».

⁷² El pacto de *Stand Still* (de origen anglosajón), es un pacto o renuncia temporal —por parte de los sujetos intervinientes en el acuerdo de refinanciación o convenio extrajudicial (para remover la situación de insolvencia)— al ejercicio de acciones legales durante la negociación y ejecución del convenio. Puede ser pactado de mutuo acuerdo por las partes que tratan de firmar

negocia el acuerdo, para no mancillar o desmembrar el patrimonio del deudor⁷³, permitiendo a la concursada, seguir con su actividad para generar liquidez con la que poder ir cumpliendo con el convenio pactado.

Sin embargo, los acreedores no firmantes o disidentes del acuerdo, en virtud del *principio de la relatividad* de los contratos (1257.1 CC), no quedaban vinculados al mismo y, por ello, podían emprender cualquier tipo de acción judicial frente al patrimonio del deudor común en situación de insolvencia, a pesar de la existencia del acuerdo extrajudicial⁷⁴ –*verbigracia*: instar la acción de rescisión del acuerdo extrajudicial por causas de fraude (art. 1291.3 CC) o, incluso, instar cualquier acción ejecutiva tendente a la recuperación del crédito— debido a que la conclusión o la suscripción de un acuerdo extrajudicial no suspendía ni paralizaba las acciones ejecutivas individuales que pudieran instar los acreedores disidentes o no participantes del acuerdo, provocando, por tanto, un grave «desmembramiento» del patrimonio del deudor, y, por ende, haciendo muy difícil la materialización y ejecución del convenio extrajudicial.

Por otro lado, como ya es sabido, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, siguió la tendencia de no introducir ningún tipo de mecanismo extrajudicial *preventivo* del concurso –haciendo, por tanto, lo contrario que venían haciendo otros muchos Ordenamientos de Derecho comparado—,

dicho acuerdo o convenio o, también, puede ser un *stand still legal*, es decir, como dice PULGAR EZQUERRA, J., una especie de escudo protector regulado por ley, que prohíba inexorablemente el ejercicio de acciones legales a todos los acreedores participantes (también al propio al deudor, que no inste el concurso), mientras se está negociando el convenio; lo que ocurre con este tipo de pactos que se desprenden de la ley (*stand still legal*), es que sus efectos se extienden a todos los acreedores (también a los que no hayan participado –disidentes– o no estén de acuerdo con el contenido del convenio) Un ejemplo claro sería el *Schemes of arrangement* inglés., vid., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación...*, op. cit. pp. 216-217.

⁷³ En estos casos entran en juego, como es lógico, el importante principio general de la *buena fe* del artículo 7 del Código Civil y la *doctrina de los actos propios*; es decir, si determinados acreedores estuvieran dispuestos a sentarse y negociar un convenio extrajudicial con un deudor común, no sería lógico que los mismos estuvieran (al mismo tiempo) instando todo tipo de acciones legales frente al deudor en los tribunales de justicia para obtener, con ello, la tutela judicial, pues, realmente, en plena coherencia con *sus actos propios*, ya han optado, frente al deudor, por medios autocompositivos de resolución de dicho conflicto (*rectius*: negociación del convenio extrajudicial con el deudor).

⁷⁴ Cfr. MAJADA, A., *Manual de concurso, suspensión de pagos...*, op. cit., p. 3.

estableciendo una *judicialización* y una *procesalización* absoluta del tratamiento de la insolvencia a través de un *único* procedimiento de declaración judicial de concurso. La anterior afirmación es verdaderamente relevante y, contrasta con la existencia, en la anterior normativa de insolvencia (aquella que se venía calificando de caótica, insatisfactoria y dispersa), de varios *procedimientos preventivos* de la declaración judicial de concurso y de la declaración judicial de quiebra: i) el procedimiento de *quita y espera* –para el primero– y, ii) El procedimiento judicial de *suspensión de pagos* –para el segundo– (respectivamente).

Por todo ello, a pesar del arcaísmo, la dispersión y el caos predicable de la antigua regulación en materia de insolvencia, es de justicia recordar que, la misma –a diferencia de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, concursal–, contaba con dos procedimientos judiciales *preventivos* –quita y espera, y suspensión de pagos– que por su propia esencia y finalidad (preventiva), buscaban la «eliminación⁷⁵» de declaración judicial de concurso y de la quiebra, considerando a estos últimos (procesos jurisdiccionales) como un mal social⁷⁶.

⁷⁵ Utilizamos el termino «eliminación» en el sentido y con la finalidad que lo invocaba el profesor GUASP, que entendía que, tanto el procedimiento de quita y espera como el de la suspensión de pagos se destinaban a evitar la provocación del proceso concursal y la quiebra. En lo que no estamos de acuerdo es en la calificación que hace el profesor GUASP sobre los mismos, pues, entiende que son verdaderos procesos jurisdiccionales, exactamente los denomina proceso de «eliminación», vid. en GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal...*, op. cit. pp. 1252 y 1267-1272. En este sentido creemos que más bien estamos ante procedimientos judiciales (no jurisdiccionales) que pueden eliminar la posibilidad de tener que solicitar el proceso de concurso de acreedores o el de quiebra. Por lo tanto, hemos utilizado el termino «eliminación» en el sentido que lo invocaba HERCE QUEMADA, V., para dar a entender que cualquier proceso o disputa judicial es considerada «un mal social» (en sentido general), por ello, si se puede evitar entrar en los mismos utilizando procedimientos judiciales preventivos (no jurisdiccionales, como por ejemplo: la suspensión de pagos y la quieta y espera) consiguiendo una solución fuera de el verdadero proceso, mucho mejor; por todo ello, con la vigencia de los antiguos procedimientos judiciales (no jurisdiccionales) de quita y espera, y de suspensión de pagos se buscaba eliminar (prevenir) la posibilidad de tener que solicitar el concurso de acreedores o la quiebra (éstos si verdaderos procesos), *cfr.*, en *Derecho procesal...*, op. cit., pp. 188 y 196.

⁷⁶ MAJADA, A., *Manual de concurso, suspensión de pagos y quiebra...*, op. cit., p. 12.; HERCE QUEMANDA, V., en GÓMEZ DE ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, ed. Artes Graficas y Ediciones, S.A., 8ª edición, Madrid, 1979, p. 188. El autor afirma que: «el fundamento teórico del procedimiento de quita y espera y el del procedimiento de suspensión de pagos se encuentra en el mismo fin que persiguen ambas instituciones: la eliminación del proceso como un mal social». *Por todo ello pudiera justificarse la denominación «procedimientos de eliminación», porque si en dichos procedimientos preventivos se consigue llegar al*

Estos procedimientos judiciales (no jurisdiccionales) vigentes con la normativa anterior a la Ley Concursal, son, a nuestro juicio (salvando algunas diferencias), el claro antecedente del procedimiento judicial de «preconcurso» –de eminente finalidad preventiva– que actualmente regula el artículo 5 *bis* de la Ley Concursal⁷⁷.

En el sentido anterior, incluso, algún autor⁷⁸ entendía que tanto la quita y espera como la suspensión de pagos eran verdaderos procesos de cognición (en ningún caso de ejecución), entendiendo que se trataba de auténticos *procesos de eliminación*. Somos conscientes de que los resultados que se arrojaban de las tramitaciones de los procedimientos de quita y espera y de suspensión de pagos (actualmente derogados) no iban, muchas veces, en consonancia con la verdadera finalidad y esencia de dichos procedimientos, puesto que, aunque tenían una eminente finalidad *preventiva*, no siempre se conseguía prevenir, en

convenio y se sale del estado de insolvencia, se elimina la obligación de acudir al concurso o a la quiebra (la cursiva es nuestra).

⁷⁷El procedimiento judicial al cual denominamos «preconcurso» nació con la introducción del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, introducido por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, que posteriormente fue derogado por el artículo 5 bis, introducido por la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, posteriormente derogado artículo. Posteriormente dicho precepto ha sido sometido a constantes reformas, a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE, n.º 233, de 28 de septiembre de 2013; cuando todo parecía estar tranquilo, irrumpió el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, publicado en el BOE n.º 58, de 8 de marzo de 2014, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial (convalidado en la sesión plenaria del congreso de 20 de marzo de 2014, donde se acordó tramitar el mismo como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia, número de expediente: 130/000051), que se convirtió en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial, cuya entrada en vigor fue el 2 de octubre de 2014, BOE, n.º 238, de 1 de octubre de 2014, que volvió a reformar el artículo 5 bis de la Ley Concursal. El Real Decreto 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidado por la vía parlamentaria mediante Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Finalmente, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de marzo, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, publicado en el BOE n.º 58, de 28 de febrero de 2015, convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, publicado en el BOE n.º 180, de 29 de julio de 2015, no ha reformado el tenor literal del artículo 5 bis de la Ley Concursal, pero sí que ha reformado íntegramente los artículos 231 y ss de la Ley Concursal, en materia del acuerdo extrajudicial de pagos (AEP), que es una de las opciones (o vías) que el legislador ofrece al deudor insolvente una vez se ha acogido al «preconcurso».

⁷⁸ *Vid.*, GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, ed. Instituto de estudios políticos, Madrid, 1956, pp. 1252-1253.

modo alguno, la declaración judicial de concurso o, la propia declaración judicial de la quiebra; por ello, más bien, como apuntaban algunos autores parecía que nos enfrentábamos a lo que la doctrina denominaba impropia *procesos judiciales preliminares*⁷⁹ de los anteriores; es decir, parecía que, como ya, incluso, habían señalado otros autores, dichos procedimientos (tanto la quita y espera como la suspensión de pagos) formaban parte (o se consideraban fase previa) del proceso de declaración judicial de concurso o del propio proceso de declaración judicial de la quiebra⁸⁰, ya que los mismos se veían como la «antesala» o el «vestíbulo»⁸¹ de la declaración judicial de concurso o de la quiebra; es decir, que siguiendo los postulados de la tesis anterior, parecía que el *obligado* paso por estos procedimientos judiciales no evitaba ni prevenía la declaración del concurso o de la quiebra, sino que, más bien, de forma *preliminar*, daban paso – o nos introducían – a ambos procesos jurisdiccionales (concurso de acreedores y quiebra).

Ante esta situación, y siguiendo la anterior teoría, la doctrina⁸² no perdía la oportunidad de calificarlos – a nuestro juicio, entendemos, que de una forma más acorde y coherente a su finalidad – como estados *preliminares*, que podían

⁷⁹ GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI VIVANCO, J.M^a., y MIGUEL ROMERO, M., *Comentarios a la ley de suspensión de pagos de 14 de septiembre de 1922*, ed. Imprenta de Emilio Zapatero, 1932, Valladolid, p. 27., cuyos autores apuntaban que «la exposición de motivos del Código de Comercio vigente, resalta un marcado progreso y unas importantes modificaciones en el desarrollo del derecho comercial, entre las que destaca: el reconocer, de un manera clara y terminante, un estado preliminar (*rectius*: el procedimiento judicial de quita y espera y, el procedimiento de suspensión de pagos, el paréntesis es nuestro) al de quiebra, que corresponde a la situación en que se encuentra el comerciante que, sin gozar de toda su plenitud de su crédito, tampoco se haya en la triste situación de cesar por completo en el pago de sus obligaciones corrientes. El reconocimiento de este estado intermedio fue uno de los puntos uno de los puntos más controvertidos del derecho mercantil y cuya solución trae divididos a legisladores y escritores de Derecho. Según explicaban lo autores, en los jurisprudencias italianos, la quiebra consistía en la absoluta insolvencia, esto es cuando el pasivo supera al activo; y por lo mismo, la simple suspensión de pagos no produce aquel estado insolvencia de comerciante»; SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., «Del concurso de acreedores, (art. 1130 LEC)», en ALBÁCAR LÓPEZ (dir.), *Ley de Enjuiciamiento civil, doctrina y jurisprudencia*, ed. Trivium, Madrid, pp. 1036-1037. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del Derecho concursal español», en ROJO (dir.), *Reforma de la Legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 99.

⁸⁰ Vid., RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores...*, tomo primero, op. cit., p. 74.

⁸¹ *Ibidem*, p. 74.

⁸² Vid., RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores...*, tomo primero, op. cit., p. 74.

preceder⁸³ al proceso principal (*rectius*: el concurso de acreedores o, el proceso de declaración judicial de la quiebra), porque parecía que, realmente, iban encaminados a preparar los mismos o, incluso, formaban parte de los mismos (fase preliminar del proceso)⁸⁴. Por lo tanto, en definitiva, no estamos ante un *procedimiento preliminar* en sentido estricto, puesto que, dichos procedimientos, más bien respondían al esquema de los procedimientos judiciales (no jurisdiccionales) de corte preventivo, y autónomos de los verdaderos procesos (de concurso de acreedores y de la quiebra). A pesar de lo anterior, si podría ser admisible que la situación o el estado de *insolvencia provisional* –presupuesto objetivo de la quita y espera y de la suspensión de pagos–, pueda definirse, sin grandes pretensiones, como un paso o estado preliminar al del estado de *insolvencia definitiva*, clasificándose como tal, debido a dicha explicación, en los casos en los que esa insolvencia provisional devenga o se constituya definitiva⁸⁵.

Por otro lado, a pesar de que dichos procedimientos preventivos eran un beneficio del propio deudor solicitante, hay que decir que su puesta en marcha, también ofrecía beneficio a los acreedores, ya que, si salían adelante y se materializaba el convenio, se evitaban muchas de las «deplorables» consecuencias que llevaban consigo los procedimientos universales de concurso –*v. gr., el alto coste temporal económico el alto coste económico*–⁸⁶.

⁸³ HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1951, pp. 645 y ss.

⁸⁴ *Vid.*, RIVES Y MARTI F.P., *Concurso de acreedores...*, op. cit., pp. 74-75. El autor afirmaba que lo natural era que el deudor pasara primero por la «antesala» o el «vestíbulo» de la declaración judicial de concurso, que venía a ser: el procedimiento judicial de «quita y espera», para penetrar después en el concurso sin obstáculos ni vacilaciones. Dicho autor entendía que al concurso se acudía en los casos más extremos: i) cuando el deudor no puede aspirar al procedimiento de «quita y espera», ii) cuando la «quita y espera» haya sido denegada por los acreedores o, iii) cuando la «quita y espera» haya sido aceptada pero no se haya cumplido con el convenio (viejo art. 1155 CC). Concluye el autor, diciendo que si el deudor puede ventilar sus derechos en el más llano procedimiento de «quita y espera», no hay por qué recurrir al concurso; para llegar a lo extraordinario preciso es haber caminado antes por lo normal u ordinario.

⁸⁵ *Vid.*, a HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 645 y ss.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 74; también *cfr.*, a BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», en ROJO (dir.) *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Registradores de España, Madrid, 2002, pp. 323-336.

Como ya hemos adelantado, estos procedimientos, a nuestro juicio, tienen una clara finalidad *preventiva*, cuyo objeto principal consistía en la consecución de un convenio con los acreedores que permitiera la *continuación* de la empresa, la salida del estado de *insolvencia provisional* (o del estado de iliquidez temporal), y, por ende, la prevención de los procesos cuyo objeto o finalidad pudiera parar por la liquidación de la empresa (*v.gr.* el proceso de declaración judicial de concurso de acreedores y el proceso de declaración judicial de quiebra).

La existencia de este tipo de procedimientos preventivos, en la vieja normativa de quiebra, son el punto de partida del presente trabajo de investigación, ya que, la regulación de este tipo de procedimientos en aquella normativa (actualmente derogada), ha sido lo que verdaderamente nos ha animado a estudiar si, realmente, en la actualidad, dentro de la misma Ley Concursal, el contenido del «viejo» artículo 5.3 de la Ley Concursal⁸⁷ (actual artículo 5 *bis* de la Ley Concursal) alberga o no, un verdadero procedimiento judicial *preventivo* (alternativo) al concurso de acreedores.

2. Dos procedimientos distintos para alcanzar la misma finalidad: la prevención de la declaración judicial de concurso y de la quiebra.

A diferencia de la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en la anterior legislación sobre insolvencia – actualmente derogada – se regulaba el tratamiento de la insolvencia con la introducción de una pluralidad de procedimientos por razones objetivas⁸⁸, dependiendo de si las situaciones respondían a una grave insuficiencia patrimonial⁸⁹ (que casi siempre llevaba

⁸⁷ El nacimiento del procedimiento de precurso en nuestro sistema concursal vino de la mano del derogado artículo 5.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, introducido por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo

⁸⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el profesor Ángel ROJO», en ESPINA (coord.), *La reforma del derecho concursal y la eficiencia económica*, ed. Colegio General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, pp. 312 y ss.

⁸⁹ El viejo artículo 1913 del Código Civil regulaba el presupuesto objetivo del concurso de acreedores (para deudores no comerciantes); por otro lado el estado o presupuesto de la

aparejada la desaparición de la empresa) o, si, por el contrario, las dificultades se presentaban transitorias o provisionales⁹⁰ por iliquidez⁹¹ temporal (cuya solución normal vendría dada por la consecución de un convenio «preventivo» con los acreedores que permitiera la continuación de la empresa). Por otro lado, y dentro del ámbito subjetivo de la antigua normativa concursal, también se diferenciaban, claramente, dos tipos de procedimientos para dar tratamiento al fenómeno de la insolvencia, dependiendo de si se trataba de un deudor comerciante o de un no comerciante.

En primer lugar, para los casos más graves de *insuficiencia patrimonial* se regulaban: i) el proceso de declaración judicial de quiebra (deudor comerciante) y, ii) el concurso de acreedores (deudor no comerciante); por otro lado, para los casos en los que simplemente se manifestaran dificultades económicas transitorias o temporales (iliquidez temporal), se reservaba –dependiendo si se trataba de deudores comerciantes o no comerciantes– i) el procedimiento judicial de quita y espera (para los no comerciantes) o, ii) el procedimiento judicial de suspensión de pagos (para los comerciantes), cuyos procedimientos tenían como objeto *evitar* la declaración judicial del concurso y de la quiebra.

Después de la anterior precisión –como ya se había afirmado por la doctrina⁹²–, hay que apuntar que ambos procedimientos estaban reservados para «determinados deudores», concretamente, para los deudores que fueran *solventes*; es decir, que, efectivamente, contaran con un activo igual o superior al pasivo exigible, en cuyo activo hubiera bienes y derechos suficientes para afrontar el pago de las deudas existentes, pero que, por su naturaleza o

quiebra (para deudores comerciantes y sociedades mercantiles) se regulaba en el viejo artículo 874 del Código de Comercio de 1885.

⁹⁰ El viejo artículo 1912 del Código Civil regulaba el presupuesto objetivo del procedimiento de «quita y espera» mientras que el Código de Comercio de 1885, en sus artículos 870 y 871 regulaba el presupuesto objetivo del procedimiento de suspensión de pagos.

⁹¹ Cuando la insolvencia es provisional, esto es, cuando el activo es superior o igual al pasivo, parece que cabe hablar de situación de iliquidez patrimonial, como así expone PULGAR EZQUERRA, J., *El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español*, ed. Universidad de Almería, servicio de publicaciones, Almería, 2000, p. 105.

⁹² HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 188.

características se presentaban difíciles de liquidar —o cuya la liquidación se presentaba costosa—, de forma que se dificultaba, en gran medida, la obtención de liquidez suficiente para poder pagar a los acreedores⁹³ (identificándose, más bien, con la falta de liquidez transitoria⁹⁴).

También es necesario traer a colación el hecho de que, en muchas ocasiones, dichos procedimientos —sobre todo el procedimiento de suspensión de pagos— fueron utilizados, de forma indebida y abusiva, por los comerciantes de mala fe, que estando en auténtica situación de quiebra (verdaderas quiebras encubiertas), siempre optaban por utilizar, el *procedimiento judicial de suspensión de pagos* para conseguir eludir o atenuar los duros y graves efectos del proceso de declaración de quiebra (las ya conocidas corruptelas a las que se prestó el procedimiento de suspensión de pagos), falseando, incluso, los presupuestos exigidos para poderse acoger a los mismos, con el único fin de conseguir los beneficios que otorgaba la Ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos, que de alguna manera les dotaba de cierta *inmunidad* al no poder ser demandados una vez habían sido declarados *suspensos*⁹⁵. En los casos en los que no se cumplía con el convenio y la insolvencia tornaba a *definitiva*, cualquier acreedor podía pedir la resolución del mismo y la declaración de la *quiebra consecutiva*, siendo el juez de la suspensión de pagos el competente para

⁹³ Vid., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal civil, parte especial...*, op. cit., p. 197.

⁹⁴ Como decía PULGAR EZQUERRA, J., «En el Derecho concursal español anterior a la reforma, la delimitación del presupuesto objetivo de apertura de los institutos concursales ha constituido, como se sabe, uno de los temas más controvertidos en su concreción, no solo por la ambigüedad de nuestros textos legales en esta materia, sino también por el clima polémico de los dictámenes profesionales emitidos en torno a la conocida y célebre quiebra de la *Barcelona Traction Light and power, Co., Ltd.*», en «*El presupuesto de apertura...*», op. cit., p. 59. Con respecto a esta idea, entendemos que, claramente, era identificable con la *iliquidez patrimonial transitoria o temporal*, debido a que la insolvencia provisional en la suspensión de pagos, no requería que el pasivo fuera superior al activo real del deudor, sino que, más bien, dicha insolvencia provisional venía dada por la imposibilidad transitoria de poder cumplir puntualmente con las obligaciones exigibles en un determinado momento. Por ello, el hecho de que no se tuviera liquidez para afrontar los vencimientos de las obligaciones actuales, no significaba que se fuera insolvente definitivamente hablando, sino que, más bien, se contaba con bienes suficientes en el activo, pero que, por su dificultad a la hora de liquidarlos o, el alto coste de la liquidación de los mismos, dificultaba el pago puntual a los acreedores en un determinado momento (iliquidez temporal).

⁹⁵ GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI y MIGUEL, *Comentarios a la ley de suspensión de pagos de 14 de septiembre de 1922*, ed. Imprenta de Emilio Zapatero, sin fecha, Valladolid, p. 29

conocer de la misma (–viejo– art. 17 IV LSP). Ante estas situaciones de *insolventia definitiva*, se establecía la apertura y tramitación de la pieza de calificación de la suspensión de pagos (antiguos arts. 8 y 20 de la LSP), para depurar las posibles responsabilidades en las que hubiera podido incurrir el suspenso (art. 20 LSP)⁹⁶.

Por todo ello, otra de las críticas que la doctrina⁹⁷ ha venido invocando sobre la antigua regulación de la normativa concursal, ha sido la regulación de diversos procedimientos para regular una misma finalidad; es decir, en el ámbito de las situaciones de crisis transitoria no se sostenía la necesidad de regular dos procedimientos distintos para regular el ejercicio de la misma potestad (procedimiento de quita y espera/suspensión de pagos), al igual que ocurría para los casos más graves de *insuficiencia patrimonial*, donde también se regulaban dos procedimientos distintos para un mismo fin (el concurso y el proceso de quiebra); somos conscientes de que aquello, producía una enorme confusión (incluso a la hora de proceder a aplicar la normativa), por ello, se hacía necesaria la eliminación del «marcado» solapamiento, *rectius*: los ya conocidos desdoblamientos procedimentales existentes en la antigua normativa concursal⁹⁸.

Como es sabido, posteriormente el Derecho concursal anterior quedó derogado con la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, consiguió establecer un *procedimiento judicial único*, el «concurso de acreedores» para dar tratamiento jurisdiccional a las situaciones de insolventia del «deudor común» –tanto de los deudores personas naturales como de los deudores personas jurídicas⁹⁹– con plena vigencia del principio de la *par conditio*

⁹⁶ Vid., en CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho procesal civil, parte especial...*, op. cit., p. 211.

⁹⁷ CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal civil, parte especial...*, op. cit., pp. 198-199; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el profesor Ángel ROJO», op. cit., p. 312.

⁹⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el profesor Ángel ROJO», op. cit., pp. 312 y ss.

⁹⁹ Vid., expositivo II de la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. Cfr., también a DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz...», op.,

*creditorum*¹⁰⁰; como podemos observar, se acaba, definitivamente, con la distinción que hacía la antigua normativa, entre el deudor comerciante y el no comerciante a la hora de dar tratamiento al estado de insolvencia. Es cierto que la existencia de dos procedimientos (la quita y espera y la suspensión de pagos *versus* el concurso de acreedores y la quiebra) para regular el ejercicio de la misma potestad no tenía mucha justificación, puesto que, según la doctrina generaba una situación *laberíntica y caótica* al regularse una duplicidad de procedimientos que, a pesar de ser distintos, perseguían el mismo objetivo¹⁰¹.

La situación que se planteaba anteriormente, con respecto a la existencia de dos procedimientos diversos por razones subjetivas (un procedimiento para el deudor civil no comerciante y otro para el deudor comerciante), choca frontalmente con lo que acontece en la actualidad con la normativa concursal vigente, pues, a estas alturas y de forma inexplicable, desde la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, el legislador concursal no ha optado por un decidido proceso concursal (diferenciado) adecuado e idóneo para dar un efectivo tratamiento a la insolvencia de los deudores persona física (claramente preteridos), siguiendo las tendencias ya consolidadas de otros ordenamientos como, por ejemplo, el americano, donde se sigue la *fresh start policy* o, también denominada cultura de la segunda oportunidad para el quebrado¹⁰²; en Estados Unidos, se tiene claro que hay que dar una segunda

ci., p. 153, donde nos dice que: «El Estado, a través del concurso, trata de obtener la paz jurídica atribuyendo a todos los acreedores el derecho a defender, en igualdad de condiciones (en un único procedimiento), la satisfacción de sus créditos, por mucho que se haya querido ver en este principio una cosa distinta a la que realmente debe ser, pues en eso consiste precisamente la *par conditio creditorum*».

¹⁰⁰ Con respecto a la vigencia de la *pars conditio creditorum* sobre la *vis attractiva* concursal, vid., PÉREZ DEL BLANCO, G., *Efectos procesales de la declaración de concurso: la vis attractiva concursal*, ed. Reus, Madrid, 2007, pp. 49 y ss.

¹⁰¹ Vid., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil, parte especial...*, op. cit., pp. 198-199.

¹⁰² Vid., los trabajos de la profesora CUENA CASAS, M., «Reformas de la Ley Concursal e insolvencia de las personas físicas. La persona física insolvente, de nuevo olvidada», en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 11, 2014, pp. 171-185; de la misma autora, es preciso consultar: «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», en *ADco*, núm. 31, 2014, pp. 123-159; «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, año, núm. 31, núm., 125, 2012, pp. 289-320.

oportunidad al quebrado persona física, puesto que se entiende que el hecho de haber pasado por dicha situación de quiebra, hace que dicha persona haya aprendido con dicha experiencia y, por lo tanto, a estas personas, se las debe dar la posibilidad y el impulso para *volver a empezar* en el tráfico, liberándole de las deudas que no pueda satisfacer (el déficit que no pueda cubrir por carecer (*rectius*: insuficiencia) de bienes y activos en su patrimonio personal) teniendo el activo, *rectius*: la experiencia, de haber pasado una situación de insolvencia. Por todo ello, el legislador español, guiándose de las medidas que se desprenden de la *Fresh Start Policy* norteamericana, ha tratado de abordar el problema, intentando introducir un verdadero régimen legal sobre segunda oportunidad en nuestro sistema concursal, mediante la promulgación del real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, que posteriormente fue convalidado por vía parlamentaria mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad¹⁰³, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. A pesar de tal propósito, en el tiempo que llevamos desde su aprobación dicha Ley, su aplicación ha puesto de manifiesto en la práctica forense que la segunda oportunidad para los deudores de buena fe¹⁰⁴ (persona natural insolvente) no es tal; ya que los fuertes requisitos o presupuesto que se exigen para puede acogerse a este beneficio de la *segunda oportunidad* hacen que muchos deudores no puedan cumplir con los mismos, y se queden a las puertas de esta bondadosa, pero inaccesible posibilidad. Según la redacción de norma, en la actualidad se puede afirmar que hay muchos deudores personas físicas que no cumplen los requisitos (por ejemplo el de la cuantía: superan los cinco

¹⁰³ Vid. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, BOE n.º 180, de 29 de julio de 2015.

¹⁰⁴ ESTEBAN RAMOS, L.M^a., «El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Especial referencia al requisito del previo acuerdo extrajudicial de pagos», en GARCÍA BARTOLOMÉ, D./PÉREZ DEL BLANCO, P./PACCHI, S. (dirs.), *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016, pp. 745-746; BASTANTE GRANELL, V., *El «deudor de buena fe» en la Ley de la Segunda Oportunidad*, ed. Comares, Granada, 2016, pp. 37 y ss.; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a., *La reestructuración de deudas en la Ley de Segunda oportunidad*, ed. Bosch, 2ª edición, Barcelona, 2015; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., *La segunda oportunidad*, ed. Lefevre-El Derecho, Madrid, 2015, pp. 81 y ss.; CERRATO GURI, E., «Incidencia de La Ley de la segunda oportunidad en las familias concursadas», en NEIRA PENA (Dir.), *Los desafíos de la justicia en la rea post crisis*, ed. Atelier, Barcelona, 2016, pp. 81 y ss.;

millones de euros de pasivo), quedando fuera del reciente régimen legal, no pudiéndose beneficiar de la posibilidad de obtener la exoneración de sus deudas¹⁰⁵. Como se puede observar el haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos se convierte en el requisito general (esencial) para obtener la exoneración de pasivo insatisfecho, pero si un deudor (art. 178 bis 3 LC); en el caso de que el deudor persona física cumpla los presupuestos del artículo 231 de la LC, pero cumpla el requisito de la cuantía, es decir, supere los cinco millones de euros de pasivo, tendría otra posibilidad de seguir optando por beneficiarse de la exoneración del pasivo insatisfecho, siempre y cuando, pagara el 25 por ciento del pasivo ordinario, cosa distinta a si, hubiera, al menos, intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, en cuyo caso, tendría que pagar los créditos privilegiados (préstamos hipotecarios) y los créditos contra la masa. Sin embargo, si el deudor no tuviera bienes y derechos suficientes para afrontar el pasivo insatisfecho, podrá acogerse al plan de pagos e intentar el acuerdo extrajudicial de pagos, junto con otros requisitos, si quiere seguir optando por beneficiarse de la exoneración de sus deudas¹⁰⁶.

Finalmente, otro de los problemas que vino poniendo de manifiesto la doctrina especializada sobre el Derecho concursal derogado, es la fuerte dispersión legislativa existente a la hora de regular los procedimientos de insolvencia, que dejaba entrever graves deficiencias que, en muchas ocasiones, hacía que dichos procedimientos fueran perfectamente ineficaces¹⁰⁷. La

¹⁰⁵ CUENA CASAS, M., «Segunda oportunidad, ¿Qué pasa si el deudor no puede intentar un acuerdo extrajudicial de pagos?» <http://hayderecho.com/2016/06/13/segunda-oportunidad-que-pasa-si-el-deudor-no-puede-intentar-un-acuerdo-extrajudicial/>, (consultado en julio 2016).

¹⁰⁶ CUENA CASAS, M. «Segunda oportunidad: ¿Qué pasa si el deudor no puede intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, <http://hayderecho.com/2016/06/13/segunda-oportunidad-que-pasa-si-el-deudor-no-puede-intentar-un-acuerdo-extrajudicial/> (consultado en julio 2016).

¹⁰⁷ Vid., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 213-214. El autor explica que las normas de aplicación del concurso de acreedores hay que buscarlas en la LEC (arts. 1130 y 1317) y en el CC (art. 1912) y, para la quiebra, también en la LEC (arts. 1318 a 1396), en el CCo de 1829, en cuanto no se opongan a los establecido en el CCo de 1885 y, en el CCo vigente de 1885 (arts. 870 y ss.). El Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 resolvía este escollo tendiendo a un solo procedimiento independientemente del carácter del deudor común (no se hacía distinción entre deudor comerciante y no comerciante).

aplicación de dicha normativa se presentaba, en ocasiones, compleja, puesto que había que recurrir a varios cuerpos normativos para poder aplicar con rigor; por ello, la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, fue un gran avance en materia concursal al ser una Ley que concentraba tanto las normas formales o adjetivas como las normas sustantivas aplicables a todo proceso concursal, aunque lo cierto es que se el legislador de 2003 dejó claramente al margen las herramientas preconcursales, por lo tanto las situaciones de insolvencia (ya fuera actual o inminente) siempre son tratadas dentro del proceso de declaración del concurso.

Capítulo 2º: El Procedimiento de quita y espera.

1. Orígenes históricos del procedimiento judicial de quita y espera

Se ha venido afirmando por algún comentarista¹⁰⁸, que las bases y los orígenes de la *quita y espera* hay que buscarlos en tiempos de la Monarquía absoluta, durante la Edad Media española¹⁰⁹, donde los reyes – debido a que su voluntad era fuente de derecho y del poder regio – concedían *cartas de perdón y moratoria* a los deudores frente a sus acreedores. En estos casos el monarca *interponía* su voluntad e intercedía entre acreedor y deudor para que, aquellos, perdonaran todo o parte de la deuda, o, incluso, aplazaran la misma, para que fuera pagada en un periodo de tiempo posterior (lejano en el tiempo)¹¹⁰

A diferencia de las *cartas de moratoria* – que se siguieron usando en la Edad Moderna –, las *cartas de perdón* dejaron de usarse con la aparición del Código de Las Partidas¹¹¹, pues, se creía que eran contrarias al Derecho natural, debido a que, tan peculiar facultad del Monarca, no dejaba de atentar contra los principios más básicos de Derecho privado. En lo que respecta a las *cartas de moratoria*, el Rey siguió otorgándolas, al menos, hasta que se estableció definitivamente una Monarquía constitucional, pero, posteriormente, en virtud del Real Decreto de 21 de marzo de 1834, se prohibieron por «chocar» con los buenos principios del derecho¹¹². Es cierto que en el Código de «Las Partidas»

¹⁰⁸ Vid. RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores...*, op. cit., pp. 77-79.

¹⁰⁹ Vid. RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores...*, op. cit., p. 77, donde el autor, a la hora de explicarnos los inicios y orígenes de la quita y espera, explicaba que, durante la Edad Media: «ocurrió muchas veces que al marchar el Monarca a las guerras y reunir sus mesnadas para caer sobre sus enemigos, los señores y capitales de la hueste, agobiados de deudas y sin recursos para pagarlas, le pidieran cartas de perdón y moratoria. Los Reyes dieron muchas de ellas; interponiendo su voluntad soberana entre acreedor y el deudor, perdonaban a éste todo o parte de la deuda o aplazaban su pago y lo remitían a una época lejana».

¹¹⁰ RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores...*, op. cit., p. 78.

¹¹¹ En concreto se regulaba su *prohibición de uso* dentro del Código de las Partidas en la ley 32, título 18, partida 3ª.

¹¹² RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores...*, op. cit., p. 78.

ya se encontraban sistematizados algunos de los principios básicos de la quiebra, en la Ley 35ª, en su título XVIII de la Partida 3ª, se preveía la facultad de poder dilatar el vencimiento de las obligaciones contraídas (la Ley ya permitía pactar moratorias temporales sobre las obligaciones exigibles¹¹³). Aunque es cierto que, un tiempo posterior a la promulgación del Código de Las Partidas, se empezó a introducir los primeros avances de lo que hoy se conoce como convenio preventivo extrajudicial, cuya técnica fue, para la fecha, demasiado avanzada, configurándose como el verdadero «arranque» de lo que sería el principio del procedimiento de suspensión de pagos actual¹¹⁴.

Posteriormente, la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 introdujo un caótico procedimiento que por primera vez se vino a denominar: «de quita y espera»; dicho procedimiento se consideraba, entonces, como una especie de *concurso voluntario*, aunque, a la hora de aplicarlo, más bien, vino dando pésimos resultados en la práctica forense, debido a que, en cada plaza y en cada territorio –a pesar de la vigencia de la propia Ley de Enjuiciamiento civil de 1855– tenían un distinto *proceder* a la hora de tramitarlo (lo que provocaba cierta inseguridad jurídica e indeterminada duración de dichos procedimientos)¹¹⁵. Finalmente, el procedimiento de quita y espera regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 fue perfeccionado y mejorado por el nuevo procedimiento de *quita y espera* introducido por la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil del año 1881, que ha permanecido vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

2. Nociones generales del procedimiento.

Como se puede comprobar, el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento de 1881, compartía, en cierto modo, el mismo fundamento que

¹¹³ LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, ed. J. Mª. Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 41, y toda la doctrina allí citada.

¹¹⁴ Vid. LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, ed. J. M. Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 43, y toda la doctrina allí citada.

¹¹⁵ RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concursos...*, op cit., p. 79.

las antiguas cartas de *perdón y moratoria* de la Edad Media y, también, con el viejo procedimiento de quita y espera regulado por la Ley de enjuiciamiento civil de 1855; la propia Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 concedía *sólo* a los acreedores – como dueños de los créditos frente a los deudores – la *facultad* de condonar (parcial o totalmente) las deudas y aplazar su cobro (*rectius*: otorgar una quita y una espera); esta facultad se mantuvo así hasta la entrada en vigor la Ley Concursal (también con la posterior Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que mantuvo su vigencia hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal). Por lo tanto, dicha *facultad* de otorgar o no, la quita y espera era, por antonomasia, de los acreedores implicados, pues eran ellos y no el deudor los que podían disponer de sus propios créditos, y, por ende, ellos mismos eran los que debían votar – bajo el principio de la mayoría – en la Junta de acreedores prevista en el procedimiento para confirmar o, denegar el acuerdo de quita y espera¹¹⁶ propuesto por el deudor no comerciante.

En vistas a la anterior explicación, es interesante apuntar, como ya lo hiciera el profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, que a pesar de la *facultad* de los acreedores de conceder o no la quita y espera (condonación total o parcial o, aplazamiento de la deuda¹¹⁷) – pues son los que votan la propuesta de quita y espera realizada por el deudor no comerciante –, la espera o, ambas a la vez, el propio deudor *no comerciante* cuyo activo fuese igual o mayor al pasivo exigible, también tenía el derecho a *pedir* judicialmente la *quita y la espera* de los créditos debidos a sus acreedores (elaborar un propuesta de quita y espera); en términos técnicos-procesales ese *derecho* del deudor, como así bien prescribía el Código Civil (art. 1912 CC), era un poder o facultad de *pedir* (no de obtener, al menos de forma automática) la quita y la espera a sus propios acreedores¹¹⁸. Por lo tanto, con la importancia que ello conllevaba, había que decir que dentro de la operatividad del procedimiento, entraban en juego y se superponían, en primer lugar, la facultad o el poder de los deudores (no

¹¹⁶ Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil, parte especial...*, op. cit., p. 198.

¹¹⁷ Vid., RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores...*, op. cit., p. 78.

¹¹⁸ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 198.

comerciantes) de *pedir* la quita y la espera de sus créditos en sede judicial antes de acudir a solicitar el propio concurso de acreedores (art. 1912 CC de 1889 y art. 1130 de la LEC de 1881)¹¹⁹ y, por otro lado, la *facultad* de los acreedores de *conceder* o no dicha quita y espera (solicitada por el deudor no comerciante).

La quita y espera, a nuestro juicio, se configuraba como un verdadero procedimiento judicial —que no proceso jurisdiccional—¹²⁰, reservado para los deudores *no* comerciantes que desde un punto de vista económico-financiero se encontraban con que su activo era superior o igual al pasivo¹²¹ (lo que la Ley

¹¹⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1894, vid., en ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *Legislación y jurisprudencia...*, op. cit., p. 48. «De acuerdo con el artículo 1130 de la LEC DE 1881, *todo deudor que no sea comerciante, antes de presentarse en concurso puede solicitar judicialmente la quita y la espera o cualquiera de las dos cosas (...)*».

¹²⁰ Con respecto a la naturaleza jurídica de este tipo de procedimientos judiciales, seguimos la tesis de HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 189., quien considera, entre otros, que la quita y espera no es un proceso jurisdiccional sino, más bien, un procedimiento judicial; el juez ante el procedimiento judicial de quita y espera no ejercita la potestad jurisdiccional en sentido estricto, por ello, hemos de afirmar que no estamos ante un genuino proceso.

¹²¹ Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal civil. Parte especial...*, op. cit., p. 198. El autor, a la hora de definir la situación o el estado fáctico del deudor ante el procedimiento judicial de quita y espera, la define como: «una *insolvencia patrimonial* (insolvencia provisional) que se concreta en la existencia de un activo real superior al pasivo exigible, pero con la aparición en el activo de bienes y derechos que por sus características son difíciles de liquidar o la liquidación se presta muy costosa, en forma tal que dificulta el pago a los acreedores» (lo que, a nuestro entender, se identifica como *iliquidez temporal*). Y no le faltaba razón al profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ que —siguiendo la tesis que entiende que para llegar al concepto de insolvencia hay que partir de la *incapacidad o imposibilidad* de pagar del deudor (ya sea por insuficiencia, inexistencia o, falta de liquidez temporal; lo que realmente importa es la imposibilidad de cumplir con las obligaciones en sus respectivos vencimientos), en vistas al alcance de la definición de la palabra *insolvente*— a la hora de abordar el presupuesto objetivo de los procesos concursales, ya visionaba lo que (años más tarde, con la promulgación de la Ley Concursal de 2003), sería el presupuesto objetivo de nuestro actual concurso de acreedores (el estado de insolvencia regulado en el artículo 2 de nuestra Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, actualmente vigente); es decir, según lo que se desprende de nuestro artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, es tan insolvente el deudor que tiene bienes insuficientes en el activo para afrontar los créditos (pasivo superior al activo real del deudor), como el que se encuentra en estado de *iliquidez* a medio, o a largo plazo (activo superior al pasivo) pero no puede ir pagando los créditos a sus respectivos vencimientos; en el procedimiento judicial de quita y espera de «*antaño*», la cuestión nuclear con respecto al requisito de procedibilidad o de admisibilidad, también radicaba en determinar si existía *imposibilidad de cumplir* de modo normal las obligaciones exigibles, ya fuera por *insuficiencia patrimonial* o, por *iliquidez temporal* y, a la postre, por falta de crédito. El estado de insolvencia patrimonial en nuestro actual proceso concursal engloba a las dos anteriores situaciones; y, así, creemos, que también pasaba en el viejo procedimiento de quita y espera. Para comprender exactamente en qué consiste el presupuesto objetivo del concurso de acreedores y todas las tesis que se han venido defendiendo desde el anteproyecto de reforma de la Ley Concursal de 1959, hay que tener muy en cuenta el clarificador trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Presupuesto objetivo» (art. 2)

denominaba de forma impropia como: «insolvencia provisional» o transitoria¹²² – al menos en el viejo procedimiento de suspensión de pagos –, que, en cierto modo, podría identificarse con la denominada *iliquidez* temporal¹²³); la anterior *situación de hecho* descrita, era lo que se venía denominando, entonces, como *insolvencia provisional*; en este sentido anterior, entendemos que esta denominación –de insolvencia provisional– no era un concepto técnico muy acertado¹²⁴, puesto que, si un deudor contaba con un activo igual o superior al pasivo (es decir, cuenta con bienes suficientes para afrontar el pasivo, aunque carezca de liquidez a corto y medio plazo) no se le podría tachar de *insolvente*, sino que, más bien, sería como bien afirmaba algún autor¹²⁵, un deudor

en ROJO-BELTRÁN, *Comentario a la Ley Concursal*, ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 164-193. Como bien apunta el profesor ROJO, «el incumplimiento y la insolvencia están íntimamente unidos. «Incumple las obligaciones quien es insolvente. Pero puede existir incumplimiento sin estado de insolvencia. En todo caso, no es insolvente quien incumple una o varias obligaciones. El incumplimiento es un hecho jurídico que puede tener como causa un estado de insolvencia (actual) u obedecer a causas muy distintas (...). El incumplimiento genera la insatisfacción del acreedor, pero el mero hecho de incumplir no significa que el deudor no pueda incumplir: la causa del incumplimiento puede ser múltiple (...); el incumplimiento por causa de insolvencia –esto es, por la imposibilidad de cumplir regularmente– se distingue, pues, de las demás clases de incumplimiento».

¹²² PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 126. El autor dice que la propia Ley de Suspensión de pagos de 1922 calificaba a dicha situación de insolvencia provisional (deudor solvente, pero sin liquidez para cumplir con sus obligaciones exigibles en ese preciso momento) a la hora de definir el presupuesto objetivo del procedimiento judicial de quita y espera. El autor utilizaba (equiparaba) para el procedimiento de quita y espera el presupuesto objetivo del procedimiento de suspensión de pagos; es decir, cuando se daba la situación en la que un deudor contaba con un activo igual o superior al pasivo, pero presentaba en su balance bienes cuya liquidación se convertía en tarea harto dificultosa –al menos a corto plazo–, se obstaculizaba, así, la obtención de liquidez con la que poder pagar los créditos a sus respectivos vencimientos y, por tanto, decía que dicho deudor encontraba en una especie de *insolvencia provisional*.

¹²³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y su reforma», en *ADC*, vol. 33, núm. I, 1980, p. 79 y ss.

¹²⁴ Con respecto al concepto de *insolvencia provisional*, estamos totalmente de acuerdo con la opinión del profesor GARRIGUES, ya que como afirmaba dicho autor, es bastante desafortunado a la hora de introducirlo en los antiguos procedimientos de quita y espera y de suspensión de pagos. Realmente no se alcanza a entender como se puede afirmar que un deudor sea insolvente, por contar con un activo igual o superior al pasivo, pero no cuente con liquidez suficiente –a corto o medio plazo– para afrontar las obligaciones a sus respectivos vencimientos. No se entiende el alcance de insolvencia provisional cuando en realidad se estaba hablando de *iliquidez temporal*. Vid., GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, ed., Madrid, 1974, pp. 129-139.

¹²⁵ HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 188., el autor, a nuestro juicio, advierte que el requisito indispensable (de admisibilidad) para el procedimiento de quita

«solvente» –al contar con un activo igual o superior al pasivo, pero que no puede obtener liquidez rápidamente para ir cumpliendo con sus obligaciones en sus respectivos vencimientos– pero, en contra de la anterior afirmación y, siguiendo la tesis que identifica a la insolvencia como la *imposibilidad de cumplir*¹²⁶, el deudor no comerciante que se quería acoger al procedimiento de quita y espera era un deudor en estado de «insolvencia provisional» puesto que, aunque presentase una situación jurídico-financiera cuyo activo fuera igual o superior al pasivo total, no podía cumplir regularmente con todas sus obligaciones exigibles por falta de liquidez para afrontar los vencimientos y, como dice ROJO¹²⁷, «no solo son insolventes lo que no tienen bienes para afrontar el pasivo, sino que, también, lo serán los deudores que cuenten con bienes suficientes en su activo, pero no tu vieran o pudieran obtener liquidez a corto y medio plazo.

y espera es la «solvencia». Creemos que hacía tal afirmación por entender que la situación patrimonial de *hecho* que se presentaba (como presupuesto objetivo) en el procedimiento de quita y espera, consistía en que el activo era igual o mayor que el pasivo real, es decir, el deudor no comerciante que estuviera en esta situación de hecho, tenía bienes suficientes en su activo (iguales o superiores a lo que debían), pero que por sus características o naturaleza eran difíciles de liquidar o, su liquidación se tornaba –harto– costosa, ocasionando grandes dificultades al deudor a la hora de pagar a los acreedores por falta de liquidez (esta era la definición que defendía el profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, a la hora de definir, de algún modo, la insolvencia provisional, cuando hablaba del presupuesto objetivo del procedimiento judicial de quita y espera, (*vid.*, en su *Derecho procesal civil especial con GIMENO SENDRA Y MORENO CATENA* (autores)..., op. cit., p. 197 la nota al pie núm. 41); a nuestro juicio, en estos casos, más bien, la situación respondía o se identificaba con un episodio de iliquidez provisional, transitoria o temporal del deudor, como así se predicaba del procedimiento de suspensión de pagos que, también entraba dentro de la tesis de la *imposibilidad de cumplir* del deudor concursado, por lo tanto, también, a estos efectos se englobaría la iliquidez temporal o provisional dentro del concepto de insolvencia provisional.

¹²⁶ Vid., a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Presupuesto objetivo...», op. cit., p. 170. Que, como bien apunta el autor, por regla general, el deudor que tiene no es insolvente; por eso, choca el concepto de *insolvencia provisional* que se introdujo en el antiguo procedimiento de quita y espera y, en el procedimiento de suspensión de pagos; si un deudor contaba con un activo igual o superior al pasivo, en puridad, no se podía decir que dicho deudor fuera «insolvente». Pero, además, para el caso de que se aceptara, ¿se puede considerar insolvente provisional a un deudor que paga sus deudas un poco más tarde (a los 15 días), por el hecho de haber conseguido, a posteriori, la liquidez suficiente para afrontar el pago de las deudas debidas?; por todo ello, el presupuesto objetivo de insolvencia y, más en concreto el de *insolvencia provisional*, es uno de los temas que más de cabeza ha traído a la doctrina, debido a su ambigüedad. En definitiva

¹²⁷ Vid., a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Presupuesto objetivo...», op. cit., p. 171.

Por ello, en estos casos, dicha situación debía equipararse a la iliquidez a medio o largo plazo, que, según la Ley se la trataba como se una situación de *insolvencia patrimonial*, puesto que, lo que realmente hay que determinar para poder afirmarlo, es la propia *imposibilidad de poder cumplir regularmente con las obligaciones*, y de un modo normal; de qué vale tener bienes suficientes en el activo si no se los puede liquidar *rápidamente* para obtener la liquidez necesaria con la que poder afrontar el pago de las obligaciones exigibles *ex profeso* (esta segunda posibilidad queda encuadrada dentro del término *insolvencia patrimonial*, ya que, al no disponer de liquidez para pagar los créditos a sus respectivos vencimientos, se pone de manifiesto una verdadera incapacidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles del propio deudor¹²⁸).

Quizá la afirmación anterior se entienda mejor al exponer lo que explicaremos más adelante sobre el procedimiento judicial de suspensión de pagos (al ser éste un procedimiento muy parecido al de quita y espera, de análoga naturaleza jurídica¹²⁹), en el que de la propia Ley de 1922, se centraba en la concepción patrimonial de la insolvencia: que podía ser *provisional* (cuando el activo es igual o superior al pasivo, pero no hay liquidez para afrontar los créditos a sus respectivos vencimientos) o, *definitiva*, cuando el pasivo es superior al activo real y, se había cesado en el pago de todas las obligaciones corrientes del mismo (viejo art. 1913 CC de 1889); en este caso si el pasivo era más alto que su activo real y, además, hubiera cesado en el pago de sus obligaciones corrientes¹³⁰, claramente nos encontraríamos ante una *insolvencia definitiva*¹³¹ y, por tanto, debería tramitarse por distinto proceso

¹²⁸ Vid., ROJO RÍO-FERNÁNDEZ, A., «Presupuesto objetivo...», op. cit., p. 170.

¹²⁹ La naturaleza jurídica de ambos procedimientos judiciales hay que buscarla en los dominios de la denominada *jurisdicción voluntaria* en sede judicial, además, las finalidades de ambos procedimientos viene a ser la prevención del concurso de acreedores y del proceso de quiebra (son procedimientos de corte preventivo).

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1994 (RJ 1994,8370); vid., en ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *Legislación y jurisprudencia concursales*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 1997, p. 20.

¹³¹ Entendemos que la insolvencia provisional pasaba a definitiva (más bien estos eran los términos que se utilizaba para suspensión de pagos de 1922: insolvencia provisional *versus* definitiva), cuando el deudor tenía un pasivo superior al activo real y, cesaba (de forma

jurisdiccional: por los cauces del proceso de declaración de *concurso de acreedores* (art. 1913 CC de 1889)¹³².

El deudor, al incoar el procedimiento de quita y espera, pretendía conseguir un *beneficio* para resolver su situación de *insolvencia patrimonial transitoria*; concretamente, lo que se pretendía conseguir era firmar un convenio —preventivo¹³³— con los acreedores que, principalmente *evitara* el proceso de declaración judicial de concurso, es decir, el acudir a este procedimiento judicial de quita y espera «protegía¹³⁴», de alguna manera, al deudor en estado de *insolvencia provisional*, puesto que, la admisión a trámite de su solicitud de quita y espera, hacía que quedaran suspendidas (por un plazo de dos meses) las ejecuciones pendientes contra el deudor (arts. 1135 y 1136 de la LEC de 1881). Por tanto, la «mera solicitud» de quita y espera *evitaba*, de algún modo, que su patrimonio fuera «descuartizado» o «desmembrado» por las temidas

generalizada) en los pagos de todas sus obligaciones exigibles; en estos casos ya no se puede acudir a la quita y espera o, a la suspensión de pagos, en todo caso, habrá que acudir al concurso o a la quiebra (art. 1913).

¹³² Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1897, también STS de 28 de febrero del año 1905. *Vid.*, en ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *Legislación y jurisprudencia...*, op. cit., p. 20.

¹³³ GARCÍA VILLAVERDE, R., «Convenio de la quiebra (Derecho Mercantil)», *Enciclopedia jurídica Básica*, Madrid, 1995, pp. 1692 y ss.

¹³⁴ En este caso, hablamos de protección (no entrando en las ya conocidas corruptelas que pudieran haberse dado en dichos procedimientos), ya que, en el caso de conseguir el beneficio judicial de la quita y espera otorgada por sus acreedores, el deudor consigue con la solicitud, una suspensión de las ejecuciones pendientes frente a su patrimonio (no se acumulaban al procedimiento judicial de quita y espera), siempre y cuando, éstas se encontrasen en la vía de apremio antes de que se hubiera procedido a la venta de los bienes del deudor (1135 LEC de 1881). A pesar de todo lo anterior, se debe recordar que la propia Ley recogía un excepción a la regla general recogida en el precepto anterior; es decir, cuando se trataba de despachos de ejecución sobre bienes especialmente hipotecados no se podía suspender dicha ejecución al amparo del precepto anterior (art. 1136 de la LEC de 1881). Finalmente decir que la suspensión no se otorgaba *sine die*, sino que eraalzada al transcurrir dos meses sin que se hubiera otorgado la quita, la espera o, ambas, o cuando hubiera sido denegada. Sobre esta cuestión, véase la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1898 en ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *Legislación y jurisprudencia...*, op. cit., p. 50. Que, resumiendo, viene a declarar que los artículos 1135 y 1136 de la LEC de 1881, producen los mismos efectos que el artículo 934 con la propia solicitud judicial de suspensión de pagos. Según expone PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «el deudor acogido al procedimiento judicial de quita y espera consigue, además de la anterior suspensión de las ejecuciones pendientes, evitar la «incapacitación (inhabilitación) para la administración de bienes», como primer efecto del concurso, y todos los ulteriores, como la posible liquidación del activo dentro del proceso concursal», *vid.*, en su trabajo, *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 126.

ejecuciones singulares instadas por los acreedores o, incluso, que fuera objeto de la «mal llamada» *ejecución universal o general*¹³⁵ a través del viejo proceso de declaración judicial de concurso de acreedores¹³⁶.

3. Naturaleza jurídica del procedimiento de quita y espera

Como es conocido, la búsqueda de la verdadera naturaleza jurídica de los procedimientos judiciales es un trabajo que debe hacer todo procesalista para poder determinar de dónde procede, realmente, un determinado

¹³⁵ Somos contrarios a entender que, tanto el viejo proceso de declaración judicial de concurso (regulado en los antiguos artículos 1156 y ss LEC, de 1881) como el proceso de declaración judicial de quiebra (regulado en los artículos 1323 y ss LEC, de 1881), al igual que el vigente y actual proceso concursal (regulado Ley 22/2003, de 9 julio, concursal) vengán siendo considerados —por una parte de la doctrina— *procesos de ejecución universal o general*, pues, como siempre ha venido sosteniendo el profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, dicha calificación «fue el resultado de un deficiente análisis de nuestra legislación (...)». Esa actividad llevada a cabo por el juez a la hora de declarar judicialmente el concurso —mediante el auto de declaración judicial de concurso— (...) «no es, ni era en la legislación derogada, actividad ejecutiva alguna, es actividad jurisdiccional, de muy variado signo, que debe llevar a cabo el órgano judicial para que la creación de la situación jurídica del concursado no quede ineficaz». *Vid.*, en sus importantes trabajos, «Aproximación al proceso de declaración judicial de quiebra», op. cit., p. 469 y ss.; «Juzgados de lo Mercantil...», op. cit., 87 y ss.; «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», op. cit., p. 21.; En *contra* a la tesis del profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ, se situaba otra parte de la doctrina que ya entendían que, el antiguo proceso de quiebra y el actual proceso concursal (introducido por la Ley Concursal de 2003) son, en puridad, procesos de ejecución universal, *vid.*, por todos a FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., «Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso», en *La nueva Ley Concursal*, ed. CGPJ Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, 2004, p. 23; CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, ed. Aranzadi Thomsom-Reuters, 3ª edición Cizur Menor, 2012; del mismo autor, «Los aspectos procesales del concurso» en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR (dirs.), *Derecho Concursal*, ed. Dilex, S.L., Madrid, 2003, pp. 578-582. en la doctrina clásica *vid.*, a GUASP, J., *Manual de Derecho procesal civil*, 1956; DE LA PLAZA, *Manual de derecho procesal civil*, vol. II, 1955, pp. 600 y ss., sobre esta línea también se ha manifestado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que en su sentencia de 8 de febrero de 1988, La Ley 1988-2, 747 (10142-R) afirmaba que: «el concurso de acreedores es un procedimiento de ejecución colectiva o general, y el autor declarando el estado de concurso es el título ejecutivo que se necesita en todo procedimiento de esa naturaleza».

¹³⁶ En este sentido, como ya hemos adelantado en la nota al pie anterior, seguimos la tesis del profesor CORTÉS DOMINGUEZ puesto que entendemos que el viejo proceso de declaración judicial de concurso de «antaño», regulado en la vieja LEC de 1881, entre otros: en los artículos 1158, 875 del CCo y 1913 del CC, no consistía, en modo alguno, de actividad ejecutiva por parte del juzgador, sino que, más bien se trataba de un proceso jurisdiccional de declaración (el juez que declaraba el concurso o la quiebra venía realizando una verdadera función jurisdiccional: *rectius*: enjuiciaba y llevaba a cabo lo juzgado, en virtud del artículo 117.3 CE), al igual que lo hace en el actual proceso concursal instaurado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. En ningún caso el juez acomete actividad ejecutiva alguna sobre el patrimonio del deudor. *Vid.*, todos los trabajos citados en la nota al pie de página anterior.

procedimiento judicial. Dicha labor jurídica es bastante relevante –en todas las disciplinas jurídicas– en el ámbito del Derecho procesal, puesto que, en realidad, tiene una clara trascendencia práctica, sobre todo, porque, el saber a qué familia jurídica (dentro de la disciplina procedimental o procesal) pertenece tal procedimiento, nos ayudaría a esclarecer la normativa aplicable al mismo (de forma subsidiaria) en caso de enfrentarnos a posibles lagunas en su ámbito de aplicación (en la práctica forense). A continuación, trataremos de descifrar la verdadera naturaleza jurídica del «viejo» *procedimiento judicial de quita y espera* (arts. 1912 CC de 1889 y 1130 LEC de 1881).

3.1. La quita y espera como procedimiento judicial

En primer lugar, hay que afirmar, como ya hemos adelantado, que no nos encontrábamos ante un verdadero proceso jurisdiccional, sino que, más bien, nos encontrábamos, en esencia, ante un procedimiento judicial por intervenir en él un juez competente que, aunque no ejerce potestad jurisdiccional alguna (no interviene de forma funcional), interviene de forma orgánica, simplemente aprobando el convenio de quita y espera; por todo ello, no cabe que podamos hablar de proceso jurisdiccional *stricto sensu*.

Aunque es cierto que –como ya afirmara GÓMEZ-ORBANEJA– «el termino proceso y el término procedimiento se podían llegar a utilizar de forma indistinta, al ser ambos conceptos equivalentes; y, desde un punto de vista gramatical, el primero deriva necesariamente del segundo, puesto que el proceso es un proceder, un procedimiento judicial, pero desde el punto de vista de la teoría general de proceso, es conveniente delimitarlos¹³⁷».

En vistas a la anterior afirmación, difícilmente se pueda sostener la gran idea que tuvo el profesor GUASP a la hora de calificar a la quita y espera como si de un *proceso de cognición especial* se tratara y, al que, desde un punto de vista

¹³⁷ Vid., GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 15.

procesal, lo definía como *proceso de eliminación*¹³⁸ (en este caso porque entiende que a través de un proceso dicho proceso se puede eliminar el proceso de declaración judicial del concurso de acreedores).

Pero la anterior tesis del profesor GUASP¹³⁹, no se podía tener como válida, puesto que, la quita y espera no era un verdadero proceso jurisdiccional, sino que, más bien estábamos ante un procedimiento judicial cuya naturaleza pertenece a la jurisdicción voluntaria y, cuya principal finalidad es la preventiva (la prevención del proceso de declaración judicial concurso)¹⁴⁰.

Siguiendo los argumentos de MONTERO AROCA, era difícil entender al procedimiento de quita y espera como si de un *proceso de eliminación* se tratara; en primer lugar porque no era, en ningún caso, un proceso jurisdiccional de cognición especial¹⁴¹, como afirmaba GUASP, ya que no se ejercita pretensión alguna por parte del deudor (no comerciante) que solicitaba judicialmente la quita y la espera; por otro lado, tampoco se daba contenciosidad en dicho procedimiento (inexistencia de contienda) y, tampoco, se ejercía potestad jurisdiccional por parte del juez que conocía del procedimiento, que solo se limitaba a aprobar o denegar el acuerdo propuesto por las partes intervinientes. Por tanto, según los argumentos que hemos aducido anteriormente, entendemos que no se podía calificar a la quita y espera como un *proceso de eliminación*.

3.2. Deslinde del procedimiento de quita y espera respecto de determinadas instituciones procesales.

3.2.1. La quita y espera como institución prejudicial.

¹³⁸ GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 1252-1253.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 1252-1253,

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A./RIFA SOLER, J.M^a./VALLS GAMBAU, J.F., *Derecho procesal práctico*, tomo IX, ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 177; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., (dir./coord.) Y OTROS, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Forum, Oviedo, p. 956.

¹⁴¹ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., (dir./coord.), AA. VV., *Ley de Enjuiciamiento*

Es cierto que se podría pensar que el procedimiento judicial de quita y espera se pudiera asemejar –con ciertas diferencias– a los *procedimientos prejudiciales*¹⁴² –que como afirmaba ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO son una especie de proceso *preliminar*¹⁴³– pero, después de analizar correctamente la verdadera finalidad del procedimiento de quita y espera –claramente preventiva– y su condición de procedimiento judicial (que no proceso jurisdiccional), hay que concluir que dicho procedimiento no podía entenderse como un procedimiento *prejudicial*. En el ámbito del Derecho concursal anterior, un claro ejemplo de procesos prejudiciales que se regulaban en la antigua normativa y, podían considerarse como tal eran: i) el proceso de calificación civil del concurso (*ex* viejo art. 1300 LEC de 1881) o, ii) el proceso de calificación civil de la quiebra (*ex* viejo art. 1386 LEC de 1881), respecto del proceso penal subsiguiente (la calificación penal del concurso de acreedores y de la propia quiebra)¹⁴⁴.

¹⁴² *Vid.*, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general...*, op cit, pp 485 y 458, también, *vid.*, en dicho trabajo las notas al pie núm. 151 y 23.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 485. El mismo autor habla en páginas posteriores (*vid.*, p. 492), de la calificación que hace de los *procesos prejudiciales penales* (*verbi gratia* afirma que: «teniendo en cuenta la finalidad esencialmente preparatoria de la instrucción (penal), no vacilamos en considerarla como proceso preliminar cuyo objeto estribaría no tanto en pronunciar acerca del fundamento de la *notitia criminis*, que no pasa de ser presupuesto del proceso penal en general y de la fase instructoria en particular, como en decidir si conforme a los elementos de convicción reunidos (tanto reales como personales), ha lugar o no a la apertura del debate final, es decir, del proceso de fondo en estricto sentido».

¹⁴⁴ *Vid.*, COMELLAS SALMERÓN, M., «Aspectos penales de la quiebra», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm., 1, 1975, pp. 56 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES, J.L., *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*, ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1974, pp. 222 y ss. Donde el autor aborda, dentro del marco de la prejudicialidad, la necesaria e indispensable calificación civil de la quiebra como *condición de procedibilidad o punibilidad* para poder perseguir y penar al quebrado por los delitos de quiebra culpable y fraudulenta; en este sentido, sobre el requisito de procedibilidad para poder incoar la vía penal, también *vid.*, los profundos trabajos de FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Crisis económica y concurso punibles», *Revista Jurídica La Ley*, 19 de mayo de 2009, pp. 2 y ss.; y, del mismo autor «Proyección presente y futura del concurso fraudulento en el Derecho penal español (art. 260 CP), en ARIZA-GALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 89-93. Con carácter general, respecto al carácter vicario de los efectos de la vieja responsabilidad concursal –como así la concebía el Código de Comercio de 1829– en relación con el ulterior enjuiciamiento criminal (art. 1144), del Código de Comercio de 1829, también, *vid.*, el trabajo de GARCÍA-CRUCES, J.A., «Sentencia de calificación» (art. 172), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Civitas-Thomson, Madrid, 2004, pp. 2574-2575; y del mismo autor, «El problema de la represión de la conducta del deudor», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 250.

En los anteriores ejemplos de procedimientos *prejudiciales*, la condena de la sentencia de calificación civil del concurso o de la quiebra, se configuraba como un *presupuesto o condición de procedibilidad*¹⁴⁵ para poder acudir e incoar la vía jurisdiccional penal, donde se acudiría a depurar las posibles responsabilidades penales en las que pudiera haber incurrido el deudor concursado, volviendo a enjuiciar –de nuevo– la conducta del quebrado o concursado por si pudiera tener relevancia penal¹⁴⁶; pero debemos tener en cuenta de que la tramitación y resolución de los procedimientos judiciales de quita y espera no eran, en modo alguno, *requisito previo de procedibilidad* para poder incoar el proceso de declaración judicial de concurso, puesto que, solicitar judicialmente la quita y espera (de sus acreedores) ante el juzgado competente, era un poder o facultad¹⁴⁷ del propio deudor *no comerciante* (único *legitimado* para instar voluntariamente el procedimiento judicial de quita y espera), ya que, en ningún caso, la quita y espera era un procedimiento «previo» –de obligado paso– antes de solicitar la declaración judicial de concurso, sino que, era una facultad o poder del propio deudor común (el deudor era libre de ejercitar, o no, su facultad de *pedir* judicialmente la quita y espera antes de acudir al antiguo proceso concursal y, frente a dicha *facultad*, los acreedores no podían hacer nada por evitar la solicitud de quita y espera del deudor no comerciante¹⁴⁸).

¹⁴⁵ Vid., COMELLAS SALMERÓN, M., «Aspectos penales...», op. cit., pp. 56 y ss. GARCÍA-CRUCES, J. A., «El problema de la represión...», op. cit., p. 250; GONZÁLEZ MONTES, J.L., *La calificación civil de la quiebra...*, op. cit., p. 155; también, *vid.*, entre otras, las Sentencias de Tribunal Supremo de 13 de junio de 1959, 3 de marzo de 1967, 13 de noviembre de 1967, y 29 de marzo de 1968, citadas por el mismo autor, p. 158. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Crisis económica y ...», op. cit., pp. 2 y ss. y, del mismo autor, «Proyecciones presentes y futuras...», op. cit., pp. 89-93.

¹⁴⁶ ALCOVER GARAU, G., «Introducción al régimen de la calificación concursal», en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR (dirs.), *Derecho Concursal*, ed. Edilex, S.L., Madrid, 2003, p. 488.

¹⁴⁷ Vid., a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal civil especial*, op. cit., p. 198.

¹⁴⁸ *Ibidem.*, p. 198. El autor concreta los efectos que se producen al ejercitar dicha potestad por parte del deudor no comerciante, que son, principalmente: 1) El ejercicio de esa potestad determina la suspensión de las ejecuciones pendientes que existan contra el deudor no comerciante, y, 2) El sometimiento de los acreedores a la necesidad de adoptar un acuerdo para con el deudor solicitante (ya sea confirmatorio o denegatorio de la quita y la espera), bajo el

Por todo lo explicado, queda bastante claro que había que abandonar la idea de que al procedimiento judicial de quita y espera se le pudiera considerar un procedimiento *prejudicial* (entendiendo que éste era como una especie *procedimiento preliminar*, según las tesis generales defendidas por la doctrina¹⁴⁹).

Después de explicar lo que ocurría en la antigua normativa con respecto a los procesos prejudiciales, debemos apuntar que, con la entrada en vigor en la actual Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, no ocurre lo mismo que ocurría anteriormente (recordemos que en la normativa procesal anterior no existía precepto alguno que regulase expresamente la prejudicialidad penal con respecto de los procesos concursales, salvo alguna excepción como la del artículo 20 de la Ley de Suspensión de pagos de 1922¹⁵⁰), pues, el Legislador de 2003 quiso dar tratamiento expreso y específico a los casos de prejudicialidad penal con respecto del proceso concursal, en el artículo 189 de la Ley Concursal¹⁵¹, en el que vino a consagrar el conocido *Principio de desvinculación de jurisdicciones*¹⁵², «excluyendo la suspensión del procedimiento concursal por

principio de la mayoría, afectando a todos los acreedores aún cuando sean integrantes de la minoría (salvo los acreedores del art. 1140 de la LEC y 15 y 22 de la Ley de suspensión de pagos.

¹⁴⁹ *Vid.*, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general...*, op. cit., p. 492.

¹⁵⁰ *Cfr.*, VALLESPÍN PÉREZ, D., *La prejudicialidad penal en el proceso civil y en el proceso concursal*, ed. Cims, Barcelona, 2007, pp. 90 y ss., donde se estudia la cuestión y se afirma por parte del autor que: «el artículo 20 de la Ley de Suspensión de pagos de 1922 incorporó la absoluta efectividad del procedimiento de suspensión de pagos, es decir, la absoluta independencia de este procedimiento respecto de los demás procesos penales eventualmente seguidos contra el declarado suspenso, pues mientras la suspensión de pagos se centraba en la situación de crisis económica, el proceso penal lo hacía de respecto de los hechos que motivaron o agravaron dicha situación de crisis económica. El fundamento de esta opción había que buscarlo en la propia naturaleza y función de los procesos concursales». *Vid.*, en este sentido el auto invocada por el autor, AAP de Córdoba de 9 de mayo (AC 1994/867): «esto no es aplicable a la suspensión de pagos ya que la peculiar naturaleza y finalidad de este procedimiento hace inimaginable que pudiera pensarse que se trate propiamente de pretensión ejercitada en el proceso penal». Por otro lado, es cierto que con la antigua normativa, actualmente derogada, hubo polémica doctrinal sobre si en estos casos de prejudicialidad, era posible aplicar las normas supletorias, *rectius*: art. 514 LEC y 114.1 de la LECrim; aunque como es sabido, la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1922, no admitió la aplicación supletoria de los artículo 514 LEC y 114.1 de la LECrim, suponiendo, por tanto, una excepción a la regla general de suspensión de los procesos por prejudicialidad penal.

¹⁵¹ En idénticos términos que los utilizados en el Proyecto de la Ley Concursal de 23 de julio del año 2002

¹⁵² *Vid.*, VALLESPIN PÉREZ, D., *La prejudicialidad penal...*, op. cit., p. 93.

existencia de un proceso penal en aquellos casos en los que dicho proceso penal relacionado con el concurso venga referido a hechos susceptibles de ser tipificados como insolvencias punibles»¹⁵³.

3.2.2. La quita y espera no era un proceso «preliminar» o «previo» del proceso de declaración judicial de concurso de acreedores

En origen latino, la expresión «*prae-limine*» significa: «por delante del inicio o del comienzo». En castellano, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁵⁴, la palabra «preliminar¹⁵⁵» se define como sigue: «*que antecede o se antepone a una acción, una empresa, un litigio, o a un escrito o a otra cosa*». Por otro lado, con respecto a la palabra «previo», el mismo diccionario (RAE) la define como: «*anticipado, que va delante o que sucede primero*»; como podemos observar, ambos adjetivos podían utilizarse de forma «indistinta», puesto que lo que es *previo*, por esencia y definición, también es *preliminar* (ambos adjetivos indican que, a continuación o, seguidamente, se abre paso a otra cosa, fase, o estado); por tanto, se puede llegar a la conclusión de que ambos adjetivos contienen el mismo significado, y, por ende, son considerados «sinónimos¹⁵⁶».

Cuando la doctrina calificaba al procedimiento de quita y espera como procedimiento o, como estado *preliminar*¹⁵⁷ previo al de concurso de acreedores, parecía que, con dicha afirmación, se venía asumiendo –en cierta manera– que la quita y espera se configuraba como un *tracto* (preliminar o

¹⁵³ *Ibidem*, p. 92.

¹⁵⁴ *Vid.*, Diccionario de la Lengua Española (DRAE), 22ª edición, año 2001.

¹⁵⁵ Del Latín: *-prae*: antes; y, *-liminaris*: del umbral, de la puerta. *Vid.* en Diccionario de la Lengua Española (DRAE), 22ª edición del año 2001.

¹⁵⁶ *Vid.*, Diccionario de sinónimos y antónimos, ed. Espasa-Calpe, año 2005.

¹⁵⁷ RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concursos de acreedores y quiebras...*, op. cit., p. 74; MAJADA, *Práctica procesal civil, procedimientos generales*, vol. II, ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 1780; también *vid.*, el concepto y el alcance de «proceso preliminar» en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso*, ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, pp. 453-505.

previo del proceso principal de concurso de acreedores) o, incluso, se la llegaba a considerar una *pre-fase* integrada dentro del propio proceso de declaración judicial de concurso (entre otras razones, debido a que sistemáticamente así estaba regulada en la LEC de 1881, dentro del título XII del concurso de acreedores, de su libro segundo).

A nuestro juicio, dicha afirmación desnaturalizaba la verdadera finalidad de dicho procedimiento; en puridad, un procedimiento *preliminar* es siempre y necesariamente previo (anterior) a otro principal donde, seguidamente, se ventilará el fondo del asunto o cuestión; sería como si estuviéramos hablando de la «antesala» o los «prolegómenos» de lo que sería la primera fase del proceso principal (imaginemos el procedimiento de quita y espera, formando parte del concurso de acreedores, es decir, como si de una *primera fase del mismo* se tratara). Aceptar esta postura y calificar de procedimiento «preliminar» al procedimiento *de quita y espera*, daría a entender que, siempre y en todo caso, había que acudir –inexorablemente– al *procedimiento de quita y espera* antes de acudir al concurso (cosa no acorde con la realidad vigente de aquella época¹⁵⁸) y, además, significaría reconocer que siempre a continuación de este procedimiento judicial –necesariamente– se tramitaría siempre el proceso concursal, cosa que no tenía por qué suceder, puesto que si se conseguía aprobar un convenio de *quita y espera* (preventivo), no era necesaria, ni preceptiva la apertura del concurso de acreedores.

Esto no se debió, ni se debe –en la actualidad– entender así, puesto que, a pesar de que el procedimiento de quita y espera aparecía regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, dentro de la sección primera «de la quita y espera», del título XII «del concurso de acreedores» de su libro segundo, no constituía, en modo alguno, una parte *preliminar o previa* del proceso de declaración judicial de concurso, sino que, más bien, estábamos ante un

¹⁵⁸ *Vid.*, el contenido literal del primer inciso del artículo 1130 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: «Todo deudor que no sea comerciante, antes de presentarse en concurso, podrá solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera....». Como se observa la solicitud de quita y espera se configuraba como una facultad o potestad del propio deudor no comerciante, que podía optar por solicitarla o no, siempre que se diera el presupuesto.

procedimiento judicial independiente y *autónomo* (con sustantividad propia) que tenía por finalidad, precisamente, evitarlo¹⁵⁹. Es aquí donde, a nuestro juicio, vemos ciertas semejanzas con el vigente procedimiento de *preconcurso* regulado en el actual artículo 5 *bis* de la Ley Concursal, puesto que, como veremos más adelante (durante el desarrollo de la presente tesis), consideramos que –al igual que pasaba con el derogado procedimiento judicial de quita y espera–, el procedimiento judicial de concurso (*ex art. 5 bis LC*) es, en puridad, un procedimiento judicial de corte preventivo –*independiente y autónomo* del proceso de declaración judicial de concurso actual– cuyo principal objeto es la evitación o prevención del mismo.

Una vez realizada la anterior precisión «preliminar¹⁶⁰» (valga la redundancia), entrando ya en la materia que aquí nos interesa, es importante volver a apuntar que una de las tesis que siempre ha predominado en la doctrina científica a la hora de clasificar al viejo procedimiento de quita y espera era la de: procedimiento previo al concurso de acreedores; dicha tesis respondía a la idea de que dicho procedimiento se entendía y calificaba como un estado o procedimiento *preliminar*¹⁶¹, aunque, desde nuestro punto de vista,

¹⁵⁹ HERCE QUEMADA, V., con GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal civil...*, op. cit., p. 189.

¹⁶⁰ A la hora de escribir un capítulo de un libro o monografía o, de un ensayo científico, el adjetivo «preliminar» también puede utilizarse cuando se hace una nota introductoria o algún preámbulo o precisión inicial (observaciones preliminares) antes de abordar en profundidad una determinada materia o cuestión dentro de un capítulo o epígrafe. Como se puede observar, otra de las definiciones a las que puede responder el adjetivo «preliminar» es la siguiente: *que sirve de preámbulo o proemio para tratar sólidamente una materia. Vid., En Diccionario de la Lengua Española*, de la RAE, 2001.

¹⁶¹ De forma contundente lo afirman, RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores y quiebras*, op. cit., p. 80; y ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, números 1-11, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1974, pp. 453 y ss.; de forma no tan clara y entremezclando diversos tipos de procedimiento en función a su finalidad, *vid.*, a MAJADA, A., *Manual de concurso, suspensión de pagos y quiebra*, op. cit., p. 12. El autor afirma que: «se trata de un procedimiento preliminar promovido siempre por el deudor, que tiende a evitar el concurso y sus consecuencias». También afirma que: «la quita y espera se configura en nuestro ordenamiento como un *proceso de eliminación*, similar al de la suspensión de pagos, siendo su finalidad excluir el concurso de acreedores por un pronunciamiento judicial, en el que, cumplidos los requisitos exigidos (art. 1130 y ss. LEC), los derechos y las obligaciones de las partes son los estipulados en el convenio celebrado entre ellos, siendo el mismo ejecutable en virtud del viejo artículo 1151 de la LEC. (1881), vinculando el mismo a todos los acreedores no privilegiados». Ante esta postura, no estamos de acuerdo con lo que apunta MAJADA, puesto que, nosotros entendemos que los

entendemos que esta calificación no era del todo correcta debido a que, a nuestro entender, dicha conclusión se deducía debido a una deficiente e incompleta interpretación de la normativa anterior de la *quita y espera*, pues, en contra de lo que opinaba la doctrina mayoritaria, a nuestro juicio, no procedía calificar al procedimiento judicial de quita y espera como si de un procedimiento *preliminar* se tratara, ya que, en función de su verdadera finalidad —preventiva del proceso de declaración judicial de concurso *ab initio*—, su naturaleza respondería, más bien, a la de un procedimiento judicial de «corte» *preventivo*¹⁶²; otro de los errores que no había (ni hay) que cometer, es el confundir la quita y espera con los también denominados —por la doctrina— *procesos de eliminación* (en todo caso, habría que hablar de *procedimiento de eliminación*¹⁶³), ya que, en contra de lo que defendía el profesor GUASP¹⁶⁴

procedimientos *preliminares* son claramente distintos de los procedimientos preventivos al observar la finalidad perseguida por ambas tipologías. Y, por tanto, si son preventivos del concurso, por eliminación, no pueden ser preliminares del mismo, como defiende HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 189. Dice el autor: «aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil regulaba la quita y espera en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la sección primera «de la quita y espera», del título XII «del concurso de acreedores», de su libro segundo, no constituye una parte del concurso de acreedores, sino un procedimiento independiente que tiene por finalidad precisamente evitarlo».

¹⁶² PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 126. El autor no los denomina preliminares, pues entiende que este tipo de procedimientos son un mecanismo preventivo del concurso de los deudores no comerciantes, y por tanto se configura como un procedimiento preventivo autónomo, no preliminar.

¹⁶³ Dentro de la doctrina procesalista se hablaba, entonces, de que la quita y espera se la podría considerar como un proceso de los llamados: «de eliminación», «puesto que su finalidad principal consistía en la de excluir el concurso de acreedores por un pronunciamiento judicial, en el que, cumplidos los requisitos del artículo 1130 y ss de la LEC de 1881, los derechos y las obligaciones de las partes son los que parecen en el convenio celebrado entre ellos, siendo el acuerdo ejecutable conforme al artículo 1151 LEC de 1881 y, por supuesto, vinculando todo su contenido a todos los acreedores no privilegiados» (Sentencia de Tribunal Supremo de 15 de abril de 1967 y AT de Las Palmas de Gran Canaria, RGD, 1968, p. 568), *vid.*, en MAJADA, A., *Manual de concurso, suspensión de pagos...*, op. cit., p. 12; también en DE BROCA Y MAJADA, *Práctica procesal civil...*, op. cit., p. 1780; GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 1252-1253, opinaba que la quita y espera era un proceso de cognición especial y no de ejecución como, según él, pudiera ser el concurso de acreedores: lo definía como «un proceso de eliminación» que busca eliminar la posibilidad de iniciar el proceso de declaración judicial de concurso; desde nuestro punto de vista, los denominados procesos «de eliminación», son realmente procedimientos preventivos por esencia y finalidad. Por lo tanto, cuando hablemos de procedimientos judiciales preventivos, también puede decirse que los mismos son: «de eliminación», ya que los mismos tienen como finalidad prevenir y evitar el concurso de acreedores posterior. Es decir, los procedimientos preventivos intentan excluir o eliminar la necesidad de tener que acudir al ulterior proceso de declaración judicial de concurso, por eso se

entendemos que, cuando se hablaba de quita y espera no nos encontrábamos ante un verdadero proceso jurisdiccional¹⁶⁵, más bien, nos encontrábamos ante un procedimiento judicial¹⁶⁶ cuya –principal– finalidad es la prevención o la evitación del concurso de acreedores.

Lo que si es cierto es que, diferentes a los procedimientos *preventivos* son, en todo caso, los procedimientos *preliminares*¹⁶⁷, cuyo concepto podría ser: «el conjunto de actuaciones desenvueltas con anterioridad a la demanda de fondo y *relacionadas* con el proceso principal posterior en virtud de factores que mudan según la finalidad perseguida por aquél¹⁶⁸»; como hemos podido deducir, el proceso preliminar o previo existe para introducir a otro proceso posterior y principal (por estar íntimamente relacionados) donde se ventilaría el fondo del asunto. En tono complementario a lo anterior se pronunciaba ALCALÁ-ZAMORA, afirmando que el *proceso preliminar* «podría denominarse como una figura cuyo fin consistiría en determinar la posibilidad o pertinencia de un proceso principal posterior (haciendo alusión a un posible encuadramiento de éste en el ámbito de la jurisdicción voluntaria)»¹⁶⁹.

Tampoco debemos olvidar que los *procesos preliminares* siempre tienen repercusión e inciden en los –posteriores– procesos jurisdiccionales (principales) a los que –siempre– dan paso. Pero esto no es lo que pasaba en

puede caer en la «tentación» de poder afirmar que los procedimientos preventivos pudieran ser también considerados «de eliminación».

¹⁶⁴ *Vid.*, GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 1251 y ss., y 1267 y ss.

¹⁶⁵ *Vid.*, a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 199.

¹⁶⁶ Entendemos, como así lo hace la doctrina mayoritaria, que el procedimiento judicial de quita y espera no es un verdadero proceso; en puridad, es un expediente, *rectius*: procedimiento de jurisdicción voluntaria, al no existir pretensión deducida, no darse contenciosidad alguna. En contra se encuentra la tesis del profesor GUASP DELGADO, que defiende que la quita y espera es un proceso de cognición

¹⁶⁷ Así lo entiende FAIRÉN GUILLÉN, V., «La solicitud de concurso por el deudor en la nueva Ley Concursal», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 251, 2004, p. 239. Que hace distinción entre procedimientos preliminares y preventivos.

¹⁶⁸ *Vid.*, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general...*, op. cit., p. 455.

¹⁶⁹ *Ibidem.*, p. 453.

los procedimientos judiciales de quita y espera (arts. 1130 y ss. LEC de 1881) y de suspensión de pagos (Ley de Suspensión de pagos de 1922); en primer lugar porque ambos no eran verdaderos procesos jurisdiccionales —no existía contenciosidad entre partes procesales claramente delimitadas, sino que, más bien, nos encontrábamos ante procedimientos cuya naturaleza jurídica pertenecía al ámbito de la *jurisdicción voluntaria*¹⁷⁰—, sino que, eran procedimientos judiciales *preventivos* del proceso de declaración de concurso y del proceso de declaración de la quiebra (respectivamente) y, su tramitación, no tenía por qué incidir ni repercutir en un ulterior o, «posible» proceso de *declaración judicial de concurso* (arts. 1156 y ss. LEC de 1881) o, de *declaración judicial de quiebra* (arts. 1318 y ss. LEC de 1881), pues, en puridad, eran procedimientos independientes y autónomos con respecto de los posteriores procesos de concurso y de quiebra, como ocurre en el actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis de la Ley Concursal), con respecto al proceso concursal.

Por tanto, de la anterior afirmación, parecía desprenderse, de forma general, que los procesos *preliminares* venían formando parte del consiguiente —y ulterior— proceso principal (donde se ventilaba el fondo de la cuestión); desde nuestro punto de vista, entendemos que lo anterior no ocurría en el procedimiento de quita y espera, por el simple hecho de aparecer regulado en la LEC de 1881, dentro del título XII del «concurso de acreedores», de su libro segundo; era incorrecto decir que el procedimiento de quita y espera formara parte o, debiera ser considerado fase previa o preliminar del propio procedimiento judicial de concurso; tampoco se podía considerar al procedimiento de quita y espera como la «antesala» o el «vestíbulo» (como una parte o fase más) del proceso de declaración judicial de concurso¹⁷¹, sino que, concluyendo, se trataba de un procedimiento judicial (no jurisdiccional)

¹⁷⁰ Vid., a HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 189 y 197.

¹⁷¹ En contra, lo entendía RIVES Y MARTÍ, F.P., refiriéndose, en este caso, tanto a la quita y espera como a la suspensión de pagos, *vid.*, en su obra, *Concurso de acreedores y quiebras...*, op. cit., tomo II, pp. 23-24.

independiente y autónomo del concurso que tenía por finalidad primordial evitarlo¹⁷².

Así también, lo entendía FÁBREGA CORTÉS, que decía que la quita y espera «venía siendo un procedimiento previo al concurso con la finalidad de prevenirlo¹⁷³». En torno a lo anteriormente expuesto y, a pesar de que el concurso se caracterizaba por la concurrencia en un solo juicio (*ad litem*) de todos los acreedores de un deudor común, entendíamos que no se podía extender dicha característica al procedimiento de quita y espera como llegaba a insinuar RIVES Y MARTÍ¹⁷⁴, debido a que en la quita y espera –a diferencia del procedimiento judicial de suspensión de pagos, que deben estar relacionados nominalmente todos los acreedores– no era *preceptivo* que concurrieran (*rectius*: que estuvieran relacionados nominalmente en la lista de acreedores propuesta por el deudor) todos los acreedores del deudor en dicho procedimiento¹⁷⁵.

El deudor solicitaba judicialmente la quita y la espera del acreedor o acreedores que le pudieran interesar o beneficiar, por lo que, podría perfectamente relacionar nominativamente a los acreedores que le interesaran o beneficiaran, ya que, en muchas ocasiones, el deudor prefería intentar llegar a una composición amistosa extrajudicial (al margen del procedimiento de quita y espera) con algún acreedor o acreedores no concurrentes en el procedimiento que quita y espera.

En este preciso instante, en relación con los procedimientos *preliminares* y, en aras a deslindar las fronteras entre los procedimientos *preliminares* y los procedimientos *preventivos* (al ser ambos antagónicos y excluyentes por definición), será idóneo traer a colación el esfuerzo dogmático realizado, en su

¹⁷² Vid., HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal civil...*, op. cit., p. 189.

¹⁷³ Citado por HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 189.

¹⁷⁴ RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores...*, op. cit., tomo II, pp. 23-24.

¹⁷⁵ Vid., a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal civil especial...*, op. cit., pp. 202-203.

día, por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO¹⁷⁶, que intentó construir una teoría general de lo que él denominaba «procesos preliminares», realizando una clasificación sistemática de los posibles tipos (*rectius*: especies) de procesos que, a su entender, conformaban los que él denominaba: procesos *preliminares*. Según este autor, a la hora de clasificar los procesos preliminares en atención al nexo existente entre dicho proceso *preliminar* y el ulterior proceso principal, había que diferenciar y contraponer: a) los *procesos preliminares originarios* —a priori o, por antonomasia (que comprendían: i) los procedimientos *preparatorios*, ii) los procedimientos *preventivos* y los procedimientos *cautelares*)— y, por otro lado, iii) los sobrevenidos (a posteriori); a los primeros les reserva el calificativo de *preliminares*, mientras que a los segundos les otorgaba el calificativo de *previos*.

Ahondando aún más en la clasificación *base* elaborada por ALCALÁ-ZAMORA, los procesos *preliminares originarios*, como ya hemos adelantado, se podían dividir, a su vez, en: I) Los procesos *preparatorios*, que, a su vez, se subdividen en: *ordenadores*, *habilitantes*, *legitimatorios* y *exhibitorios*. A su vez, los ordenadores se subdividen en: i) de proceso público y, ii) de arbitraje; II) Los de procesos *cautelares*, que a su vez se subdividen en: i) anticipatorios y, ii) conservativos; III) Los procesos *preventivos*, que a su vez se subdividen en: i) judiciales, ii) parajudiciales y, iii) administrativos; IV) Los procesos prejudiciales y, V) Los procesos revisables.

Finalmente, en lo que ahora nos interesa, el autor hacía otra clasificación desde distinta perspectiva; si nos fijáramos en la índole y el mecanismo procesal de estos procedimientos se podría hacer la siguiente clasificación: I) por su naturaleza, que, a su vez, se subdividiría en: i) contenciosos y, ii) voluntarios; II) por su estructura, que se subdividirían en i) con solo una fase de conocimiento, ii) con fase también de ejecución, iii) con contradictorio, iiiii) sin contradictorio o, con él pospuesto.

¹⁷⁶ Vid., ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general...*, op. cit., pp. 482 y ss.

Con respecto a la anterior clasificación sistemática elaborada por ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO y su tesis a la hora de abordar los que, él consideraba: los diferentes tipos de «procesos preliminares» (incluye dentro de los procesos preliminares a los procesos preventivos, preparatorios y cautelares), tenemos que decir que, según su criterio, es posible calificar como auténticos procesos preliminares a los procesos cautelares (*verbi gratia*: cualquier proceso cautelar anticipatorio o asegurativo en el artículo 727 1ª LEC) o, el procedimiento de solicitud de *diligencias preliminares* (ex art. 256 LEC) siempre y cuando, a éste último se la considerara como verdadero proceso jurisdiccional¹⁷⁷.

Los procesos o procedimientos preliminares, por definición y lógica, siempre están supeditados a un proceso principal (ulterior), cuyo objeto es prepararlo, complementarlo o, incluso, asegurar su objeto; en este sentido hay que decir que los procedimientos preliminares supeditaban –de alguna forma– el proceso principal posterior.

Con respecto a dicha doctrina, hemos de decir que no estamos nada de acuerdo en la inclusión que ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO hacía de los que él denominaba procesos *preventivos* (*rectius*: procedimientos preventivos), dentro del seno de los procesos o procedimientos preliminares. En primer lugar, consideramos que la quita y espera no es un proceso jurisdiccional en sentido estricto; realmente, era un *procedimiento judicial* (por la intervención

¹⁷⁷ La polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica de las diligencias preliminares se ha centrado en ver si la solicitud de *diligencias preliminares* del artículo 256 de la LEC ponía en marcha un proceso jurisdiccional o, por el contrario, dicha solicitud, simplemente incoaba un procedimiento judicial de *jurisdicción voluntaria*. En este sentido, GUASP DELGADO, J., entendía que las *diligencias preliminares* constituían un verdadero proceso; concretamente las denominaba: «proceso de aclaración» de las cuestiones que puedan surgir antes del nacimiento de un proceso principal. En contra de lo anterior se pronunciaban, entre otros, PRIETO CASTRO; HERCE QUEMADA, V., que venía a decir que la solicitud (que no escrito de demanda) de diligencias preliminares venían a ser un procedimiento en función de un proceso principal. Según lo que afirma el autor, en el procedimiento de solicitud de diligencias preliminares no había decisión ni declaración de derechos por parte del órgano jurisdiccional competente, por tanto, dicho procedimiento judicial (debido a la intervención del juez) debe ser encuadrado en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, *vid.*, en *Derecho procesal civil*, op. cit., pp. 166-167. Otro autor que defiende a ultranza la existencia de proceso jurisdiccional a la hora de solicitar diligencias preliminares es BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, ed. Thomson- Civitas, Madrid, 2003, pp. 32 y ss.

judicial o por su desarrollo en sede judicial), cuya finalidad es de naturaleza *preventiva*; por ello, dicho procedimiento contaba con esencia y autonomía propia para no quedar incluido dentro de los procesos o procedimientos preliminares¹⁷⁸, puesto que, más bien, respondía a un procedimiento judicial

¹⁷⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general...*, op. cit., p. 463. Según la opinión del autor (que no compartimos), se deben incluir a los procedimientos preventivos (junto a los procedimientos preparatorios y cautelares) como tipos incluidos dentro de los procesos preliminares; por otro lado, el autor, a la hora de definir y/o determinar si los llamados procedimientos preliminares son procesos, procedimientos o, simples fases preliminares, dice que si alguno de los procedimientos preliminares (ya sean preventivos, preparatorios o cautelares) le sucede o, le sigue un proceso principal o proceso del fondo, entonces hay que catalogarlos como «mera» *fase accesoria* del proceso principal, mientras que si no hay esa sucesión habrá que entender que el procedimiento preliminar es un proceso autónomo con independencia del resultado que se consiga.

Según nuestra opinión, la anterior clasificación esgrimida e ideada por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO no puede sostenerse, puesto que, si un procedimiento tiene finalidad preventiva *ex novo* (y que desde un punto de vista dogmático forma parte de los denominados procedimientos *preventivos*, por su finalidad *preventiva* inequívoca), cuyo objeto del procedimiento, en atención a su *naturaleza*: de «jurisdicción voluntaria», es la prevención o evitación del posterior proceso jurisdiccional (en sentido general), no puede considerarse como procedimiento «preliminar» de otro proceso (siempre ulterior) principal donde se entra (se enjuicia y se lleva a cabo lo juzgado, *rectius*: se juzga y se hace ejecutar lo juzgado –en palabras del art. 117 CE–) en el fondo del asunto. Quizá, con respecto a los procedimientos preparatorios y cautelares, sería más factible encuadrarlos dentro de los procedimientos «preliminares», puesto que por definición y naturaleza, éstos siempre son preliminares (previos, si se quiere) de un proceso principal posterior (preparan o buscan el buen fin del proceso principal posterior, por lo que siempre van delante de un proceso jurisdiccional posterior). A pesar de que fuera más factible la inclusión de los procedimientos preparatorios dentro de los preliminares, imaginemos qué pasaría si una vez incoado un procedimiento preparatorio (instrumental) de otro proceso principal posterior, se llega a un convenio y se consigue eludir tener que acudir a dicho proceso principal; en estos casos, en primer lugar hay que decir que por su finalidad preparatoria del proceso jurisdiccional al que precede, el procedimiento anterior, no puede considerarse un procedimiento de eliminación (preventivo) de dicho proceso principal, pero si es cierto que cabe la posibilidad de que las partes intervinientes puedan llegar a un acuerdo (convenio) o transacción extrajudicial durante la tramitación del procedimiento preparatorio que, a pesar de no ser considerado, a priori, preventivo, consigue poner fin al conflicto y, con ello evitar el proceso principal posterior (*verbigratia*: El procedimiento de preconcursos del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, desde su entrada en vigor a través de la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de julio, en un primer lugar se le consideraba por la doctrina como un procedimiento *preparatorio* del proceso de declaración judicial del concurso, con un «eminente carácter instrumental» (*vid.*, en este sentido, lo apuntado por DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)» en *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 161), aunque, personalmente, nosotros entendíamos (ya vislumbrábamos) que dicho procedimiento (ex art. 5.3 LC), ya entonces, se iba configurando como el germen de un verdadero procedimiento *preventivo* del concurso de acreedores, que se debía poner en íntima conexión con la operatividad de lo previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal (*vid.*, en este sentido, lo que defendía CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del artículo 5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva disposición adicional cuarta de la misma: ¿la figura del preconcursos?», en *Reflexiones*

(no jurisdiccional) cuya principal finalidad respondía –indudablemente– a la prevención del concurso de acreedores. Si se considerara que la quita y espera es un procedimiento *preliminar*, entonces, no alcanzaríamos a entender como al mismo se le podía calificar como *preliminar* de un proceso principal (el concurso de acreedores) y, preventivo (del concurso) a la vez. Es algo que choca frontalmente con la esencia de las verdaderas finalidades de ambos procedimientos (procedimientos preliminares *versus* procedimientos preventivos).

3.2.3. Delimitación del procedimiento de quita y espera frente al procedimiento de conciliación previa (al proceso civil)

En términos generales, el procedimiento judicial de *conciliación* previa al proceso civil (la denominada conciliación *preventiva* o, pre-procesal), se puede definir como una serie de actuaciones, actos y actividades –de diversa índole– llevadas a cabo ante el órgano jurisdiccional o, el secretario judicial (en la actualidad), encaminadas a evitar el nacimiento del ulterior proceso jurisdiccional declarativo (su función –esencial– *ab initio* es la prevención del proceso posterior, entendido a éste como un mal social¹⁷⁹).

Desde antiguo se ha entendido a la conciliación previa del proceso civil como un verdadero procedimiento judicial –que no proceso jurisdiccional– debido a la *preceptiva* intervención del juez (se desarrollaba siempre en presencia de un juez, aunque no actuaba de forma jurisdiccional); en la actualidad, la presencia del juez ya no es *preceptiva*. Con la entrada en vigor de la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, llevada a

para la reforma concursal, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167-181; y lo que apuntábamos nosotros en GARCÍA BARTOLOME, D., «El reforzamiento del pre-concurso en la reforma de la Ley Concursal», en *Diario Económico Expansión*, sección opinión, 10 de enero de 2011

¹⁷⁹ *Vid.*, HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 178.

cabo por la ley 13/2009¹⁸⁰, se ha ido «descargando» a los jueces de las funciones no jurisdiccionales (*verbi gratia*: la presidencia de los actos de conciliación previa en el proceso civil) para que, éstas, sean llevadas a cabo bajo la presidencia de los secretarios judiciales, medida ésta que coadyuva, de alguna manera, a descargar a los jueces de funciones no jurisdiccionales, para que éstos puedan dedicarse —en exclusiva— a ejercer la potestad jurisdiccional, *rectius*: juzgar y llevar a cabo lo juzgado (art. 117.3 CE).

La naturaleza jurídica del procedimiento judicial de la conciliación hay que buscarla también —al igual que la del procedimiento de quita y espera— en los dominios de la *jurisdicción voluntaria*, puesto que, como ya hemos adelantado, el juez cuando intervenía en la conciliación previa o, incluso, el secretario judicial¹⁸¹ (en la actualidad) no ejercían, ni ejercen, en modo alguno, potestad jurisdiccional *stricto sensu*, sino que meramente actuaban como una especie de «conciliadores» (sin ejercer función jurisdiccional), como pasaba en el procedimiento judicial de quita y espera (en el que el juzgador tampoco ejercía potestad jurisdiccional). En el mismo sentido, no se debe caer en el error de identificar la función del juez (o del secretario judicial) que conoce de la conciliación como, si de un *mediador* se tratara, puesto que, el *mediador* dirige e intenta acercar (avenir) a las partes para que ellas lleguen a encontrar la solución al litigio, pero, además, también puede proponer, anunciar u ofrecer soluciones a las partes intervinientes para intentar que las mismas se avengan (aceptándolas o no); por otro lado, la función del *conciliador*, se centra en aproximar a las partes *sin* hacer ningún tipo de proposición (de solución) a las partes intervinientes (autocomposición en su estado más puro), al igual que ocurría con el juez que conocía de la quita y espera, que solo admitía a trámite y

¹⁸⁰ *Vid.*, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

¹⁸¹ No es nueva la competencia de los secretarios judiciales para conocer de los procedimientos judiciales de jurisdicción voluntaria, como así se puede defender en virtud del artículo 456 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *vid.*, en este sentido el trabajo de FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.A., «Competencia resolutoria del secretario judicial en el actual marco normativo de la jurisdicción voluntaria», en *InDret*, julio, 2012, pp. 1 y ss.

se limitaba a aprobar judicialmente el convenio de quita y espera, sin ejercer jurisdicción alguna.

La tesis procesalista defendida por GUASP (*apud* HERCE y MONTERO AROCA¹⁸²) entiende que, cuando hablamos de la *conciliación* nos encontramos ante un verdadero *proceso de eliminación* (porque, según el autor, la conciliación es un proceso que busca la eliminación del proceso declarativo posterior), pero ante este extremo, no estamos nada de acuerdo, ya que, cuando hablamos del procedimiento de conciliación o, del procedimiento de quita y espera, entendemos, que en ningún caso, estamos ante verdaderos procesos jurisdiccionales¹⁸³, sino que, más bien, nos encontramos ante los terrenos de la *jurisdicción voluntaria* (el juez no actuaba en función jurisdiccional, no existía contenciosidad y, no se ejercitaba pretensión procesal alguna) con una clara finalidad *preventiva* del proceso ulterior, intentan evitar el proceso jurisdiccional futuro.

Además, en contra de la –anterior– tesis defendida por GUASP, el profesor Juan MONTERO AROCA¹⁸⁴ decía que, si lo que realmente se buscaba, por un lado, era evitar el proceso declarativo ulterior (en el caso de la conciliación) y, por otro lado (de forma análoga extrapolamos dicha solución a nuestra investigación), evitar la declaración judicial de concurso (en el caso del procedimiento judicial de quita y espera), no era, ni es lógico afirmar que, para prevenir dichos procesos principales –posteriores– haya que introducir otro proceso civil especial anterior para evitar al segundo proceso –según afirmaba GUASP–, ya que, entonces, el mal no quedaría evitado, sino que quedaría sustituido. Según sentencia MONTERO¹⁸⁵, tener al procedimiento de conciliación como un proceso de *eliminación* de otro proceso ulterior, no

¹⁸² Vid., HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal civil...*, op. cit., p. 179; MONTERO AROCA, J., «La conciliación preventiva en el proceso civil: notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1971, p. 877.

¹⁸³ Vid., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil*, op. cit., p.

¹⁸⁴ Vid., MONTERO AROCA, J., «La conciliación preventiva...», op. cit., p. 877.

¹⁸⁵ *Ibidem*, op. cit., p. 877.

equivale sino a una auténtica *contradictio in terminis*. Por tanto, en definitiva, la tesis de GUASP cae por su propio peso, ya que la conciliación previa, entendemos que no tiene naturaleza procesal (que es el principal argumento de GUASP para calificarlo como *proceso de eliminación*), sino que su naturaleza descansa, más bien sobre un verdadero procedimiento judicial de *jurisdicción voluntaria*¹⁸⁶ (a pesar de la amplitud y las diversas manifestaciones posibles que puede presentar dicha institución).

Otro argumento que se puede esgrimir, en contra de la tesis de GUASP (que entiende que la conciliación es un proceso de cognición especial), es que en la conciliación falta la resolución decisoria del juez, que satisface coactivamente la «presunta» pretensión ejercitada por el actor —elemento indispensable, a la hora de hablar de proceso en *sentido estricto*—, cosa que no ocurre con la conciliación

Por todo ello y, a pesar de las diferencias (especialidades) procedimentales que pudieran existir entre ambos procedimientos, el antiguo procedimiento judicial de quita y espera y, la conciliación en el proceso civil eran procedimientos con cierta *identidad*, pues, si nos fijamos con detenimiento, ambos procedimientos dejan el protagonismo a las partes intervinientes o interesadas, para que ellas mismas *compongan* de manera justa la solución al conflicto, a través del convenio, y, así, evitar tener que acudir al proceso ulterior, poniendo punto y final al litigio (en estos procedimientos cobran verdadera relevancia la *autocomposición*¹⁸⁷); por un lado, en la conciliación se busca la transacción judicial —también puede ser la renuncia del solicitante o el allanamiento del solicitado— o, el convenio preventivo (en la quita y espera)

¹⁸⁶ *Ibíd.*, op. cit., p. 883., A pesar de la naturaleza procesal que otorga GUASP DELGADO a la conciliación (al entender que estábamos ante un proceso de cognición especial: *rectius*: un proceso de *eliminación*), hay que decir que la naturaleza del procedimiento judicial de la conciliación no es, en modo alguno, procesal, sino que, a nuestro entender, siguiendo la tesis defendida por el profesor MONTERO AROCA, la conciliación, aunque solo sea por estar regulada dentro del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil 1881, debe ser incluida en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, op. cit., p. 882., se dice que la conciliación es una especie de autocomposición de controversias.

para evitar tener que «entrar» en el ulterior proceso jurisdiccional (*rectius*: concurso de acreedores). Por otro lado, decir que ambos procedimientos cuentan con una idéntica finalidad «preventiva»; por un lado, la *prevención del «viejo» concurso de acreedores* y, por otro lado, la *prevención del proceso declarativo posterior* (respectivamente). En este sentido, si es cierto que, en la práctica forense anterior a 1984, cuando la conciliación previa al proceso de declaración era obligatoria (art. 460. I LEC de 1881), la finalidad preventiva de la misma (a la hora de evitar la entrada al proceso jurisdiccional posterior), podría llegar a quebrar, puesto que, si las partes acudían a ella «por obligación» (al menos para intentar la avenencia), para salvar el trámite sin conseguir llegar a un acuerdo o transacción (como mera formalidad obligatoria, *rectius*: como auténtico *presupuesto de admisibilidad* para interponer la demanda que incoaba el proceso civil ulterior), su finalidad *ab initio* mutaba en *pro* de la finalidad preparatoria, convirtiéndose, por ello, en un procedimiento judicial preparatorio), en lugar de preventivo.

En vistas a todo lo anterior, es de justicia recordar que, antiguamente, el procedimiento judicial de conciliación se regulaba como procedimiento *preceptivo* previo, es decir, antes de incoar cualquier proceso civil declarativo, era necesario haber acudido a la conciliación previa (para, al menos intentar la conciliación o transacción –renuncia o, allanamiento–), como *presupuesto de admisibilidad* obligatorio que habría de acreditarse con el escrito de la demanda que ponía en marcha al proceso declarativo posterior¹⁸⁸ (*ex art. 460, I de la LEC de 1881*); he aquí, otra de las grandes diferencias entre ambos procedimientos, puesto que, el procedimiento judicial de conciliación ha venido siendo *preceptivo* a la hora de acudir a la vía jurisdiccional, es decir, se configuraba como un verdadero *presupuesto de admisibilidad* de la demanda que ponía en marcha el juicio posterior hasta el año 1984, año en el que reformó la Ley de Enjuiciamiento Civil, que vino a establecer su carácter *facultativo y voluntario*,

¹⁸⁸ El artículo 469. I de la LEC de 1881 hablaba solamente de procesos declarativos, en ningún caso se mencionaban procesos de ejecución, cautelares, etc...

como ya lo era el procedimiento judicial de quita y espera (también era facultativo para el deudor no comerciante).

3.2.4. La verdadera naturaleza jurídica del procedimiento judicial de quita y espera: el ámbito de la jurisdicción voluntaria

Finalmente, antes de concretar la verdadera naturaleza del *procedimiento judicial de quita y espera*, queremos volver a resaltar la idea (anteriormente ya invocada) de que la solicitud de quita y espera no ponía en marcha la maquinaria judicial, es decir, en ningún caso, se instaba con ella un proceso jurisdiccional en sentido estricto¹⁸⁹; en el procedimiento *judicial* de quita y espera el juez no actuaba jurisdiccionalmente, sino que, solamente, intervenía en sentido orgánico (pero no funcional) en el procedimiento para aprobar judicialmente el convenio de quita y espera –no desplegaba actividad jurisdiccional alguna–; dicho procedimiento respondería, claramente, a un procedimiento judicial por venirle atribuida la competencia al juez de primera instancia¹⁹⁰, que se limitaría a aprobar judicialmente el acuerdo de quita y espera¹⁹¹, por eso, podíamos llegar a decir, sin temor a equivocarnos, que –siguiendo, a nuestro parecer, la acertada tesis de HERCE QUEMADA¹⁹²– la quita y espera era, en toda regla, un procedimiento *judicial de jurisdicción voluntaria*, en ausencia de contradicción, y falta de pretensión procesal.

En vistas a lo anteriormente apuntado, debe concluirse que la naturaleza del procedimiento judicial de quita y espera descansa «claramente» en los terrenos de la denominada *jurisdicción voluntaria*, entendiendo a ésta como *un procedimiento judicial* cuya principal finalidad es –además de la producción o

¹⁸⁹ Vid., HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 189.

¹⁹⁰ *Ibidem.*, pp. 188-189.

¹⁹¹ El juez cuando homologa o aprueba judicialmente un acuerdo entre las partes, no ejercer potestad jurisdiccional alguna en los «términos» del contenido del artículo 117 de la Constitución Española, sino que realiza un auténtica función de *jurisdicción voluntaria*; el juez al homologar o aprobar el convenio de quita y espera (entre deudor no comerciante y acreedores) no entra en el contenido de dicho acuerdo, sino que examina (control de legalidad) que se han cumplido los quórum exigidos por la ley para poder adoptar dicho acuerdo (en votación).

¹⁹² HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 377 y ss.

constitución negocial: producción de derechos subjetivos nuevos o cooperación esa producción— la *prevención del concurso*¹⁹³, pues la adopción de un convenio de quita o espera (o ambas) por parte de los acreedores y, su posterior aprobación judicial por el juez competente, hacen que el mismo, se convierta en un auténtico convenio *preventivo* que evita al deudor no comerciante tener que solicitar la «vieja» declaración judicial de concurso de acreedores.

Existen publicados numerosos estudios sobre la naturaleza jurídica de la *jurisdicción voluntaria*, que han puesto de manifiesto la complejidad que presenta la definición de la verdadera naturaleza jurídica de la propia institución; la doctrina no conseguía ponerse de acuerdo en determinar cuál era la verdadera naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, por lo que dicho dilema era y es (en la actualidad) una cuestión nada pacífica desde el punto de vista doctrinal. La *heterogeneidad* que manifiestan los diversos supuestos que pueden encajar dentro su campo, hace que sea muy difícil definirla y, explicarla desde un único concepto general; además, en el caso de que así se hiciera, no sería lo suficientemente completo para englobar todas y cada de las modalidades que se pueden dar dentro de su ámbito de aplicación.

El profesor SERRA DOMÍNGUEZ¹⁹⁴ decía, incluso, que las dificultades existentes ante la búsqueda de la verdadera naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, se podían llegar a sistematizar entre: i) dificultades externas (tales como que el nombre de la institución es equivocado, desorientación legislativa, terminología impropia y contenido heterogéneo) y, ii) dificultades internas (como pudieran ser la cuestión de deslindar dicha institución de la jurisdicción contenciosa y de la propia Administración).

¹⁹³ Francesco CARNELUTTI defendía rotundamente que la jurisdicción voluntaria (él lo definía como proceso voluntario en contraposición a contencioso) servía para prevenir la litis, la jurisdicción voluntaria producía el mismo efecto con respecto al potencial proceso, que la *higiene* a la cura de enfermedades (de forma metafórica) vid. CARNELUTTI, F., *Cómo se hace un proceso*, ed. Edeval, 1979, p. 89; CARNELUTTI, F., *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, ed. Cedam, Pádova, 1930, pp. 49 y ss.; o, también, en su *Instituciones del proceso civil*, ed. El foro, 1997, pp. 62 y ss. También *vid.*, la cita que hace HERCE QUEMADA, siguiendo la tesis de CARNELUTTI, en su *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., pp. 189 y 377.

¹⁹⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M., «La naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria», en *Revista de Derecho procesal*, núm. 10, 1954, pp. 619-642.

Es cierto que, después de analizar dicha institución, por eliminación, en muchos casos, se puede llegar a saber, con exactitud, lo que no es jurisdicción voluntaria, pero, aunque parezca lo contrario, a pesar del tiempo que ha pasado desde que nació dicho debate doctrinal, todavía, aún, no se sabe, «con exactitud» qué es realmente (al menos la cuestión no era – ni es – pacífica entre los juristas).

Como es sabido, los antecedentes históricos de la denominación *iurisdictio voluntaria* nos llegan desde el propio Derecho romano. Dicha institución, se puede ver introducida por los textos de MARCIANO¹⁹⁵, cuya figura parecía usarse, solamente, para denominar a los casos en los que las partes acudían, de forma *voluntaria* y de *mutuo acuerdo*, al magistrado con un clara *finalidad negocial* («*in jure cessio*»)¹⁹⁶. Se hablaba en época clásica del uso del término de las *legis actio* (vigente en aquella época) para calificar el acto o, bien la competencia del magistrado para intervenir en los «supuestos» que en el texto de MARCIANO eran denominados *iurisdictio voluntaria*¹⁹⁷; y, al igual que ocurre con el proceso jurisdiccional (*rectius*: jurisdicción contenciosa), debía (y debe) ser considerada una verdadera y genuina actividad pública (concretamente una función del Estado) confiada a su órganos, y que está al servicio del ordenamiento jurídico-privado, puesto que el en sede del proceso penal, entendemos que no es posible hablar de la misma.

El *fin* inmanente del procedimiento de quita y espera, consistía, al igual que el fin de la jurisdicción voluntaria, en crear, desarrollar y modificar nuevas relaciones jurídicas¹⁹⁸, es decir, se concretaba en la *producción o constitución negocial*: *producción* de derechos subjetivos nuevos o cooperación a esa producción (en contraposición de la jurisdicción contenciosa que tiene como fin

¹⁹⁵ Vid., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, ed. Civitas, Madrid, 2006, pp. 63 y ss.

¹⁹⁶ Vid., GÓMEZ DE ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 726.

¹⁹⁷ Vid., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción...*, op. cit., p. 70 y ss.

¹⁹⁸ Vid., a GÓMEZ ORBANEJA con HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 726; También vid., en el *Derecho procesal civil*, ed. Madrid, vol. II, de 1979, las p

la tutela o protección de derechos existentes). Además, siguiendo la idea de GIMENO GAMARRA¹⁹⁹ con respecto a la jurisdicción voluntaria, ante determinadas situaciones (como pudiera ser la situación de *insolvencia provisional*), los empresarios o, mejor dicho, los interesados, no están en condiciones de poder defender sus propios derechos por sí mismos (de resolver el problema de la insolvencia por sí mismos), es decir, el empresario no comerciante en estado de *insolvencia provisional*, acude al procedimiento de quita y espera para conseguir una tutela o protección de sus bienes y derechos, ya que, por sí solo no puede protegerlos y, por ello, antes de que los mismos sean lesionados, *rectius*: «antes de que su estado de insolvencia se agravara», acuden a dicho procedimiento judicial.

Lo que se consigue con la puesta en marcha del procedimiento judicial de quita y espera es la creación de una nueva situación de «suspensión²⁰⁰» temporal de las ejecuciones pendientes contra su patrimonio, mientras que se sustancia el procedimiento (art. 1135 LEC de 1881), para facilitar la negociación con los acreedores de la propuesta de quita, espera, o ambas (ofrecida por el deudor no comerciante); dicha suspensión de alzará al cabo de dos meses sin que hubiera sido otorgada la quita y espera o, luego fuera finalmente denegada (art. 1136 de la LEC de 1881). Por lo tanto el deudor, goza de un «paréntesis» temporal de dos meses (art. 1136 LEC de 1881), en el que los acreedores no podrán ejecutar sus posiciones crediticias *ministerio legis*, para facilitar la aprobación de la propuesta *de quita y espera* (efectuado por el deudor no comerciante); si el convenio se aprobaba, el deudor conseguía evitar el concurso y sus tremendas consecuencias (*rectius*: efectos), además, de conseguir salir del estado de *insolvencia provisional* en el que se encontraba, para seguir operando

¹⁹⁹ GIMENO GAMARRA, R., «Ensayo de un teoría general sobre jurisdicción voluntaria» en *ADC*, tomo IV, 1953, pp. 3-80.

²⁰⁰ Para que se pudieran suspender dichas ejecuciones era necesario que las mismas se hallaran en la vía de apremio anterior a la venta de bienes (art. 1135 LEC de 1881); además hay que decir que dicha suspensión no afectaba –y, por lo tanto siguen su curso procesal– a las ejecuciones despachadas contra bienes especialmente hipotecados (art. 1136, primer inciso de la LEC de 1881).

en el tráfico jurídico, al haber conseguido mantener la actividad empresarial en lugar de liquidar el patrimonio.

4. Tramitación del procedimiento de quita y espera

4.1. Competencia

La competencia para conocer del procedimiento judicial de quita y espera la tenía el juzgado de primera instancia –que por turno correspondiera– del lugar del domicilio del deudor, en virtud de lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, (arts. 50 y 51 LEC 1/2000).

4.2. Solicitud

El procedimiento judicial de quita y espera era un procedimiento, en principio sencillo y dinámico, que se iniciaba a instancia del deudor *no comerciante* (único legitimado para incoarlo) a través de solicitud dirigida frente al Juzgado de primera instancia competente. En dicha solicitud judicial, el deudor debía concretar *expresa e inequívocamente* la *petición* de quita y espera de sus obligaciones. Junto a la anterior solicitud, también debía aportar una relación (nominal) de sus acreedores, adjuntando los domicilios de los mismos para poder ser emplazados a la junta. Con respecto a la información de cada acreedor relacionado, era necesaria la inclusión e indicación de los títulos, del importe de los créditos, su procedencia y, por supuesto, su antigüedad (su nacimiento y, sus respectivos vencimientos), para poder calcular con mayor exactitud la masa pasiva. Finalmente, el deudor debía aportar el inventario de bienes que tiene en su activo (indicación de bienes que comportan el activo del deudor), con el posible valor de venta que estimara, excluyendo los bienes que se hallaren comprendidos en el artículo 1449 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881²⁰¹.

²⁰¹ El artículo 1149 LEC de 1881, preveía que: «Las únicas causas por las que se podrá impugnar los acuerdos sobre quita y espera serán: 1ª) Defecto en las formas empleadas para la convocatoria, celebración y deliberación de la junta; 2ª) Falta de personalidad o de representación en

Como ya avanzamos, uno de los efectos más importantes que se producía al instarse la solicitud judicial de quita y espera, venía siendo la no acumulación al procedimiento judicial de quita y espera de los procesos de ejecución pendientes frente al patrimonio del deudor (falta de *vis attractiva*); éstos se suspendían antes de la venta de bienes, por el plazo de dos meses sin que se hubiera dado la obtención del convenio o, si, posteriormente, la solicitud del deudor se hubiera.

4.3. Señalamiento para la junta de acreedores

Una vez recibida la solicitud de quita y espera instada por el deudor no comerciante, el juez de Primera instancia procedía a señalar la fecha para la celebración de la junta de acreedores, previniéndoles que comparecieran a la misma con sus títulos legítimos, para evitar «ciertos» abusos a la hora de comprobar el *quórum* necesario para la celebración de la vista y el cómputo de votos favorables a la hora de adoptar el convenio de quita y espera.

4.4. Celebración de la junta de acreedores: reglas de desarrollo de la misma

A la hora de celebrarse la junta de acreedores, el deudor cuenta con cierto margen para modificar el contenido de la propuesta en vistas al resultado de la discusión a la hora de votar, posteriormente, el juez remarcaba, de forma clara e inequívoca, lo que debía ser sometido a votación para que no hubiera lugar a la confusión. A continuación, el juez exigía un *quórum* mínimo para que sea válida la aceptación de la propuesta de quita y espera del deudor; debe concurrir, al menos, las dos terceras partes de los acreedores concurrentes y que dichos acreedores representen, al menos, las tres quintas partes del pasivo.

Una vez comprobado el *quórum*, se abre paso a la fase de protestas (si las hubiera), para luego ventilar el trámite de impugnaciones del convenio; dicha impugnación la podrán ejercitar tanto los acreedores citados personalmente y

alguno de los que hayan concurrido con su voto a formar la mayoría; 3ª) Inteligencias fraudulentas entre uno o varios acreedores y el deudor para votar a favor de la quita y espera; 4ª) Exageración fraudulenta de los créditos para procurar mayoría de cantidad».

que no hubieran concurrido a la junta o, que, habiendo concurrido, hubieran protestado (votado en contra) al disentir de la opinión de la mayoría de los acreedores, como los acreedores que no hubieran sido citados personalmente, pero les hubieran notificado después del resultado de la junta; además, también podrían impugnar los acreedores que hubieran sido eliminados de la lista definitiva de acreedores.

El plazo que se establecía para proceder a la impugnación del convenio es de ocho días a contar desde el día siguiente al de la celebración de la junta (art. 16 LSP). A la hora de impugnar, se debía tener en cuenta, en todo caso, que las causas de oposición venían establecidas taxativamente en el artículo 1149 de la LEC de 1881, que vienen a coincidir con las cuatro primeras causas de impugnación del convenio del procedimiento de suspensión de pagos, tasadas en el artículo 16 de la Ley de suspensión de pagos de 1922²⁰², que también le eran aplicables al proceso de quiebra²⁰³.

5. La terminación del procedimiento judicial de quita y espera

5.1. Sobreseimiento del proceso por no concurrencia de las mayorías

Cuando no se consigan reunir las mayorías exigidas para constituir la junta o para tomar el acuerdo, el procedimiento judicial de quita y espera se

²⁰² El artículo 16 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, recogía taxativamente las causas de impugnación del convenio que se podrían oponer en el plazo de ocho días desde el día siguiente de la celebración de la junta:

a) Que existan Defectos de la convocatoria, en la celebración, en la colaboración y en la adopción de acuerdos por la junta.

b) Que exista falta de personalidad (incluida representación) de alguno de los acreedores siempre que el voto de éste hubiera sido decisivo para formar la mayoría.

c) Que se aprecie error en la estimación del pasivo, siempre que influya en la calificación de la insolvencia, ya que de ella dependen la necesidad de distintas mayorías para la adopción del acuerdo en cuestión.

d) Que sea improcedente la declaración del derecho de abstención de los acreedores, cuando ésta influya en la mayoría necesaria para la aprobación del acuerdo.

e) Que exista un inexactitud fraudulenta en el balance general

²⁰³ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 127.

sobresee, quedando expedita, si procediera, la solicitud de concurso necesario por parte de los acreedores.

5.2. Terminación del procedimiento por voto denegatorio de la quita y espera

Cuando el voto de la mayoría no es suficiente para estimar o adoptar el convenio, se finaliza también el procedimiento judicial por denegarse de quita y espera propuesta, quedando libres los acreedores de poder ejercitar su derecho de crédito por vía alternativa a la quita y espera (*verbigracia*: la solicitud de concurso necesario).

5.3. Terminación del procedimiento con voto favorable: la homologación judicial del convenio

Cuando se conseguían las mayorías exigidas –por imperio de la ley– para la obtención del voto favorable que estimara el convenio de quita y espera propuesto por el deudor no comerciante, el juez –a continuación– procedía a homologar dicho acuerdo, dictando las medidas oportunas para el cumplimiento del mismo (control de legalidad)

6. Efectos y vinculación del convenio homologado sobre los acreedores.

Una vez obtenidas las mayorías necesarias para la adopción del convenio, tras su correspondiente homologación judicial, el principal efecto directo que producía la consecución del convenio de quita y espera con los acreedores, era la evitación del proceso concursal; por lo tanto, dicho convenio cumplía una finalidad eminentemente «preventiva», debido a que la suscripción, aprobación y homologación del mismo, coadyuvaba, a que el deudor no comerciante pudiera resolver su situación de *insolvencia patrimonial* (activo real igual o superior al pasivo, pero con la aparición en el activo de bienes que por su naturaleza eran difíciles de liquidar o, la liquidación se tornaba costosa de por sí, dificultando con ello el pago a los acreedores)²⁰⁴ sin tener que acudir al concurso de acreedores, evitando, con ello, ser *incapacitado*

²⁰⁴ Así definía la «insolvencia patrimonial» CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., como presupuesto objetivo del procedimiento judicial de quita y espera, en *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 197.

para la administración (o la representación) de los bienes, como primer efecto de la declaración judicial de concurso (*ex art. 1914 CC de 1889*).

El convenio de quita y espera –celebrado y homologado judicialmente– vinculará a todos los acreedores concurrentes a la junta y, a los concurrentes que hubieran sido citados y notificados en forma, pero que no hubieran protestado en el plazo habilitado para ello (arts. 1151 y 1152 LEC de 1881); No vinculará el convenio a los acreedores por trabajo personal y alimentos, por gastos de entierro, funeral, órdenes de última voluntad y la prevención del abintestato y testamentaria, así como los acreedores hipotecarios que hubieran ejercitado (debidamente) su derecho de abstención (las dos posturas que podía adoptar estos acreedores eran: i) concurrir a la junta y abstenerse en la votación o, ii) tomar parte en votación), aunque, si no usaban –bien– dicho derecho, quedaban afectados por el convenio, es decir, si hubieran tomado parte en la votación y no hubieran ejercitado su derecho de abstención (art. 1140 LEC de 1881 y art. 1917 del CC de 1889).

Los efectos que producía del convenio de quita y espera sobre los acreedores, se extinguían cuando el deudor no comerciante dejaba de cumplir en todo o en parte los términos fijados en el convenio, recobrando los acreedores todos y cada uno de los derechos que tuvieran antes de la aprobación del convenio (art. 1155); en este caso renacía el derecho de los acreedores a la parte de sus créditos que no se hubieran percibido e, incluso podrían solicitar el concurso necesario, sin acreditar, si quiera, la existencia de alguna ejecución pendiente contra el deudor.

7. Recapitulación

A modo de conclusión, y, con base en todo lo anteriormente descrito, se puede afirmar que la quita y espera (regulada en los viejos artículos 1130 y ss. de la LEC de 1881 y 1912 y ss. del CC. De 1889) venía siendo un procedimiento

judicial de *jurisdicción voluntaria* (por no existir contradicción²⁰⁵, ni ejercitarse pretensión alguna), con una marcada finalidad *preventiva*, cuyo objeto se centraba, claramente, en evitar el concurso de acreedores, mediante la aprobación de un convenio de quita y espera con los acreedores. El Juez de Primera instancia competente para conocer del procedimiento de quita y espera interviene (aprobando o no el convenio objeto del procedimiento) pero, en ningún caso, desempeña función jurisdiccional alguna.

Como podemos observar, al «viejo» procedimiento judicial de quita y espera se le puede considerar como un claro antecedente –previsto en la antigua normativa concursal– de lo que actualmente es el procedimiento de *preconcurso* (ex artículo 5 bis de la Ley Concursal), cuya (finalidad/función) principal también reside en la *evitación* del proceso de declaración judicial de concurso.

A pesar de las críticas vertidas por la doctrina sobre la antigua normativa de insolvencia, con respecto a la existencia de varios procedimientos distintos para un mismo fin (quita y espera y suspensión de pagos), hay que reconocer que, ya entonces, en aquella época (y, a pesar del cuestionable «éxito» de ambos en la práctica) contábamos con dos *procedimientos judiciales preventivos*: i) el procedimiento judicial de quita y espera, reservado para los deudores no comerciantes²⁰⁶, cuya finalidad principal (preventiva) era prevenir el concurso

²⁰⁵ El hecho de que dicho procedimiento judicial de quita y espera no fuera contencioso (al carecer, el mismo, de contradicción), al ser este un expediente, *rectius*: «procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria», no significaba que en el seno del mismo, se dieran oposiciones incidentales (claramente contenciosas) en las que se pretendiera impugnar los acuerdos sobre quita y espera (ex art. 1149 LEC de 1881).

²⁰⁶ Los deudores no comerciantes que incoaran el procedimiento judicial de quita y espera ante el Juzgado de Primera Instancia competente (art. 1130 LEC de 1881 y 1902 CC), obtienen –como ya hemos apuntado anteriormente– diversos beneficios; en primer lugar, con la solicitud de quita y espera se suspenden todas las ejecuciones pendientes (a la fecha de la solicitud) contra su patrimonio, que serán reactivadas tras el transcurso de dos meses sin que se haya otorgado la quita y espera o, fuera esta denegada (arts. 1135 y 1136 LEC de 1881), en segundo lugar, evitan los duros efectos del concurso de acreedores, por ejemplo: la «incapacitación» (inhabilitación) para la administración de bienes como primer efecto del concurso (arts. 1914 CC y 878 del Código de Comercio), y todos los ulteriores, como la posible liquidación del activo dentro del proceso concursal,

con la aprobación del convenio con los acreedores y, ii) la suspensión de pagos (que veremos a continuación) para los deudores comerciantes.

El procedimiento judicial de quita y espera (*ex arts. 1130 y ss. de la LEC de 1881 y arts. 1912 y ss. CC de 1889*) era un procedimiento judicial preventivo del proceso de declaración de concurso o, con respecto al concurso de acreedores, era un procedimiento «preconcurzal» y judicial (al celebrarse en sede judicial e intervenir el juez para aprobar el convenio de quita y espera), cuya naturaleza jurídica recae bajo los dominios de la denominada *jurisdicción voluntaria*, ya que no nos encontrábamos ante un verdadero proceso jurisdiccional (el juez no ejercía potestad jurisdiccional *stricto sensu*, solo intervenía aprobando/homologando el convenio, intervenía en el procedimiento desde un punto de vista orgánico, pero no funcional), tampoco existía contradicción o contenciosidad en la tramitación del procedimiento; donde el deudor no comerciante cuando instaba el –viejo– procedimiento judicial de quita y espera no deducía pretensión procesal alguna (al igual que ocurre en los procedimientos de *jurisdicción voluntaria*), puesto que no se estaba entablado ningún tipo de acción jurisdiccional para poner en marcha la maquinaria judicial.

Como veremos más adelante, a la hora de estudiar en profundidad el procedimiento de *preconcurso* –objeto de estudio de la presente tesis doctoral–, podremos comprobar que el vigente procedimiento preconcurzal, *rectius*: *preconcurso* (*ex art. 5 bis LC*) es, también, un auténtico procedimiento judicial *preventivo* del concurso de acreedores, cuya naturaleza jurídica la debemos incardinar (también), inexorablemente, en el campo de la *jurisdicción voluntaria*. La operatividad y funcionamiento del procedimiento de *preconcurso* (*ex art. 5 bis*) guarda muchos paralelismos y semejanzas con la estructura y el esquema de los viejos procedimientos de quita y espera y de suspensión de pagos de «antaño». Por tanto, en la actualidad, no hay obstáculo que nos impida afirmar (como demostraremos) que, tanto el procedimiento judicial de quita y espera como el procedimiento judicial de suspensión de pagos se configuran como claros antecedentes del procedimiento judicial de *preconcurso* (*ex art. 5 bis*).

Capítulo 3º. El Procedimiento de Suspensión de pagos.

1. Aproximación al procedimiento como institución procesal de tratamiento preventivo del estado de insolvencia.

Como ya hemos apuntado en el capítulo anterior al hablar del viejo procedimiento de quita y espera, la Ley de Suspensión de pagos de 1922 también regulaba otro procedimiento judicial preventivo para el deudor comerciante. Se trataba del procedimiento de suspensión de pagos y el proceso los instrumentos para dar solución a las situaciones de iliquidez o de insolvencia de los comerciantes o empresarios –ya sean persona natural (empresario individual) o persona jurídica (empresario social)²⁰⁷–.

Si se nos permite la expresión, vamos a «destripar» jurídicamente dicha institución (al igual que hemos hecho con el procedimiento de quita y espera) con la finalidad de poder compararla con el actual procedimiento judicial de concurso (art. 5 *bis* LC) y, ver, si realmente existen o no indicios suficientes que nos permitan defender que los antiguos procedimientos de quita y espera y de suspensión de pagos nos procedimientos distintos al procedimiento preventivo actual (art. 5 *bis* LC), sino que, a nuestro entender, son la base y el claro antecedente del vigente procedimiento preventivo regulado en el artículo 5 *bis* de la Ley Concursal: el denominado: «preconcurso».

Es cierto que, en muchas ocasiones, los resultados obtenidos de la praxis, no acompañaban a la verdadera finalidad subyacente del procedimiento de suspensión de pagos –al igual que ocurría con el procedimiento de quita y espera–, ya que, la consecución de un *convenio preventivo* con sus acreedores que pudiera sacar del estado de insolvencia al deudor (en suspensión de pagos), se convertía, en ocasiones, en una misión *quasi* imposible, debido al estado patrimonial en el que se encontraba el deudor y la multiplicidad de

²⁰⁷ Con respecto al concepto y las distintas clases de «empresario» existentes en nuestro Ordenamiento jurídico, es de obligada lectura el trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de derecho mercantil*, ed. Civitas, Madrid, 2001, Tomo I, pp. 59-69, con especial atención a las páginas 64 a 69, dónde se explican y precisan en profundidad las clases de empresario.

intereses que se ponían en juego en dichos procedimientos, lo que producía, en muchas ocasiones, el agravamiento de la insolvencia hasta cotas insospechadas, teniendo que acudir, en muchos de los casos, al proceso concursal o a la tramitación de la quiebra consecutiva. Por otro lado, también es cierto que al procedimiento de suspensión de pagos se les achacaban varios defectos que animaban a pensar que dicho procedimiento no era un instrumento plenamente eficaz para cumplir con su verdadera finalidad: la de prevenir la quiebra.

Después de haber analizado el viejo procedimiento judicial de quita y espera (arts. 1912 CC y 1130 y siguientes LEC de 1881) por entender que el mismo es un claro antecedente del procedimiento preventivo de precurso (art. 5 bis), también es necesario traer a colación el viejo procedimiento judicial de *suspensión de pagos* (arts. 870-873 CCo y LSP de 26 de julio de 1922), que, al igual que ocurría con la quita y espera, también era, en nuestra opinión, un procedimiento análogo al actual procedimiento de precurso introducido por el legislador en el vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal²⁰⁸; por lo tanto, en

²⁰⁸ El vigente artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, regula el procedimiento judicial de precurso, objeto de estudio en la presente memoria doctoral.- *Comunicación de negociaciones y efectos.*- 1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.

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

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

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

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

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

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

- a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1;

puridad, el procedimiento de precurso (art. 5 bis LC) no es un procedimiento creado *ex novo* por el legislador e introducido de forma novedosa en la Ley Concursal con la reforma llevada a cabo en el año 2009²⁰⁹,

b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación;

c) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos;

d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio;

e) o tenga lugar la declaración de concurso.

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

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

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

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

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

5. Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

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

²⁰⁹ El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, introdujo en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, cuyo precepto albergaba –en potencia– el procedimiento de precurso. El viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal fue derogado en el año 2011, (con la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal), pasando a regularse el procedimiento de precurso en el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal, cuyo precepto ha sido objeto de diversas reformas durante los años 2013, 2014, y 2015.

sino que más bien se presenta como una evolución de los dos *procedimientos preventivos* vigentes en la derogada legislación concursal: los viejos procedimientos de quita y espera y el de suspensión de pagos. Desde la promulgación de la Ley de Suspensión de pagos de 1922 han corrido «ríos de tinta» a la hora de estudiar y analizar esta vieja institución concursal; en la literatura jurídica especializada se cuenta con numerosos trabajos científicos²¹⁰

²¹⁰ Junto a la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, de 16 de julio, véase el interesante contenido de la Circular de la Fiscalía General del Estado, de 16 de noviembre de 1922, fijando «la inteligencia que el Ministerio Público había de dar a las nuevas disposiciones del procedimiento a seguir en los casos de suspensiones de pagos de los comerciantes, y el criterio a que había de obedecerse en la resolución de las dudas surgidas, con instrucciones para su más recta y eficaz aplicación, en la resolución reguladoras», y, la abundante doctrina científica que ha venido analizando durante muchos años los *procedimientos de suspensión de pagos*, como, por ejemplo: MARTÍ DE EIXALA y DURÁN Y BAS, M., *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, ed. Actualizada por Lluís Durán Y Ventosa, Barcelona, 1911; ESPEJO DE HINOJOSA, *Derecho Mercantil*, ed. Barcelona, 1931, pp. 605 y ss.; GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, J.M^a. y MIGUEL ROMERO, M., *Comentarios a la ley de suspensión de pagos de 14 de septiembre de 1922*, ed. Imprenta de Emilio Zapatero, Valladolid, 1932; DÍAZ DOMÍNGUEZ, A., *Contestaciones completas del Instituto Reus a la materia de Derecho Mercantil del Programa de Notarías*, 2^a edición, ed. Reus, Madrid, 1935, pp. 178-192; GAY MONTELLÁ, R., *Código de Comercio español*, ed. Barcelona, 1936, pp. 62 y ss.; GARRIGUES, J., «Derecho de las quiebras y de las suspensiones de pagos», en *RDP*, 1940, pp. 131 y 184; BLANCO CONSTANS, F.P., *Derecho Mercantil*, tomo II, ed. Madrid, 1945, pp. 326 y ss.; Cerdá Richart, B., *Las suspensiones de pagos y la intervención pericial*, ed. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1946; HERCE QUEMADA, V., «Ejecución general. Los estados preliminares de quita y espera y de suspensión de pagos: exposición de las normas procesales que los regulan», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal Civil*, 3^a edición, vol. 1, ed. Graficas Administrativa, Madrid, 1951; SAURA JUAN, J., *Suspensión de pagos: doctrina, jurisprudencia, formularios*, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951; SOTILLO NAVARRO, «A quien obliga el convenio en la suspensión de pagos», en *RGD*, 1953, p. 148; RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores y quiebras con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*, ed. Instituto Editorial Reus, tomo 2, 3^a edición corregida y adicionada por José SAURA JUAN, Madrid, 1954, pp. 25-252; SOTILLO NAVARRO, «El desistimiento en la suspensión de pagos», en *RGD*, 1953, pp. 371 y ss.; y 1954, p. 78; GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, 1956; TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, ed. Bosch, Barcelona, 1957; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, ed. Madrid, 1958, pp. 643-650; TORRES DE CRUELLES, J., «Ámbito de la acción ejecutiva en las suspensiones de pagos», en *RJC*, 1961, p. 721; MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «Terminación sin convenio de la Junta de acreedores en la suspensión de pagos», en *RDJ*, 1961, p. 121; AGUILAR CANOSA, «¿Desde qué momento es prohibitivo el ejercicio de acciones ejecutivas cuando la persona contra quien se dirigen se haya presentado en estado legal de suspensión de pagos», en *RGD*, 1961, p. 521; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 4^a edición, ed. Imprenta de Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962, pp. 447-471; OLIVENCIA RUIZ, M., *Publicidad registral de suspensiones de pagos y quiebra*, ed. Montecorvo, 1963; FERRER MARTÍN, D., «Naturaleza jurídica de la suspensión de pagos», en *RDM*, n.º 89, vol. 36, julio-septiembre, 1963; Sotillo, J.A., «Presupuestos de la suspensión de pagos», en *RGD*, n.º 2, tomo 19, 1963, pp. 833-837; TORRES DE CRUELLES, J., «Naturaleza del convenio de suspensión de pagos», en *RJC*, n.º 4, octubre-diciembre, 1965, pp. 1037-1039; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El interventor judicial en la Ley de Suspensión de Pagos, en Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, p. 657; DE PINA, R., y CASTILLO LARRAÑAGA, J., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ed. Porrúa, S.A., México, 1969, pp. 517-529; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Efectos procesales de la insolvencia», en *Estudios de Derecho*

Procesal, ed. Ariel, Esplugues de Llobregat, 1969, pp. 563-568; TORRES DE CRUELLES, J., «Una interpretación del artículo 9 de la Ley de Suspensión de pagos (comentarios a la STS de 22 de octubre de 1971)», en *RJC*, 1972, p. 675; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Legislación y experiencia jurídica: El proceso de responsabilidad civil de la ley de suspensión de pagos», en Estudios en homenaje al Profesor López Rodó, Madrid, 1972, vol. III, p. 465; GONZÁLEZ DELEITO, N., «Aspectos históricos de la Ley de Suspensión de pagos», en *RDP*, 1972, pp. 1001 y ss; PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 83-116; SAGRERA TIZÓN, J.M^a., *Comentarios a la Ley de Suspensión de pagos*, ed. Bosch, Barcelona, 1974; DE BROCA, G. y MAJADA, A., *Práctica Procesal Civil*, tomo 2, 18^a edición, ed. Bosch casa editorial, S.L., Barcelona, 1975, pp. 1989-2216; COMELLAS SALMERÓN, M., «Aspectos penales de la quiebra», en *RDPIb*, n.º 1, 1975, p. 65; CUÑAT EDO, V., «El presupuesto objetivo de la suspensión de pagos», en *RJC*, n.º 1, enero-marzo, 1976, pp. 7-30; SOTILLO MARTÍ, A., «En torno a la coincidencia temporal entre la solicitud de suspensión de pagos y la quiebra», en *RJC*, n.º 1, enero-marzo, 1977, pp. 77-101; NAVARRO VILARROCHA, P., «La competencia jurisdiccional en la suspensión de pagos», en *RGD*, n.º 13, 1977; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica de la suspensión de pagos», en *RDPIb*, n.º 1, 1979, pp. 127-147; HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del proceso» en GÓMEZ ORBANEJA/HERCE (autores), *Derecho Procesal Civil*, vol. 2º, 8ª edición, Madrid, 1979, pp. 195-210; Montes Reyes, «La suspensión de pagos y los contratos de tracto sucesivo, en *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, ed. Nacional, I, Madrid, 1979, p. 57; Calvet Botella, «La naturaleza jurídica de la llamada Comisión liquidadora en el expediente de suspensión de pagos, *RDPIb*, n.º 1, 1981, pp. 53 y ss.; SOLCHAGA LOITEGUI, J., «Efectos del juicio de suspensión de pagos en el procedimiento administrativo de apremio», en *Crónica tributaria*, n.1 37, 1981, p. 251 SAGRERA TIZÓN, J.M^a., «El concepto de “balance definitivo” en los expedientes de suspensión de pagos», en *RJC*, n.º 3, julio-septiembre, 1982, pp. 205-208; De La cuesta Rute, «Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador», en *La Ley*, 1982-1, p. 745; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Legislación y experiencia jurídica: el proceso de responsabilidad civil de la Ley de Suspensión de Pagos», en *Estudios homenaje al Prof. López Rodó, Madrid*, 1982, tomo III, pp. 465 y ss; GRANADOS JARQUE, E., «Análisis de las cuestiones sobre la naturaleza del expediente de suspensión de pagos», en *RJC*, n.º 4, 1983, pp. 979 y ss.; SACRISTÁN REPRESA, G., «Suspensión de pagos: derecho de abstención en Junta de acreedores del titular del crédito contra el suspenso que consta en sentencia firme», en *CGJC*, n.º 6, 1984, pp. 1885 y ss.; OLIVENCIA RUIZ, M., «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio», en *Centenario del Código de Comercio*, vol. 1, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 343-387; BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras: una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas*, ed. Real Colegio de España, Bolonia, 1986, pp. 156 y ss.; CRUZ LACASTA, J., «Algunas reflexiones sobre el fondo de comercio como partida del activa del balance con que se solicita la declaración judicial de suspensión de pagos», en *RGD*, n.º 505-506, 1986, p. 4563; JIMÉNEZ DE PARGA, R., «Una posible interpretación del artículo 7 de la Ley de Suspensión de Pagos, en *RGD*, n.º 505-506, 1986, p. 4553; ALMAGRO NOSETE, J., *Consideraciones de Derecho Procesal*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988, pp. 413-418; SALA REIXACHS, A., *Las causas de impugnación al convenio de suspensión de pagos*, Barcelona, 1988; MAJADA, A., *Práctica Concursal*, Barcelona, 1989; SAGRERA TIZÓN, J.M^a., *Estudios de Derecho Concursal*, Madrid, 1989; del mismo autor, *Comentarios a la Ley de Suspensión de pagos*, 2ª edición, ed. Barcelona, 1990; HERNÁNDEZ CRESPO, C.M., «Publicidad registral de la suspensión de pagos, en *RCDI*, n.º 604, 1991; ROMERO-MIURA GIMÉNEZ, F., «La suspensión penal de la suspensión de pagos, en *RGD*, n.º 576, 1992; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La suspensión de pagos de las sociedades irregulares. El artículo 286 del Reglamento del Registro Mercantil», en *Diario La Ley*, 1992, pp. 797 y ss. Tomo 3; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos», en *RPJ*, n.º 33, marzo de 1994, pp. 195-240; Ramos Méndez, F., *Derecho Procesal Civil*, tomo II, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 1167-1190; MASCARELL NAVARRO, M.J., «La declaración de suspensión de pagos: relaciones con la declaración de quiebra», en *RGDD*, n.º 576, año XLVIII, septiembre, 1992, pp. 8609-8650; SÁNCHEZ SOCIAS, L., Y TORRES FERNÁNDEZ, J.J., *La Hacienda frente a las quiebras y la*

sobre el procedimiento de *suspensión de pagos*, en los que se tratan y analizan cuestiones conflictivas sobre dicha materia (para ofrecer soluciones lege ferenda a una deseada y necesitada reforma concursal), como por ejemplo su naturaleza jurídica, el presupuesto objetivo, las interrelaciones de dicha institución con el proceso de declaración de quiebra y, por supuesto, todos los conflictos que

suspensión de pagos, ed. Madrid, 1992; PEREDA LAREDO, J.M^a., «Posibilidad de nuevos juicios ejecutivos contra el deudor tras la providencia inicial del expediente de suspensión de pagos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., «La suspensión de pagos como causa de resolución de los contratos administrativos de obra», en *REDA*, n.º 77, 1993; DE LA OLIVA, A., «Los procesos concursales», en DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (autores), *Derecho Procesal Civil IV*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, pp. 370-386; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de la suspensión de pagos», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil* (Homenaje al Evelio Verdura y Tuells), Tomo III, ed. La Ley, Madrid, 1994, 2233-2293; FENELLOS PUIGSERVER, V., «La solicitud de suspensión de pagos: posición del órgano jurisdiccional», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1705, 1994; MEDINA FERNÁNDEZ-ACEYTUNO, M.A., «La presentación de la solicitud de suspensión de pagos en grupos de empresas», en *Diario La Ley*, 31 de mayo de 1994, n.º 3531; BELO GONZÁLEZ, R., «Acumulación de autos al juicio universal de quiebra (con particular referencia al artículo noveno de la Ley de Suspensión de Pagos)», en *RGDD*, n.º 612, septiembre, 1995, pp. 9705-9730; TORRES DE CRUELLES, J., y MAS Y CALVET, R., *La suspensión de pagos*, 2ª edición, ed. Bosch, Barcelona, 1995; HERNÁNDEZ GIL, F., «La apertura y el contenido de la pieza de calificación en la suspensión de pagos», en *Diario La Ley*, tomo 1, 1995, pp. 803 y ss.; MASCARELL NAVARRO, M^a.J., *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de pagos*, ed. Comares, Granada, 1995; GUASCH MARTORELL, R., «Aproximación crítica a la protección de la integridad del patrimonio concursal en la Ley de Suspensión de Pagos», en *RdM*, n.º 216, abril-junio, 1995, pp. 517-558; HERNÁNDEZ GIL, «La apertura y el contenido de la pieza de calificación en la suspensión de pagos», en *La Ley*, n.º 3686, de 3 de enero de 1995; OLIVENCIA RUIZ, M., «La reforma del Derecho Concursal (El largo «ante» de un proyecto). Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el 30 de septiembre de 1996», en *Vlex*, consultado en mayo de 1995, pp. 1-14; TERRASA GARCÍA, «Acciones ejecutivas contra el suspenso. Valor concursal de las sentencias de remate», en *RGD*, n.º 598-599, 1995; GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El proceso Civil*, ed. Forum, 3ª edición, 1996, pp. 486-493; CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y Quiebra: una visión jurisprudencia*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995; ORTIZ NAVACERRADA, S., *El proceso de suspensión de pagos en la jurisprudencia última*, ed. La Ley, Madrid, 1996; ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *Legislación y Jurisprudencia concursales*, ed. Aranzadi, Madrid, 1997; MASCARELL NAVARRO, M.J., «La calificación de la quiebra y de la suspensión de pagos y el código penal de 1995», en *RDP*, n.º 2, 1997, pp. 375-401; MARCOS GONZÁLEZ-LECUONA, M., *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, ed. Cedecs Derecho Procesal, Barcelona, 1997, pp. 80-124; HERRERA CUEVAS, E.J., «De la prevalencia entre el juicio de quiebra y el expediente de suspensión de pagos», en *Diario la Ley*, sección doctrina, ref. D-204, tomo 4, 1997, pp. 1-9; ALCOVER GARAU, G., «Quiebra versus suspensión de pagos», en *RDM*, n.º 223, enero-marzo, 1997, pp. 59-93; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 2ª edición, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 197-211; PULGAR EZQUERRA, J., *El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español*, ed. Universidad de Almería (servicio de publicaciones), Almería, 2000, pp. 101-110; LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, ed. José María Bosch editor, Barcelona, 2000; URÍA, R./MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E., «La suspensión de pagos», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), AA. VV., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo 2º, ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 1001-1031; Palao Uceda, J., *La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 27-40.

acontecían durante la tramitación de este procedimiento, cuya finalidad esencial era *evitar* el proceso de declaración de quiebra²¹¹. Como decía RIVES Y MARTÍ «se trataba de un recurso o situación intermedia, con un marcado carácter voluntario y dependiente de la exclusiva voluntad del deudor comerciante»²¹². Asimismo desde el punto de vista técnico-procesal la vieja suspensión de pagos venía a ser un procedimiento judicial –que no proceso jurisdiccional–, debido a que intervenía el juez (pero dicha función no era jurisdiccional²¹³) que tenía por finalidad *prevenir* la quiebra, mediante la formalización de un convenio entre el deudor y los acreedores, que posteriormente era aprobado por el juez competente²¹⁴. En este sentido y, a pesar de la autorizada opinión²¹⁵, tanto el procedimiento la quita y espera como el procedimiento de suspensión de pagos eran, desde la óptica del Derecho Procesal, dos procedimientos *preventivos*²¹⁶ cuya naturaleza jurídica y finalidad

²¹¹ Por todos vid. HERCE QUEMADA, V., Ejecución general. Los estados preliminares de quita y espera y de suspensión de pagos. Exposición de las normas que los regulan», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, 3ª edición, 1951, p. 645; también HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del proceso II», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, vol. II, 1979, p. op. cit., p. 196.

²¹² RIVES Y MARTÍ, F.P., *Teoría y Práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras con sus respectivos preliminares de quita y espera y suspensión de pagos*, ed. Instituto Editorial de Reus, tomo II, corregido y adicionado por José SAURA JUAN, Madrid, 1954, p. 26.

²¹³ Como se dirá a continuación la vieja suspensión de pagos no era un verdadero proceso jurisdiccional sino que su naturaleza jurídica descansaba en los terrenos de la jurisdicción voluntaria.

²¹⁴ Vid. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 108; HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos...», op. cit., p. 197.

²¹⁵ En profesor Ángel ROJO criticaba duramente al viejo procedimiento de suspensión de pagos, poniendo de manifiesto las corruptelas y las maquinaciones fraudulentas o las connivencias ilícitas que se daban entre deudor y algunos acreedores o, entre éstos últimos; como decía dicho autor, «se podía afirmar que la suspensión de pagos se convirtió en una especie quiebra voluntaria; de procedimiento excepcional y paralelo a la quiebra, se convirtió en un procedimiento general y preliminar (aunque no preventivo), al que podía acudir todo deudor empresario (social o individual), en estado de crisis económica, cualquiera que fuese su situación patrimonial y cualquiera que sea la solución que se pretenda para esa crisis, a fin de evitar los duros efectos del proceso de declaración judicial de quiebra, ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Á., «El estado de crisis económica», en AA. VV., *La reforma del Derecho de Quiebra: Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español*, ed. Civitas-Fundación-Universidad Empresa, Madrid, 1982, p. 132.

²¹⁶ Como venimos defendiendo durante todo el trabajo, entendemos que la suspensión de pagos en un procedimiento preventivo de la quiebra, y no se puede desvirtuar dicha afirmación

venían a coincidir con las del actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis).

Asimismo, como era sabido la de quita y espera y, la suspensión de pagos a pesar de ser dos procedimientos diferenciados, dirigidos a distintos deudores ya fueran comerciantes o no comerciantes²¹⁷, no presentan en su regulación grandes diferencias que justificaran su estudio o análisis unitario (claramente diferenciado entre ambos), normalmente, dichos procedimientos se estudiaban y analizaban de forma conjunta en algunos manuales de Derecho Procesal²¹⁸, ya que se podía llegar a afirmar que los mismos tenían: idéntica

por el hecho de que en muchas ocasiones las suspensiones de pagos fracasaran en su objeto, por ello debe quedar patente que la finalidad esencial de la suspensión de pagos, al igual que la de la quita y espera y, el actual procedimiento de precurso es la preventiva. Según la clasificación dogmática elaborada por HERCE QUEMADA, los procedimientos judiciales de quita y espera y, de suspensión de pagos se clasifican –junto a la conciliación– dentro de los denominados *procedimientos preventivos del proceso*, cuya finalidad esencial es la evitación del proceso de declaración judicial de concurso y, del proceso de declaración judicial de quiebra. Véase a HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos judiciales preventivos del proceso», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autor), *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, vol. II, 1979, pp. 177-210; DE PINA, R., y CASTILLO LARRAÑAGA, J., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ed. Porrúa, 8ª edición, México, 1969, p. 518.

²¹⁷ El procedimiento de quita y espera estaba reservado al deudor no comerciante (arts. 1912 CC y 1130 LEC de 1881) mientras que el procedimiento de suspensión de pagos estaba previsto para los deudores comerciantes, ya fueran empresarios individuales como empresarios sociales (art. 1 LSP).

²¹⁸ Tradicionalmente así lo ha venido haciendo la escuela del profesor Emilio GÓMEZ ORBANEJA, véase por todos al profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ en sus Manuales de Derecho Procesal Civil, parte especial, que decía que: «(...) *La existencia de dos procedimientos para regular el ejercicio de la misma potestad, no tiene hoy en día ninguna justificación, al igual que no la tiene que existan dos procedimientos concursales para el tratamiento de los supuestos de insuficiencia patrimonial (...)*. La mayor complejidad de las relaciones patrimoniales que puedan tener los comerciantes, sólo justificaría especialidades muy concretas y determinadas pero dentro de un mismo procedimiento, como así se pretendía en el anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en el que se regulaba un procedimiento único». En el mismo sentido se pronunciaba con respecto a los procedimientos de quita y espera y suspensión de pagos: «*la dualidad de procedimientos no se sostenía desde un punto de vista dogmático: no existen diferencias entre una y otra insuficiencia patrimonial, y, las diferencias que pudieran existir desde el punto de vista material no justificarían dicha dualidad procedimental*. Además, el estudio detallado de las normas de concurso y de la quiebra, venía a corroborar que a pesar de la dualidad procedimental vigente el legislador no había establecido diferencias dignas de mención entre ambos: la estructura de ambos es la misma, pudiendo cambiar determinados aspectos del procedimiento cuando se trata de la quiebra. Por ello, ante la inexistencia de grandes diferencias entre ambos procesos, desde un punto de vista pedagógico o dogmático se debían estudiar de forma unitaria ambos procesos (también la quita y espera y la suspensión de pagos), por ello, dicho profesor presentaba en sus manuales el estudio conjunto de ambos procesos», vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores) *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, ed. Colex, 2ª edición, Madrid, 2000, p.

naturaleza, idéntica finalidad (preventiva) e idéntico objeto: la proposición (por parte del deudor) de la rebaja y/o el aplazamiento del crédito o créditos correspondientes²¹⁹, para conseguir un convenio²²⁰ con los acreedores que consiguiera evitar el concurso de acreedores y la quiebra²²¹. En palabras de

214; en la misma obra también del mismo autor véase, «Procesos concursales: El concurso de acreedores y la quiebra», op. cit., pp. 198-199. En el mismo sentido También véase a HERCE QUEMADA, V., «Ejecución general. Los estados preliminares de quita y espera y suspensión de pagos. Exposición de las normas procesales que los regulan», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores) en *Derecho Procesal civil*, ed. Madrid, vol. I, 3ª edición, 1951, pp. 645-706; ídem., «Procedimientos judiciales preventivos del...», op. cit., pp. 188-210.

²¹⁹ HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del proceso», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE, (autores), *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, 2ª edición, 1979, pp. 196-197. CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 31.

²²⁰ Según DE BROCA y MAJADA, A., «El negocio jurídico mediante el cual los acreedores del comerciante que prácticamente se encuentra en estado de suspensión de pagos, y al margen de la vía judicial, convienen con éste el modo y tiempo en que debe satisfacer los respectivos créditos, haciéndose recíprocas transacciones constituye un contrato de transacción definido en el artículo 1809 CC. El mismo negocio realizado dentro del expediente de suspensión de pagos, continúa siendo una transacción, sin otras diferencias entre aquella y ésta, que las producidas por la transformación del instituto de Derecho privado, en institución de Derecho público, causada por la intervención del órgano jurisdiccional a través de las normas preestablecidas en nuestro Ordenamiento positivo, y que tiene por finalidad, de una parte el fiscalizar el cumplimiento de las exigencias formales y materiales, en garantía de los derechos que corresponden a los acreedores y al suspenso; y de otra, a respaldar con fuerza vinculante *erga omnes*; el convenio, una vez aprobado por el juez, transformación que afecta a la extensión de sus efectos formales y materiales, pues, la transacción judicial, representada por la aprobación judicial del convenio, vincula a todos los acreedores que hayan asistido o no a la Junta, con excepción de los hipotecarios y privilegiados; Véase las STS de 20 noviembre de 1928, de 30 de diciembre de 1932; de 26 de julio de 1945; de 30 de mayo de 1959 y, la de 4 de julio de 1966, que se pronuncian sobre la verdadera naturaleza transaccional que tiene el convenio de la suspensión de pagos. Sobre el concepto y la naturaleza del convenio de la suspensión», véase a DE BROCA y MAJADA, A., *Práctica procesal civil*, ed. Bosch, tomo II, Barcelona 1975, p. 2035; CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 144 y ss; LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, ed. J.M., Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 101-123;

²²¹ De ahí la finalidad preventiva del procedimiento judicial de suspensión de pagos, cuyo finalidad persigue la *eliminación* del proceso, considerado como un mal social, vid., HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del proceso», op. cit., pp 187 y 197. En contra se pronunciaba Jaime GUASP que denominaba a la quita y espera y a la suspensión, como procesos de eliminación del concurso y de la quiebra: «*los procesos de eliminación, dentro de la categoría que tiende a evitar la provocación de la ejecución general ulterior*, véase a GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 1267-1270. No estamos de acuerdo con la concepción de GUASP, que entendía que no se trataba de jurisdicción voluntaria, puesto que defendía que la suspensión de pagos y la quita y espera eran verdaderos procesos jurisdiccionales de cognición limitada (verdadero proceso especial de significación eliminadora); Sobre este cuestión nosotros seguimos la doctrina HERCE, ya que entendemos que lo más correcto era entender a los mismos como *procedimientos judiciales de eliminación del proceso o preventivos del concurso o de la quiebra, pero en ningún caso son procesos jurisdiccionales (sino que quedan dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria)*. Véase a HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos...», op. cit., pp. 187 -197 y ss.

RIVES Y MARTÍ el procedimiento judicial de Suspensión de Pagos se configuraba como un recurso que la Ley concedía al deudor comerciante para que con un prudencial aplazamiento y una quita pueda atender al cumplimiento íntegro de sus obligaciones²²². Con respecto a la ya mencionada dualidad procedimental predicable de la antigua normativa concursal – dependiendo de si se trataba de *comerciantes o no comerciantes* –, la doctrina científica no dejó de manifestar que la previsión de dos procedimientos distintos para regular el ejercicio de una misma potestad (quita y espera y, Suspensión de Pagos), no tenía mucha justificación, al igual que la existencia de dos procedimientos concursales para los casos de *insuficiencia patrimonial* (el concurso de acreedores y la quiebra)²²³; es cierto que en la antigua regulación el hecho de que hubiera una dualidad procedimental para deudores comerciantes o no comerciantes era algo inconexo, quizá hubiera sido deseable un procedimiento preventivo único para todos los tipos de deudores (ya fuera comerciante o no), como, a nuestro juicio, se hizo en la reforma operada en el año 2009²²⁴, cuando el legislador introdujo –aunque de forma tímida– el *procedimiento de precurso* (ex viejo art. 5.3 LC), como única institución preventiva del concurso; ante la afirmación anterior, nosotros defendemos que desde su introducción el precurso es el único procedimiento preconcursal cuya iniciación abre un espacio temporal (*breathing time*) donde el deudor puede optar por llevar a cabo, con cierto desahogo o respiro (sin presiones),

²²² RIVES Y MARTÍ, F.P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores...*, op. cit., p. 26.,

²²³ Véase por todos a ALMAGRO NOSETE, J., *Consideraciones de Derecho Procesal*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 415, DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales», en DE LA OLIVA-FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (autores) en *Derecho Procesal Civil IV*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp.363-364; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», op. cit., pp. 198-199;

²²⁴ Reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, publicado BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009, que introdujo, entre otros, el artículo 5.3 en la Ley Concursal, que regulaba el procedimiento de precurso en sus dos primeros años de vigencia.

determinados negocios jurídicos²²⁵ que le permitan remover o prevenir su estado de insolvencia²²⁶.

Como es sabido en el año 2003, el legislador promulgó la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal²²⁷ optando por no regular ningún procedimiento preventivo del concurso como así se preveía en la antigua legislación²²⁸, apostando fuertemente por lo que en su Exposición de Motivos se definía como la *unidad de disciplina*²²⁹, fórmula que, de algún modo, también se había invocado y propuesto en el «fallido» Anteproyecto de Ley Concursal de 1983²³⁰,

²²⁵ Los negocios jurídicos que el deudor puede promover o llevar a cabo durante el procedimiento de precurso son: i) los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis1 y Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal), ii) la búsqueda de adhesiones a un propuesta anticipada de convenio; iii) la petición de un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y ss. LC).

²²⁶ Desde la reforma concursal llevada a cabo en el año 2011, a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, *de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal*, publicada en el BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011, que vino a derogar el artículo 5.3, introduciendo un nuevo artículo 5 bis en el que se vino a regular con diversos cambios el procedimiento de precurso, como que desde dicha reforma, cualquier deudor que se encontrara en estado de preinsolvencia, es decir que es aún solvente, pero que pronostica, tras un juicio de probabilidad, que es objetivamente probable que no vaya a poder cumplir a medio o largo plazo con sus obligaciones exigibles

²²⁷ Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE n.º 164, de 10 de julio de 2003, cuya entrada en vigor se produjo el día 1 de septiembre de 2004.

²²⁸ Así lo ha venido criticando la doctrina, Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del Derecho concursal español», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 107 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿La figura del precurso?», en Ariza-Colmenarejo (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p.

²²⁹ Véase la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en su apartado II, en la que como es sabido se apuesta por la unidad de disciplina: (...) «*La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes o no comerciantes es un fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello ignore determinadas especialidades del concurso de los empresario sometidos a un determinado estatuto propio (llevar a cabo contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación (...)*».

²³⁰ Vid., la Exposición de motivos del (fallido) Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, p. 9 y ss., redactada por la Ponencia Especial integrada por los Excmos. Sres.: Manuel OLIVENCIA RUIZ, Luis VACAS MEDINA, Jorge CARRERAS LLANSANA, Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. Dicho Anteproyecto fue revisado por la sección de Derecho Mercantil, con la colaboración de las secciones de Derecho Civil y de Derecho Procesal, publicada el 27 de junio de 1983. En la exposición de motivos se resalta «(...) *la unidad de disciplina, superando la diversidad de régimen jurídico asentada en el carácter civil o mercantil del deudor, unidad de sistema, haciendo confluir en un procedimiento único, flexible y ajustado a las exigencias de la realidad, un tratamiento antes disperso en la pluralidad del concurso y la quiebra, y*

que, en palabras del profesor ROJO, nació bajo *el signo de la unidad*²³¹, aunque, como es sabido, dicho anteproyecto tampoco prosperó. Finalmente, el renombrado *principio de unidad legal, de disciplina y de sistema*, terminó instaurándose –años más tarde– con la promulgación de nuestra la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal²³², superando la –indeseada– distinción de tratamiento legal entre deudor comerciante y deudor no comerciante. A pesar de la crítica anterior, a nuestro juicio, había que valorar positivamente el hecho de que antiguamente el sistema concursal español pudiera contar con un procedimiento *preventivo de suspensión de pago*, al margen –en todo caso– del proceso de declaración judicial de quiebra, tanto para los deudores comerciantes que estuvieran en estado de *insolvencia provisional* (activo real igual o superior al pasivo exigible²³³) como para los que se encontraran en estado de *insolvencia definitiva* (pasivo superior al activo real del deudor: carecía de bienes y recursos para satisfacerlas en su integridad)²³⁴. Asimismo, a pesar de que el deudor pudiera acudir a la suspensión de pagos tanto en estado de *insolvencia provisional* como en estado de *insolvencia definitiva*²³⁵, no se entendían

de los beneficios de la quita y espera y de la suspensión de pagos». Como apuntaba ROJO, el Anteproyecto propugnaba una auténtica distinción entre la suspensión de pagos y la quiebra, al configurar una primera fase procesal común, vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El estado de crisis...», op. cit., p. 155.

²³¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El estado de crisis económica», en AA. VV, *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español*, ed. Civitas-Fundación Universidad Empresa, 1982, pp. 145 y ss.

²³² Véase la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal en su apartado II. «(...)La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es un formula que, además de estas justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento...»

²³³ En este caso el deudor contaba con bienes suficientes para cubrir todas sus deudas pero preveía la imposibilidad de poder cubrir a la fecha de sus respectivos vencimientos.

²³⁴ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 84; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El estado de crisis...», op. cit., p. 132; OLIVENCIA RUIZ, M., «La suspensión de pagos y la quiebra...», op. cit., p. 384; BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis...*, op. cit., p. 157; MARCOS GONZÁLEZ-LECUONA, M., *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, ed. Cedecs, Barcelona, 1997, p. 81; PULGAR EZQUERRA, J., *El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español*, ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, El Ejido, 2000, p. 104.

²³⁵ Así ocurría tras la promulgación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, de 26 de julio. Véase los artículos 8 y 10 de la Ley; vid. GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI y VIVANCO, J.M^a., y MIGUEL ROMERO, M., *Comentarios a Ley de suspensión de pagos*, ed a SAURA JUAN, J.,

muy bien los conceptos de «insolvencia» acuñados por la Ley de Suspensión de Pagos; en primer lugar, el concepto de *insolvencia provisional* de la vieja suspensión de pagos se presentaba como algo contradictorio²³⁶, puesto que, el estado de insolvencia siempre indica, por descontado, «insuficiencia patrimonial» pero no de forma puntual, pasajera o provisional, sino que esta situación requiere que la misma se prolongue en el tiempo (permanencia de ese estado de insolvencia en el tiempo)²³⁷; por lo tanto, como podemos observar, dicho concepto de la vieja suspensión de pagos no casaba muy bien con el actual concepto de insolvencia que actualmente barajamos, es decir, la concepción del *presupuesto objetivo* a través de la tesis de la insolvencia (déficit o insuficiencia patrimonial e impotencia o incapacidad de poder pagar de forma regular): como *incapacidad de poder* pagar regularmente las obligaciones exigibles (patrimonio impotente para satisfacer todas las deudas vencidas de su titular)²³⁸. En el mismo sentido, hemos de decir que la *insolvencia definitiva* declarada por auto del juez de la suspensión de pagos, en puridad, se trataba de un verdadero *estado de quiebra* que se seguía tramitando por el expediente de suspensión de pagos, por ello, al coincidir en estos casos los presupuestos de la

Suspensión de pagos, ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, p. 33; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal, procedimientos sucesorios, Jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 84 y 90.

²³⁶ En este sentido se pronunciaba el maestro Joaquín GARRIGUES, aduciendo que: «(...) Mal se avienen los términos “insolvencia” y “provisional” si por insolvencia se entiende impotencia patrimonial permanente, y no deja de ser extraño ese concepto de insolvencia que supone un activo superior o igual al pasivo. ¡Pero es aún más paradójico llamar insolvencia definitiva a una insolvencia que se repara en quince días! Lo que la Ley llama insolvencia definitiva es, propiamente déficit (que no implica necesariamente impotencia patrimonial) y otra la insolvencia (que la implica necesariamente)». Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Imprenta Silverio Aguirre Torre, 4ª edición, Madrid, 1962, p. 449.; en este mismo sentido también se pronuncian PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal, procedimientos sucesorios, Jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 96-87; DE BROCA y MAJADA, A., *Práctica Procesal Civil*, ed. Bosch, vol. II, Barcelona, 1975, pp. 2030 y ss.

²³⁷ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Presupuesto objetivo», art. 2, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 169, quien afirma que la insolvencia es un estado, y que no es insolvente quien momentáneamente se encuentra en la imposibilidad de cumplir las obligaciones. Ser insolvente es estar en insolvencia; y estar en insolvencia exige cierto grado de continuidad, es decir, se requiere continuidad de la imposibilidad; véase también a GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Imprenta Silverio Aguirre Torre, 4ª edición, Madrid, 1962, p. 449.

²³⁸ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Presupuesto objetivo», art. 2 LC, op. cit., pp 164-165.

quiebra con los de la suspensión de pagos, se podían dar situaciones que, a sabiendas de su anomalía, se consentían (por parte del Juez, acreedores, deudor, interventores, etc.), para evitar con ello un mal mayor: los quebrantos, trastornos y gastos que acarrearía instar un proceso de declaración de quiebra; por todo ello, algún autor optaba por denominar «quiebras abreviadas» a las suspensiones de pagos que se tramitaban con un deudor en estado de *insolvencia definitiva*²³⁹, aunque como apuntaba el maestro Joaquín Garrigues el hecho de que se aplicaran a la suspensión de pagos ciertos preceptos de la quiebra no significaba su transformación en una quiebra abreviada, ya las finalidades de una y otra siguen siendo diversas: en la suspensión de pagos es el convenio que evite la liquidación de la empresa y en la quiebra es, precisamente, esa liquidación²⁴⁰.

Como veremos a continuación, la suspensión de pagos se convirtió durante muchos años en un procedimiento de uso general para cualquier deudor en estado de insolvencia (fuera provisional o definitiva), se intentaba acudir –a toda costa– a la suspensión de pagos para evitar²⁴¹ las devastadoras consecuencias del proceso de declaración judicial de quiebra, lo que suponía en la práctica que muchas empresas en situación de insolvencia definitiva acudieran a toda costa al procedimiento de suspensión de pagos, incluso, recurriendo a artificios al margen de la legalidad, con tal de evitar la quiebra; es cierto que el procedimiento de suspensión de pagos estuvo sometidos a corruptelas por parte de deudores y de acreedores que utilizaba en instituto preventivo a su antojo según conviniera en cada situación. A pesar de todo, la Ley de Suspensión de Pagos que, en puridad, fue promulgada con una proyección más amplia, en función de un caso concreto (la quiebra del banco de Barcelona), fue cumpliendo mal que bien una función de *prevención* de la

²³⁹ Así lo entendía DE BROCA Y MAJADA, A., *Práctica procesal civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1975, tomo II, pp. 2016-2017.

²⁴⁰ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho mercantil*, ed. Madrid, 4ª edición, 1962, p. 453.

²⁴¹ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 84.

quiebra que necesitaba, con el paso de los años de su vigencia, una reforma global junto a todo el derecho concursal en vigor²⁴².

2. Evolución histórica del régimen legal de la suspensión de pagos.

En primer lugar, en España a la hora de hablar de los orígenes del derecho de quiebras, hay que remontarse al trabajo realizado por el ovetense JUAN DE HEVIA BOLAÑOS, donde ya se empieza a estudiar las clases de fallidos, los convenios con los acreedores y algunas de las diligencias del procedimiento de quiebra²⁴³.

Por otro lado, a continuación es inexcusable traer a colación una de las obras de referencia de nuestro derecho concursal en España; es la primera obra que estudia y expone detalladamente – de forma ordenada y sistematizada – el proceso de declaración judicial de concurso; se trata de la conocida obra del Tratadista SALGADO DE SOMOZA: «*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*²⁴⁴» que incluso, ya – visionaba o preconizaba – comenzaba a exponer, con rigor, una teoría general sobre el convenio preventivo y preservativo. A las dos anteriores obras, hay que sumar otra tercera referencia obligada, el famoso tratado de AMADOR RODRÍGUEZ donde el autor ya nos ofrecía un análisis sistemático de proceso de declaración judicial de la quiebra²⁴⁵.

En España, las Ordenanzas de Bilbao de 1737²⁴⁶ regulaban, por primera vez, la antigua quiebra y la suspensión de pagos; existían ambas instituciones

²⁴² Vid., ALMAGRO NOSETE, J., *Consideraciones de Derecho Procesal*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 414

²⁴³ Vid., DE HEVIA DE BOLAÑOS, J., *Curia philipica*, laberintho de comercio terrestre y naval, primera edición, Lima, pp. 1603-1617, concretamente el capítulo XI del libro II, dedica unas cuantas páginas a esta materia.

²⁴⁴ Vid., SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, ed. Lyon, 1651.

²⁴⁵ Vid., RODRÍGUEZ, A., *Tractatus concursu, et privilegiis creditorum in bonus debitorum*, ed. Lyon, 1665, obra sistemática donde se estudiaba el proceso de declaración judicial de la quiebra.

²⁴⁶ Nos referimos a las Ordenanzas de Bilbao confirmadas por Rey Felipe V en el año 1737, cuyo cuerpo legal constituía un código para los comerciantes, donde se contenían, en materia concursal, varios de los principios que se desprendían de las viejas Ordenanzas

porque ya, en dichas Ordenanzas se entendía que la suspensión de pagos debía entenderse como un estado distinto y preliminar al de la quiebra; es decir, el tratamiento que se dispensaba al deudor que se encontraba en estado de quiebra era diferente al que se dispensaba al deudor en situación de iliquidez.

A diferencia del procedimiento de quita y espera²⁴⁷, el viejo procedimiento de suspensión de pagos estaba regulado en la vieja *Ley de Suspensión de Pagos* de 26 de julio de 1922 y, en los antiguos artículos 870 a 873 del Código de Comercio de 1885, cuya regulación nos remitía a una Ley especial. Pero antes de llegar a los anteriores hitos normativos, es necesario hacer un breve cronograma de todas las normas que, desde las Ordenanzas de Bilbao del año 1737²⁴⁸ hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal²⁴⁹, han ido regularon y «moldeando» (*rectius*: reformando) al viejo procedimiento de *suspensión de pagos*.

francesas sobre esta materia, cuya influencia en dichas Ordenanzas era de sobra conocida. Sobre Las Ordenanzas de Bilbao, de forma general, *vid.*, el fundamental trabajo de LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 49 y ss., y toda la doctrina allí citada; concretamente *vid.*, las fundamentales obras de ALEJANDRE GARCÍA, J.A., *La quiebra en el derecho histórico español anterior a la Codificación*, ed. Universidad, Sevilla, 1970, p. 127 y ss.; y VICENTE Y GELLA, A., *Curso de derecho mercantil comparado*, Ed. Tip. "La Academia", Zaragoza, 1960.

²⁴⁷ El derogado procedimiento judicial de quita y espera venía regulado en el artículo 1912 y ss del CC y, en los artículos 1130 y ss., de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

²⁴⁸ El capítulo XVII de las Ordenanzas de Bilbao, se titulaba: «*De los Atrasos, Fallidos, Quebrados o Alzados; sus clases y modo de proceder en sus quiebras*», dicho capítulo dividía la quiebra en tres clases: i) el atraso, ii) la quiebra inculpable; y, iii) el alzamiento; la primera clase, el atraso es el claro antecedente de lo que se conocería años más tarde como suspensión de pagos.

²⁴⁹ Con la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en septiembre de 2004, comenzaba un nuevo panorama legislativo en el Derecho concursal español, al quedar derogadas todas las normas concursales anteriores contenidas en: el Código de Sainz de Andino de 1829 (artículos 1017 a 1173 que estaban en vigor mientras no se opusieran a lo establecido en el Código de Comercio de 1885), el Código de Comercio de 1885 (arts. 870 y siguientes), la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 cuyos artículos afectados convivieron con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil hasta septiembre de 2004 (arts. 1130-1317 y 1318-1396), en el Código Civil (arts. 1912 y ss.), la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 y los artículos 870 a 873 del Código de Comercio de 1885, entre otros.

Como apuntaba HERCE²⁵⁰, el procedimiento judicial de suspensión de pagos es un procedimiento netamente español, cuyo antecedente directo había que buscarlo en las Ordenanzas de Bilbao de 1737, donde el capítulo XVII²⁵¹ dividía a la quiebra en tres clases: i) *el atraso*; ii) *la quiebra inculpable*; y, iii) *el alzamiento*²⁵²; la primera clase de quiebra²⁵³, que era el claro antecedente de la suspensión de pagos, comprendía al grupo de comerciantes o *atrasados* que contaban con bienes suficientes para pagar todas sus deudas (solventes), pero que se encontraran en la imposibilidad de hacerlo de forma puntual por algún *accidente justificado*, por lo tanto, aun teniendo bienes suficientes no podían pagar sus créditos a sus respectivos vencimientos por falta de *liquidez*²⁵⁴, en dichas situaciones se convertían en *atrasados* (para poder ser declarado *atrasado* se exigía el requisito de *solvencia* y el requisito de *buena fe del deudor*), pues se acogían a esta primera forma de quiebra – más liviana – en la que bastaba con que los acreedores concedieran al *atrasado* una espera para poder cumplir con

²⁵⁰ HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos judiciales preventivos del...», op. cit., p. 196.

²⁵¹ Algunos autores consideraban este texto legal: El capítulo XVII «*De los atrasos, Fallidos, Quebrados, o Alzados; sus clases y modo de procederse en sus quiebras*», de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, como el resultado de la sistematización legal precedente como fue la obra de Francisco SALGADO DE SOMOZA: *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, del año 1651, que no sólo recibía influencias doctrinales de la obra de Salgado de Somoza, sino que dicho procedimiento también recibía un gran tendencia «burocratizadora», firmemente predominante en la política de Estado absoluto español de los siglos XVII y XVIII, y se observaba una clara intervención Estatal subordinando la quiebra a las formalidades y garantías de un verdadero juicio, que resalta el carácter público del mismo. Vid. BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el derecho de quiebras: una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, pp. 115-116., y toda la doctrina allí citada.

²⁵² Vid. BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el derecho de quiebras...*, op. cit., pp. 116-117.

²⁵³ Esta primera clase de quiebra denominada «el atraso», art. 2 de las Ordenanzas de Bilbao, consideraba la situación patrimonial de *liquidez*, se resolvía, simplemente, con la realización de un convenio con los acreedores que permita el pago aplazado de las deudas. Las Ordenanzas de Bilbao insisten además en que a estos últimos *atrasados* «*se les ha de guardar el honor de su crédito, buena opinión y fama*». Vid. BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el derecho de quiebras...*, op. cit., p. 117.

²⁵⁴ BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el derecho de quiebras...*, op. cit., p. 117.

sus obligaciones evitando la quiebra²⁵⁵. Posteriormente, en el Código de Comercio de Sainz de Andino, promulgado en el año 1829²⁵⁶, tampoco podía hablarse de quiebra y suspensión de pagos como institutos concursales diferenciados, puesto que dicha norma distinguía cinco clases de quiebra, y a la primera clase de quiebra la denominó *suspensión de pagos* (art. 1002 CCo)²⁵⁷, que vino a sustituir al viejo *atraso* de las viejas Ordenanzas de Bilbao del año 1737²⁵⁸. Como es sabido, el Código de Comercio de 1829, que regulaba todo el Derecho material de la quiebra²⁵⁹ exigía que, para poder pedir la suspensión total de sus pagos y solicitar a sus acreedores un plazo para realizar sus mercancías o créditos con el fin de satisfacerlos, era necesario que el deudor tuviera bienes suficientes para para cubrir todas sus deudas, es decir, debía ser un deudor *solvente* (art. 1003 CCo)²⁶⁰.

Con el paso de los años y la aprobación del Código de Comercio de 1885, se vino a delimitar el nuevo estado de suspensión de pagos como un estado distinto al de declaración judicial de quiebra, convirtiendo a la primera en un

²⁵⁵ Vid. HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del...», op. cit., p. 196.; DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales», en DE LA OLIVA SANTOS-FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., (autores), *Derecho Procesal Civil IV*, pp. 317 y ss.

²⁵⁶ Sobre el concepto y las clases de quiebra del Código de Comercio de 1829, véase por todos a OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de pagos y quiebra...», op. cit., pp. 350 y ss.

²⁵⁷ Véase la introducción sobre la regulación de la suspensión de pagos en el Código de Comercio de SAINZ DE ANDINO (1829) que hace MASCARELL NAVARRO, M^a.J., *Aspectos procesales de la Suspensión de Pagos*, ed. Comares, 2^a edición, Granada, 1995, pp. 1-6. OLIVENCIA RUIZ, M., «La suspensión de pagos y la quiebra...», op. cit., p. 346; CUÑAT EDO, V., «El presupuesto objetivo de la suspensión de pagos», op. cit., pp. 9 y 10.

²⁵⁸ Vid., las *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble y Muy Leal Villa de Bilbao* (insertos con su Reales Privilegios, aprobadas y confirmadas por el Rey Nuestro Señor Don Felipe V, año 1737, reimpresión de 1796, pp. 120-153.

²⁵⁹ Aunque como bien apuntaba María MARCOS GONZÁLEZ-LECUONA, en dicho Código de Comercio, también existían reguladas algunas normas procedimentales, vid., *La declaración formal de quiebra...*, op. cit., p. 54 (concretamente cita a pie de página núm. 55).

²⁶⁰ HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos...», op. cit., p. 196; DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales», en DE LA OLIVA-FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (autores), *Derecho Procesal Civil IV*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 371.

*estado preliminar*²⁶¹ de la misma como un procedimiento separado y autónomo de la quiebra: lo que vino a denominar el profesor ROJO como el procedimiento de *emancipación del procedimiento de suspensión de pagos*²⁶², y, regulándolo en una sección separada dentro de la norma; además, dicho Código de 1885 redujo a tres, las clases de quiebra: i) insolvencia fortuita; ii) Insolvencia culpable; iii) Insolvencia fraudulenta (artículo 886 CCo de 1885)²⁶³; además también se modificó el presupuesto objetivo de la suspensión de pagos, pues, no se exigía el requisito de *solvencia* del solicitante de la suspensión de pagos, y le permitía pedir no sólo una espera de tiempo para verificar los créditos del deudor, sino que, también, podía pedir o proponer –conjuntamente– una quita o rebaja de los créditos²⁶⁴.

La Ley de 10 de junio de 1897 modificó el contenido de los artículos 870 a 873 del Código de Comercio de 1885, abandonó el anterior sistema de *convenio preventivo* al que podían acogerse todo los comerciantes cualquiera que fuese su situación patrimonial y se establece un sistema de simple suspensión con una moratoria o espera (no superior a tres años) en el que se exigía que el deudor, a la hora de solicitar la suspensión de pagos, fuera solvente²⁶⁵, por lo tanto, se

²⁶¹ SOTILLO MARTÍ, A., «En torno a la coincidencia temporal entre la solicitud de suspensión de pagos y la quiebra, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1976», en *RJC*, n.º 1, enero-marzo, 1977, pp. 84 y ss.

²⁶² Así lo denominó el profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de la suspensión de pagos», en *RPJ*, n.º 33, p. 1994, p. 2294. También véase OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de pagos y Quiebra en el Código de Comercio», en AA.VV., *Centenario del Código de Comercio*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 379 y ss., dicho autor decía que tras la aprobación de la Ley 1897 se producía el tránsito de un sistema preventivo (convenio preventivo) de la quiebra a otro de suspensión judicial de pagos para la tramitación de una solicitud de espera solicitada por el deudor a los acreedores. Con el primero se pretendía, fundamentalmente, evitar la quiebra en situaciones económicas que podían originar su declaración; en el segundo, ofrecer remedio específico a situaciones de dificultades transitorias, antes de que desembocasen en supuestos objetivos de quiebra; HERCE QUEMADA, V. «Procedimientos preventivos...», op. cit., p. 196; DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales...», op. cit., p. 372.

²⁶³ MASCARELL NAVARRO, M^a.J., «La declaración de suspensión de pagos: relación con la declaración de quiebra», en *RGD*, nº 576, septiembre, 1992, p. 8614.

²⁶⁴ CUÑAT EDO, V., «El presupuesto objetivo de la suspensión de pagos», op. cit., pp. 12-13

²⁶⁵ HERCE Quemda, V., «Procedimientos preventivos...», op. cit, p. 196; DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales», op. cit., p. 372; MARCOS GONZÁLEZ-LECUONA,

volvía a exigir que el solicitante tuviera bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, la espera propuesta no podía ser superior a los tres años y, además, no se le permitía, bajo ningún concepto, pedir una quita o rebaja en los créditos²⁶⁶. Posteriormente, siguiendo la remisión que hacía el derogado artículo 873 del CCo de 1885 (en su redacción tras la Ley de 10 de junio 1897) hacía un futura Ley Especial (procesal),²⁶⁷ ésta se materializó, casi veinticinco años después, con la promulgación de la controvertida Ley de Suspensión de Pagos de 1922, de 26 de julio, creada «a medida» para resolver un «caso particular»²⁶⁸ y salvar de la quiebra al Banco de Barcelona²⁶⁹; La aprobación de dicha norma supuso una

M., *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, ed. Cedecs Derecho Procesal, Madrid, 1997, pp. 65-66; en este sentido, como apuntaba BISBAL MÉNDEZ, J., «el criterio de que sólo cuando el activo sea mayor al pasivo puede procederse a la suspensión de pagos, ahorra al juez un complejo volumen de investigación, pues actúa como presunción de reversibilidad de la crisis». Vid. BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el derecho de quiebra...*, op. cit., p. 156; CUÑAT EDO, V., «Presupuesto objetivo de la suspensión...», op. cit., p. 12; DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales», op. cit., p. 372.; DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales», op. cit., p. 372.

²⁶⁶ RIVES Y MARTÍ, F.P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de Concurso de acreedores y quiebras con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*, ed. Instituto Editorial Reus, tomo II, 5ª edición, corregida y adicionada por José SAURA JUAN, Madrid, 1954, p. 25.

²⁶⁷ OLIVENCIA RUIZ, M., «La suspensión de pagos y la quiebra en el código de comercio», en *Centenario del Código de Comercio*, ed. Ministerio de Justicia, vol. I., Madrid, 1986, p. 383.

²⁶⁸ Vid. MASCARELL NAVARRO, M^a.J., *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de pagos*, ed. Comares, Granada, 1995, p. 12.

²⁶⁹ «Hay que recordar que la suspensión de pagos del banco de Barcelona era en realidad una quiebra porque su pasivo excedía ampliamente del pasivo», Vid. MASCARELL NAVARRO, M^a.J., *Aspectos procesales de la Ley de suspensión...*, op. cit., p. 12 nota 17; Dicha Ley tenía sus raíces en el proyecto presentado por Bertram y Musitu, que buscaba reordenar y establecer un proceder en los casos de suspensión de pagos de los artículo 870-873 del CCo de 1885, reformado por la Ley de 10 de junio de 1897, aunque posiblemente fue más allá de lo meramente formal o adjetivo, incluso haciendo un reforma sustantiva que vino a alterar, de algún modo, la naturaleza de la suspensión de pagos tal y como se había concebido por el legislador del Código de Comercio de 1885; Véase por todos a HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos...», op. cit., p. 196; DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales», op. cit., p. 372; TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, ed. Barcelona, 1957, pp. 86-93; OLIVENCIA RUIZ, M., «La suspensión de pagos y la quiebra en el código de comercio», en *Centenario del Código de Comercio*, ed. Ministerio de Justicia, vol. I., Madrid, 1986, p. 382 y ss.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias», en *RDBB*, n.º 29, 1988, pp. 113-164; Sánchez Andrés, A., «Las crisis bancarias en España. Apuntes sobre su tratamiento hasta la mitad del siglo XX», en *RDM*, 1984, pp. 7-45, especialmente, las páginas 41 y 42; también es fundamental seguir todo el *iter* en la crónica de la suspensión de pagos del Banco de Barcelona, en Cabana, F., *Història del Banc de Barcelona*, Edicions 62, Barcelona, 1978, pp. 163-229; MARCOS GONZÁLEZ-LECUONA, M., La

alteración sustancial al sentido de la propia declaración judicial de quiebra²⁷⁰; ante la falta de un procedimiento que sustentara toda la regulación sustantiva dicho cuerpo normativo vino a introducir un procedimiento flexible, benévolo, abreviado, económico y de solución normal concordada de amplísimo contenido, en relación con la quiebra, dejándolo en manos del propio deudor, puesto que él es el único que tiene plena disposición sobre el mismo²⁷¹.

Como decía Olivencia «la suspensión de pagos parecía que se configuraba como una verdadera vía de escape de la un quiebra rigurosa, limitativa, abocada normalmente a un liquidación judicial que no sólo encarecía más el procedimiento sino que devalúa y malbarata el activo²⁷²». Como se pudo comprobar, dicha norma no vino a introducir un nuevo Derecho especial para dar tratamiento especial a la situaciones de crisis bancarias, aunque su promulgación volvió a «descabalar» el presupuesto objetivo de la suspensión de pago ya que se volvía a la situación anterior a la reforma de 1897 del Código de Comercio, apostando por la no exigencia el requisito de *solvencia* del deudor, es decir, el deudor solicitante no tenía por qué ser *solvente* a la hora de acogerse al procedimiento de suspensión de pagos²⁷³. Además, como novedad, dicha norma permitía al deudor proponer tanto una espera –superior a los tres años–, como una quita o rebaja del crédito (o ambas peticiones conjuntamente)²⁷⁴. Por lo tanto, desde la aprobación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, de 26 de julio, podía solicitar la suspensión de pagos tanto el deudor en estado de *insolvencia provisional* (que se presentaba falta de liquidez

declaración formal de quiebra..., op. cit., p. 81; CUÑAT EDO, V., «Presupuesto objetivo de la suspensión...», op. cit., p. 15.

²⁷⁰ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «La suspensión de pagos y la quiebra...», op. cit., pp. 386-387.

²⁷¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales», op. cit., p. 273.

²⁷² OLIVENCIA RUIZ, M., «La suspensión de pagos y la quiebra...», op. cit., p. 387.

²⁷³ Ramos Méndez, F., *Derecho Procesal Civil*, ed. J.M., Bosch, S.A., tomo II, 5ª edición, Barcelona, 1992, p. 1171.

²⁷⁴ Vid. HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del...», op. cit., p. 196; MASCARELL NAVARRO, M^a.J., «La declaración de suspensión de pagos: relaciones contra la declaración de quiebra, en RGD, n.º 576, septiembre, 1992, p. 8619.

temporal, pero tenía bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, por lo tanto, era solvente) como el deudor en estado de *insolvencia definitiva* (claramente insolvente)²⁷⁵. A pesar de esta posibilidad, el profesor Cordón Moreno se manifestaba en contra, aduciendo que, en su opinión, los artículos 870 y 871²⁷⁶ del Código de Comercio de 1885 no quedaron derogados con la

²⁷⁵ URÍA GONZÁLEZ, R., *Derecho Mercantil*, ed. Madrid, 1958, p. 643; SOTILLO MARTÍ, A., «En torno a la coincidencia temporal entre la solicitud de suspensión de pagos y la quiebra, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1976», en *RJC*, n.º 1, enero-marzo, 1977, p. 85; BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el derecho de quiebras...*, op. cit., p. 157; MASCARELL NAVARRO, M^a.J., «La declaración de suspensión de pagos: relaciones con la declaración de quiebra», ed. *RGD*, n.º 576, septiembre de 1992, pp. 8619-8620; PULGAR EZQUERRA, J., *El presupuesto objetivo de la quiebra en el Derecho español*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, El Ejido, 2000, p. 102-103; en este sentido también se pronunciaba la famosa Circular 1/1995, de 6 de abril, del Fiscal General del Estado: «No es normal que la insolvencia (pasivo superior al activo) y sí sólo la iliquidez, se reconozca en las solicitudes de suspensión de pagos, pero si así ocurriera excepcionalmente y tras el examen de los antecedentes documentales que constaran, el déficit patrimonial ello no será obstáculo decisivo para que el Ministerio Fiscal informe favorablemente la admisión a trámite, pues la suficiencia de bienes como requisito objetivo exigido por el Código de Comercio para solicitar la suspensión de pagos (arts. 870 y 871 CCo), se desconoce en la Ley de 1922, con lo que la insuficiencia patrimonial inicial sólo es productora de efectos en la calificación de la insolvencia de las suspensiones de pagos admitidas y declaradas».

²⁷⁶ Según la opinión de CORDÓN MORENO, el viejo artículo 871 del Código de Comercio de 1885, si quedó parcialmente derogado con la promulgación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, de 26 de julio, con respecto a la limitación de que haya vencido una sola obligación y al plazo, en los demás extremos no), véase en CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de Pagos y quiebras: una visión jurisprudencial*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 49.; otros autores que también piensan que los artículos 870 y 871 del CCo no se han derogado con la promulgación de la Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de derecho Mercantil*, ed. Madrid, 1962; Molina, E., «Procedimiento de suspensión de pagos: consideraciones generales», en *RD Pri*, p. 813; GUILLÉN E IGUAL, *Suspensión de pagos*, ed. Barcelona, 1974, p. 21, citados por Vicente CUÑAT EDO, en «Presupuesto objetivo de la suspensión...», op. cit., pp.15-16.; Por otro lado están los autores que entienden que se ha derogado tácitamente los artículos 870 y 871 del CCo, como: URÍA, R., *Derecho Mercantil*, ed. Madrid, 10ª edición, 1975, p. 793; SÁNCHEZ-CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid, 1970, pp. 482 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales», op. cit., p. 373; TORRES DE CRUELLES, J., *Suspensión de pagos*, ed. Barcelona, 1957, pp. 83 y 295 y ss., y 307 y ss. SAGRERA TIZÓN J.M^a., *Comentarios a la Ley de la Suspensión de pagos*, ed. Barcelona, 1974, pp. 108 y ss., y 168 y ss.; Por otro lado están los que sostienen la vigencia parcial de los artículos 870 y 971 del CCo, como CUÑAT EDO, V., «Presupuesto objetivo de la suspensión...», op. cit., pp. 29 y 30, que dice que: «los artículos 870 y 871 del CCo siguen parcialmente vigentes, pues el presupuesto exigido en ellos, de estar al corriente o en un plazo de 48 horas desde que se dejó de estar, no está en contradicción con ningún precepto o norma de la Ley de Suspensión de pagos, que los derogue. Lo que supone su plena vigencia y ello no implica sólo el cumplimiento del plazo de 48 horas, pues lleva implícito en su exigencia un regla de diligencia sintetizable en que, sólo es admisible la petición de quien estando al corriente, es lo suficiente diligente y previsor para conocer la próxima imposibilidad de satisfacer todas sus deudas y actúa, consecuentemente con dicha previsión, solicitando el beneficio de la suspensión de pagos». Finalmente el profesor ROJO, en relación con la declaración judicial de la suspensión de pagos diferida, entendía «que la promulgación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, ha eliminado la el presupuesto de la oportunidad de la

promulgación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, de 26 de julio, y, por tanto, era inexcusable el requisito de la solvencia del deudor que se quería declarar en estado de suspensión de pagos, no siendo admisible *ab initio* que el mismo fuera declarado en estado de suspensión de pagos, estando en situación de *insolvencia definitiva*, porque la situación del deudor en ese caso es de auténtico desbalance²⁷⁷.

3. Fundamento del procedimiento de Suspensión de Pagos: la facultad o el poder de pedir la suspensión de pagos

A la hora de explicar y entender –rigurosamente– el fundamento de la vieja *suspensión de pagos* regulada en la derogada Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, creemos que es oportuno traer a colación la tesis del profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, que decía que «el derecho del deudor a pedir la suspensión de pagos (al igual que ocurría en el viejo procedimiento de quita y espera) era, en puridad, «una *facultad* o *potestad*»²⁷⁸ exclusiva del deudor, que cuando se ejercitaba, producía una nueva situación jurídica frente a la que los acreedores nada podían hacer y, lo que era más importante, no podían evitar»²⁷⁹; dicha situación jurídica se puede concretar en los siguientes efectos jurídicos: i) el ejercicio de esa potestad determinaba la

solicitud, permitiendo la apertura del procedimiento y la posterior declaración judicial de la suspensión de pagos cualesquiera que sean, en el momento de presentar la solicitud, las fechas de los vencimientos de las obligaciones insatisfechas», en La declaración judicial de suspensión de pagos, en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil: Libro homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, La Ley, Madrid, tomo III, 1994, p. 2317.

²⁷⁷ CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de Pagos y quiebra: una visión jurisprudencial*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 49.

²⁷⁸ Parecía que lo se desprendía de la Ley era un derecho del deudor (como así prescribe la Ley), aunque más bien como dice el Profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, estábamos ante una verdadero poder (facultad o potestad) en exclusiva del deudor; un beneficio exclusivo del propio deudor que tiene el poder de ejercitarlo o no; «en los casos en los que el deudor ejercitaba dicho beneficio, se producía una nueva situación jurídica frente a la que los acreedores nada pueden hacer y, lo que es más importante, no pueden evitar». Vid. en su «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», op. cit., p. 198 y, también, véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducida por la nueva disposición adicional cuarta: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV, *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 168.

²⁷⁹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y... », op. cit., pp. 197-198. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial: Acuerdos de refinanciación y Acuerdos extrajudiciales de pagos*, ed. La Ley, 2ª edición, Madrid, 2016, p. 568.

suspensión de todas las ejecuciones que existan o se sigan contra el deudor (art. 9 LSP); ii) dicha situación jurídica sometía al deudor y a los acreedores a la necesidad de adoptar un acuerdo que podía ser denegatorio o confirmatorio de la suspensión, que deberá ser tomado bajo el principio de la mayoría, por lo que afecta en igual medida a todos los acreedores, aun cuando sean los integrantes de la minoría²⁸⁰. Una vez que el deudor era declarado judicialmente en estado de suspensión de pagos, no era posible declararle simultáneamente en estado de quiebra, pues, el estado de suspensión de pagos era un «estado de derecho» *incompatible* con el estado de quiebra²⁸¹.

El actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), también se traduce en una *facultad o potestad* para el deudor – en el mismo sentido que los derogados procedimientos de suspensión de pagos y de quita y espera –, puesto que el deudor si decide solicitar el precurso, ejercita una facultad que le brinda el Ordenamiento, colocándose ante una nueva situación jurídica, la de «precurso»: un espacio temporal de respiro (de cuatro meses) idóneo para intentar buscar el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores o, las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, para conseguir remover o prevenir su estado de insolvencia; como decía el profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ, lo verdaderamente importante es que cuando el deudor ejercita dicha facultad (al solicitar el precurso del art. 5

²⁸⁰ La excepción a la regla general es que los acreedores a los que se refiere el artículo 1140 LEC de 1881 y, los artículos, 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, de 26 de julio, es decir los acreedores con *derecho de abstención*: los acreedores singularmente privilegiados, privilegiados e hipotecarios del artículo 913.1º, 2º y 3º del Código de Comercio de 1885, no les afecta esa sujeción y, por lo tanto, pueden no intervenir en dicho acuerdo y, por ende, no quedar vinculado por el mismo. En los procedimientos de suspensión de pagos, si estos acreedores con derecho a abstención, comparecieran en la Junta general de acreedores, quedarán vinculados al convenio, sin que sus créditos se tomen en cuenta a los efectos de computar las mayorías exigibles para la aprobación judicial del convenio. Véase en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensiones de pagos», op. cit., pp. 198 y 208.

²⁸¹ Así lo entendía el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de enero de 1891, véase en RIVES Y MARTÍ, F.P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso...*, op. cit., p. 37, cuando el autor trataba los deberes y los derechos del declarado suspenso.

bis), los acreedores nada pueden hacer para evitarlo²⁸². Dicho de otra manera, el deudor que se encuentra en estado de insolvencia (actual o inminente) o, en estado de preinsolvencia es *libre*²⁸³ de acogerse al precurso para dar un tratamiento legal a su estado de insolvencia (o preinsolvencia²⁸⁴), en lugar de acudir directamente a solicitar la declaración judicial de concurso (art. 5.1 LC); cuando un deudor solicita el precurso (art. 5 bis LC), al igual que ocurría con la solicitud de la vieja suspensión de pagos, está ejercitando una facultad (libertad de hacer o de desenvolver el interés propio), mientras que los acreedores ante el ejercicio de dicha facultad tienen la obligación, *rectius*: quedan ligados a no impedir al deudor hacer lo que ha querido (solicitar el precurso), y esto se consigue, por la necesidad y la previsión de las sanciones impuestas por la Ley²⁸⁵; en palabras de CARNELUTTI la *facultad* «se traduce en ser libre de hacer, en el sentido de no tener por parte de otros ni sujeción ni supremacía; *sensu contrario*, la obligación consiste en no tener

²⁸² Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», op. cit., p. 198., también, del mismo autor vid. «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal y...», op. cit., p. 168.

²⁸³ Como bien explicaba el gran maestro CARNELUTTI, (...) *La facultad no es otra cosa, según el significado mismo de la palabra, que la libertad de hacer, (...), es decir, la libertad de desenvolver el interés propio. Para procurar a uno de los interesados esta libertad, el derecho impone al otro una obligación, y también aquí la palabra se expresa con claridad: estar obligado quiere decir estar ligado con objeto de no impedir a otro hacer lo que quiere», véase en CARNELUTTI, F., Teoría general del Proceso, ed. Editorial Revista de Derecho Privado, (traducido por Carlos G. Posada, Madrid, 1941, pp. 173-174*

²⁸⁴ A pesar de las reticencias que pueda oponer la doctrina científica, nosotros entendemos que lo más razonable es seguir la tesis del profesor ROJO, creemos que desde la reforma concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, el deudor en estado de *preinsolvencia*, es decir, que aún es solvente, pero que pronostica que a medio/largo plazo es objetivamente probable (tras hacer un juicio de probabilidad) que no pueda (incapacidad) cumplir con sus obligaciones exigibles, podrá solicitar el precurso (art. 5 bis LC). Además como apunta ROJO, «no era nada descabellado plantearse que un deudor solvente acuda al precurso, si tenemos en cuenta de que puede solicitar el carácter reservado de su solicitud, liberarse del deber de solicitar la declaración de concurso y, por tanto, de las consecuencias que en el ámbito de la calificación del concurso origina el incumplimiento de ese deber (ex art. 165.1.1º LC), e impedir la provisión de solicitudes de concurso necesario, puede obtener la paralización de determinadas ejecuciones». Véase con detenimiento el trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El Derecho Preconcurso», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), AA. VV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, vol. III, 13ª edición, 2015, pp. 565-566.

²⁸⁵ Para ver la definición y el concepto de facultad véase CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho*, ed. Revista de Derecho Privado, traducción española de Carlos G. Posada, Madrid, 1941, pp. 173-174.

libertad para impedir que otro haga, ya que el derecho le impide que lo impida»²⁸⁶. En definitiva, como apuntaba Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, «desde el punto de vista conceptual y de la teoría general del proceso, el deudor que solicita el concurso (ex art. 5 bis), está ejercitando un *derecho potestativo* al cambio jurídico, es decir, al ejercitar dicho derecho potestativo se produce el nacimiento de una nueva situación jurídica que afecta al deudor, a los acreedores, a los demás legitimados para solicitar el concurso y que envuelve y determina posteriores decisiones judiciales²⁸⁷. Por ello, en caso de solicitar el concurso (pasaba igual en la quita y espera y en la suspensión de pagos²⁸⁸) el deudor ejercita un *derecho potestativo*²⁸⁹ (exclusivo) de: i) bloquear *ipso iure* el poder de los acreedores de solicitar la declaración de concurso necesario²⁹⁰, ii) paralizar o suspender determinadas ejecuciones²⁹¹ y, además, iii) provocar el

²⁸⁶ Vid. CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho...*, op. cit., p. 174

²⁸⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal y...», op. cit., pp. 171-172.

²⁸⁸ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera...», op. cit, p. 198.

²⁸⁹ Como así lo denomina técnicamente el profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ en «Las reformas del art. 5.3 y...», op. cit. pp. 171-172.

²⁹⁰ En virtud de lo que prevé el apartado 3º del artículo 15 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal: «Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal. Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes».

²⁹¹ Así dispone en artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal: «4. Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1;
- b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación;
- c) Se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos;
- d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio;
- e) o tenga lugar la declaración de concurso. En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando

nacimiento de una nueva situación jurídica temporal (de cuatro meses) de «desahogo o respiro²⁹²» para que el deudor pueda *remover* o *prevenir* su situación de insolvencia mediante la suscripción o formalización de los diferentes negocios jurídicos que el artículo 5 bis 1 de la Ley concursal pone a su disposición: i) La búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, ii) la suscripción de un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional Cuarta LC); o, iii) La suscripción de un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC).

Siguiendo con la explicación sobre la antigua *suspensión de pagos*, y en virtud de todo lo que hemos anticipado sobre ella, tenemos que decir que ésta

constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente.

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

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

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

²⁹² La moratoria temporal del deber de solicitud de concurso de cuatro meses (2+3+1) concedida por el decreto dictado por el letrado de la Administración de Justicia, por el que se tiene por presentada la solicitud de precurso, se convierte en un espacio temporal de «respiro» (*breathing time*) en el que, el deudor, que continua con la gestión y administración de su empresa, puede llevar a cabo, sin presiones, alguno de los negocios jurídicos que la norma le propone, para que pueda *remover* o *prevenir* su situación de insolvencia. Según el artículo 5 bis 1, en la solicitud de precurso el deudor puede optar por formalizar uno de los tres negocios jurídicos que prevé la norma: i) puede optar por llevar a cabo un convenio de refinanciación (art. 71 bis1 y Disposición adicional Cuarta LC); ii) puede optar por solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC) o, iii) puede optar por buscar adhesiones para una propuesta anticipada de convenio. Como podemos ver, en este extremo el actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) se asemeja al viejo procedimiento de suspensión de pagos, ya que el precurso se convertía en un espacio temporal de respiro para el deudor (que conservaba la gestión y administración de la empresa), en condiciones similares a las de la vieja suspensión de pagos, pues, como apuntaba Faustino Córdón sobre la vieja suspensión de pagos: «*se trata, al menos en principio, de que el comerciantes pueda continuar con su actividad, dándole un “respiro” que le permita superar su situación provisional de insolvencia, normalmente por causa de iliquidez*», véase en CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra: una visión jurisprudencial*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 31.

debía ser considerada como un *procedimiento judicial*, por intervenir en el mismo un juez, aunque su intervención no era en modo alguno jurisdiccional como proponía algún autor²⁹³, sino que, más bien se trataba de un verdadero procedimiento de jurisdicción voluntaria²⁹⁴, cuyo fundamento y finalidad esencial era –al igual que ocurría en la quita y espera– la *evitación* del proceso de quiebra, mediante la formalización de un convenio o acuerdo con los acreedores, que será aprobado por el juez competente²⁹⁵. En el convenio de la suspensión de pagos, claramente *preventivo del proceso de quiebra*, el deudor podría proponer una rebaja o aplazamiento de los créditos y la suspensión del cumplimiento de sus obligaciones; en palabras de Herce, la denominación de dicho procedimiento (*de suspensión de pagos*) viene dada por el principal efecto que se desprende de la providencia inicial del procedimiento por la que se tiene por solicitada la suspensión (art. 4 LSP): la paralización de las ejecuciones individuales instadas por los acreedores (art. 9 LSP)²⁹⁶. En puridad, tal y como se configuraba, podemos decir que el fundamento del procedimiento de suspensión de pagos se encontraba en el mismo fin de perseguir la *eliminación*

²⁹³ En sentido contrario parecía entenderlo el profesor Faustino CORDÓN MORENO, al traer a colación el conocido Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 1994, en el que sostenía que el juez de la suspensión de pagos «(...) tenía facultades de *índole jurisdiccional*, como son las relativas a las declaraciones del estado jurídico de suspensión de pagos, la admisión de créditos y su calificación o la aprobación del convenio, y también facultades que podríamos denominar administrativas, como son las relativas a la intervención general de las operaciones del comerciante suspenso que normalmente realiza a través de interventores, pero que nada impide que pueda en momentos importantes asumir directamente.(...)».

²⁹⁴ HERCE QUEMADA, V., «Ejecución general. Los estados preliminares de quita y espera y suspensión de pagos. Exposición de las normas que los regulan», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª edición, ed. Madrid, 1951, p. 647; RIVES Y MARTÍ, F.P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*, ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, p. 26.; del mismo autor, véase «Procedimientos preventivos del proceso II», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, vol. II, 1979, p. 197; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, ed. Colex, 2ª edición, Madrid, p. 199.

²⁹⁵ HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos judiciales preventivos del proceso II», op. cit., p. 196.

²⁹⁶ Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Madrid, 4ª edición, 1962, p. 455; HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos (II)», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), en *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, 2ª edición, 1979, p. 196.

del proceso, considerado, al mismo, como un mal social²⁹⁷; en otras palabras, se trataba de impedir la quiebra a todo trance, para evitar la liquidación de las empresas, atendiendo a los perjuicios que se causan a los interesados y a la economía nacional, sobre todo, en situaciones de crisis económicas en las que cundían las quiebras²⁹⁸.

4. La identidad de naturaleza jurídica entre el procedimiento de suspensión de pagos y actual procedimiento de concurso

A pesar de que algunos autores defendieran a «ultranza» la naturaleza procesal y, por ende jurisdiccional del procedimiento de suspensión de pagos²⁹⁹, lo cierto es que la suspensión de pagos –de antaño– descansaba,

²⁹⁷ HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del proceso (II)», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), en *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, 2ª edición, 1979, p. 196.; GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Madrid, 1962, p. 480, cuyo maestro venía a decir que desde que se dictaba por el juzgado la providencia por la cual se tenía por solicitada la declaración de estado de suspensión de pagos se producen dos efectos importantes: i) la intervención de todas las operaciones del deudor y, ii) la eliminación de la quiebra mientras dura el expediente ya incoado.

²⁹⁸ DE BROCA, G.Mª, y MAJADA, A., *Práctica Procesal Civil*, ed. Bosch, tomo II, 14ª edición, Barcelona, 1975, p. 2016.

²⁹⁹ Por todos TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, ed. Bosch, Barcelona, 1957, *pássim*, del mismo autor, también citamos la misma obra completada y actualizada por Román Más y Calvet, *La suspensión de pagos*, en su 2ª edición de 1995, ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 21. Dicho autor entendía que la suspensión de pagos era un proceso de ejecución; SAGRERA TIZÓN, J.Mª., *Comentarios a la Ley de Suspensión de pagos*, ed. Barcelona, 1974; también incluimos a GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 1268-1269, a pesar de que el profesor SERRA DOMÍNGUEZ, encuadraba a dicho autor entre los que defendían que la naturaleza jurídica de la suspensión de pagos descansaba sobre los cimientos de la jurisdicción voluntaria, por la razón de que el mismo clasificaba a la suspensión de pagos, junto a la conciliación, como *procesos de eliminación*, es decir, como procesos que eliminaban el proceso que nosotros entendemos totalmente lo contrario, puesto que el profesor de Madrid entendía que la suspensión de pagos era un proceso jurisdiccional especial de *eliminación de la quiebra* (dentro de los procesos de eliminación: junto a la conciliación, que era – y es a nuestro juicio – un acto de jurisdicción voluntaria), la tesis del profesor GUASP se presentaba, en nuestra opinión, un tanto confusa, puesto que, en su manual de *Derecho Procesal Civil*, citado *ut supra*, lo trataba de proceso jurisdiccional al afirmar que se trataba un proceso especial de cognición limitada, por ello entendemos que era partidario de la naturaleza contenciosa en lugar de la voluntaria., además, sólo con la siguiente afirmación se puede dejar entrever la verdadera opinión del autor: «(...) Se trata de un verdadero proceso; en él interviene el órgano jurisdiccional en cuanto tal, y la misión de la suspensión de pagos es la de satisfacer una pretensión procesal determinada (...)», sobre la autorizada opinión del profesor SERRA DOMÍNGUEZ, véase SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica del expediente de Suspensión de pagos», en *RDP*, n.º 1, 1969, p. 129.

como veremos, en el ámbito de los expedientes de jurisdicción voluntaria³⁰⁰, aunque, siguiendo la clasificación dogmática establecida por Herce, preferimos utilizar el término «*procedimiento judicial de suspensión de pagos*», ya que así clasificaba dicho autor a la suspensión de pagos, al entender que la naturaleza jurídica de la misma pertenecía a la jurisdicción voluntaria³⁰¹, pues, como bien exponía la doctrina, la suspensión de pagos no era, en ningún caso, un verdadero *proceso jurisdiccional*³⁰², al no plantearse contienda en la misma; no existen partes controvertidas, es, decir no existe parte que pide frente a otra frente la actuación de un pretensión, en puridad dentro de la suspensión de pagos el solicitante puede ser un interesado, siendo el mismo el único que tiene plena disposición sobre el expediente³⁰³. Además, dicho procedimiento no incoaba por demanda, tampoco era susceptible de ventilarse por juicio, ni la resolución de dicho expediente podía pasar por autoridad de cosas juzgada³⁰⁴, sino que, según la clasificación dogmática que elaboraba Herce, venía a ser un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, cuya finalidad era la de evitar

³⁰⁰ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica del expediente de suspensión...», op. cit., 128 y ss.

³⁰¹ A favor de que la suspensión de pagos era un procedimiento de jurisdicción voluntaria, véase por todos a Plaza, *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, 1945, tomo II,, p. 289; FERRER MARTÍN, D., «Naturaleza jurídica de la suspensión de pagos», en *RdM*, n.º 89, julio-septiembre, 1963, p.113; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal, Procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 83-84; RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores y quiebras*, ed. Instituto Editorial Reus, tomo II, 5ª edición, corregida y adicionada por José SAURA JUAN, Madrid, 1954, p. 26; Molina, Procedimiento de suspensión de pagos, en *RDPr*, Madrid, 1956, p. 803; HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del proceso (II)», op. cit., pp. 196, 377 y ss. El autor utiliza el termino procedimientos judiciales para referirse a lo que otros denominan expedientes de jurisdicción voluntaria; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza del expediente de suspensión de pagos», en *RDPIb*, n.º 1, 1979, pp. 138 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión...», op. cit., p. 199;

³⁰² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, ed. Colex, 2ª edición, Madrid, 2000, p. 199.

³⁰³ SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza del expediente de suspensión de pagos», en *RDPIb*, n.º 1, 1979, pp. 132.

³⁰⁴ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza del expediente...», op. cit., pp. 138 y ss.

—a todo trance— el proceso jurisdiccional (es decir, el *proceso de declaración judicial de quiebra*)³⁰⁵.

A pesar de la dificultad de que nuestro Tribunal Supremo pudiera pronunciarse sobre la verdadera naturaleza de la suspensión de pagos, debido, entre otras, a la falta de resoluciones susceptibles de recurso a los largo de la tramitación del procedimiento y, la única resolución que podía entrar en la naturaleza jurídica del mismo es la que resuelve el incidente de oposición al convenio (art. 17 LSP)³⁰⁶, pero no era susceptible de ser recurrida en casación. Asimismo nuestro Alto Tribunal entendía que la Suspensión de pagos venía a ser es un estado preliminar al de quiebra, lo que hace resaltar su carácter pre-contencioso unánimemente destacado por la doctrina; asimismo, nuestro Tribunal Supremo en una sentencia de 22 de octubre de 1896³⁰⁷, no había sido muy claro sobre esta cuestión, declarando que *«la suspensión de pagos tiene cierto carácter de juicio universal, porque se tramita como las quitas y esperas que son juicios universales»*; aunque, *sensu contrario*, también hubo algún pronunciamiento, verbigracia: la sentencia de 7 de octubre de 1893³⁰⁸, donde al Alto Tribunal decía que: *«la suspensión de pagos no tiene carácter universal que otorga la Ley al Concurso y a la quiebra para avocar todo el conocimiento de todas las reclamaciones pendientes contra el quebrado o concursado»*.

Aunque a nuestro juicio, no se podía tener a dicho procedimiento como un juicio universal, y por ende, como un proceso jurisdiccional (contencioso), porque el procedimiento no incoa con un escrito de demanda, sino con un

³⁰⁵ HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos judiciales preventivos...», op. cit., pp. 177-210; Así también se pronunciaba PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal, Procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 83-84.

³⁰⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica del expediente de suspensión de pagos», en RDP, n.º 1, 1979, pp. 129-130.

³⁰⁷ Vid. STS de 22 de octubre de 1896., véase en RIVES Y MARTÍ, F.P., *Teoría y Práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores...*, op. cit., p. 27.

³⁰⁸ Vid. STS de 7 de octubre de 1893, vid en RIVES Y MARTÍ, F.P., *Teoría y Práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores...*, op. cit., p. 27.

³⁰⁸ Vid. STS de 7 de octubre de 1893.

escrito simple de solicitud a instancia del deudor, como todos los actos de jurisdicción voluntaria, además, mientras no haya oposición al convenio o la continuación del procedimiento, no se podía hablar del paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa³⁰⁹. Como defendía el profesor Serra Domínguez, en el procedimiento de suspensión de pagos entendemos que no se podía hablar de partes contrapuestas (inexistencia de contradicción), no se tramitaba un juicio, cuando incoaba dicho expediente, y, por ende, tampoco se podía hablar de cosa juzgada³¹⁰. En la línea de que el procedimiento de suspensión de pagos no era un proceso contencioso y universal, la Audiencia Territorial de Barcelona de 14 de diciembre de 1955, incluso llegaba a declarar que la suspensión de pagos era un «contrato transaccional» que se presentaba incompatible con el pretendido carácter contencioso de la suspensión de pagos³¹¹, con el siguiente argumento: *«El procedimiento de la suspensión de pagos no es un juicio universal ni un procedimiento establecido en beneficio de la masa general de acreedores, como el de quiebra, que tiene la virtualidad de ejercer atracción sobre todas las deudas del quebrado, sino que es un procedimiento puramente preventivo que se establece en beneficio de los comerciantes de buena fe para que puedan evitar la declaración de quiebra, conjurar o esquivar este peligro. Su verdadera naturaleza es de contrato transaccional...»*.

Como veremos a continuación, la suspensión de pagos de 1922 vigente hasta el año 2004, es, a pesar de algunas diferencias en la tramitación, un claro antecedente del procedimiento de precurso (art. 5 bis LC) cuyo objeto y finalidad, vienen a ser, en puridad, similares. El deudor común que solicitaba la suspensión de pagos buscaba evitar el proceso de declaración judicial de quiebra, mediante la formalización de un convenio o acuerdo mayoritario con sus acreedores, que posteriormente era aprobado judicialmente. Asimismo, en

³⁰⁹ FAIRÉN GUILLÉN, V. «Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la contenciosa: (el artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual), en *ADC*, vol. 44, n.º 3, 1991, pp. 941-960.

³¹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica del expediente de suspensión de pagos», en *RDPIb*, n.º 1, 1979, pp. 138 y ss.

³¹¹ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica del expediente...» op. cit., p. 130.

la actualidad, el deudor común que solicita el precurso (ex art. 5 bis) también busca evitar/prevenir el concurso de acreedores a través de la formalización de: i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis. 1 LC y Disposición Adicional Cuarta) o, ii) un acuerdo extrajudicial de pago (arts. 5 bis y 232 y ss. LC), que le permitirían salir del estado de insolvencia o prevenir la misma. Por ello, a lo largo de este capítulo trataremos de remarcar todas las características comunes entre el viejo procedimiento judicial de suspensión de pagos y el actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), para llegar a la conclusión de que el vigente procedimiento de precurso es un procedimiento análogo a la vieja suspensión de pagos y a la quita y espera, ya que, de algún modo, comparten naturaleza, objeto y finalidad.

Como ya hemos anticipado, la suspensión de pagos era un procedimiento judicial, debido a que en el mismo intervenía un juzgador; pero dicha intervención no era en ningún caso jurisdiccional, sino que más bien intervenía de forma orgánica como *mero* receptor de la solicitud de suspensión de pagos.

A la hora de delimitar la naturaleza jurídica de la suspensión de pagos, debemos partir de la idea de que la misma, al igual que pasaba con el viejo procedimiento de quita y espera, no eran verdaderos procesos jurisdiccionales³¹², más bien, nos encontrábamos ante un genuino *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*³¹³. La anterior afirmación la hacemos porque a la hora de observar el desarrollo y el impulso de aquel procedimiento, observábamos que el mismo no se incoaba por una demanda (más bien era una solicitud), no había una sentencia sobre el fondo del asunto, ni el deudor solicitante ejercitaba pretensión procesal alguna. La propuesta de convenio que presentaba el deudor no iba dirigida al Juez, para que éste se pronunciara sobre ella, es decir, en la suspensión de pagos no había controversia entre partes contendientes, el juez no decidía ni declaraba derechos intersubjetivos; la

³¹² Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 199.

³¹³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión...», op. cit., p. 199.

propuesta iba dirigida a los acreedores para que los mismos la aceptaran en la celebración de la Junta general de acreedores, y, posteriormente, una vez votado por la mayoría de los acreedores sin que fuera impugnado, éste fuera aprobado por el juez, siendo esta aprobación judicial un verdadero acto de *jurisdicción voluntaria*.

La propia Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, dejaba entrever la verdadera naturaleza de dicha institución, ya que utilizaba terminología propia de la *jurisdicción voluntaria*, pues, por ejemplo, denominaba solicitud en lugar de demanda al escrito inicial de procedimiento, hablaba de *expediente* en lugar de *juicio* o *proceso* y, como garante del Interés general en juego, en el procedimiento de suspensión de pagos, la Ley preveía la intervención como *parte* del Ministerio Fiscal, desde el inicio del procedimiento de suspensión de pagos (art. 23 LSP)³¹⁴.

Es cierto que la intervención como parte del Ministerio Fiscal en el procedimiento de suspensión de pagos (art. 23 LSP) es uno de los argumentos que utilizaban los defensores de la naturaleza procesal de la suspensión de pagos³¹⁵, pues entendían que en el procedimiento de suspensión de pagos contendían como partes procesales: el deudor suspenso frente a los acreedores y el Ministerio Fiscal para velar por el interés general y por la pureza del procedimiento³¹⁶; aunque como bien apuntaba el Profesor Serra Domínguez, que el artículo 23 de la Ley de Suspensión de pagos previera la intervención como parte del Ministerio Fiscal no significaba que nos encontráramos ante un

³¹⁴ Vid. SAGRERA TIZÓN, J.M^a. «Intervención de Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos. Denegación de la condición de comerciante y de la posibilidad de ampararse en el expediente de suspensión de pagos, consideraciones al Auto de la Audiencia de Barcelona, de 19 de mayo de 1993», en RGD de 1993, pp. 8311 y siguientes; CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de Pagos y quiebra...*, op. cit., p. 45-48, donde se pueden ver con precisión cuáles son las intervenciones del Ministerio Fiscal en el procedimiento judicial de suspensión de pagos.

³¹⁵ Vid. TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, op. cit., p. 112; SAGRERA TIZÓN, J.M^a, *Comentario de la Ley de suspensión...*, op. cit., p. 98.

³¹⁶ Vid. TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, op. cit., p. 112; SAGRERA TIZÓN, J.M^a, *Comentario de la Ley de suspensión...*, op. cit., p. 98.

proceso contencioso³¹⁷, sino que, como apuntaba Herce Quemada era lógica su intervención al ser la suspensión de pagos un procedimiento de *jurisdicción voluntaria*, siendo de aplicación el artículo 1815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881³¹⁸, del que la el artículo 23 de la Ley de Suspensión de pagos era una manifestación concreta³¹⁹. Además, como bien apuntaba Serra Domínguez, la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 1922, decía que la intervención del Ministerio Fiscal en la suspensión de pagos responde más bien a vela por la pureza del procedimiento³²⁰. Asimismo en palabras de Herce³²¹, a pesar de que la Ley permitía la intervención como parte del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de suspensión de pagos, había que decir que la misma podría parecer excesiva, pero dicha intervención servía para preservar el denominado *interés público* que subyacía en los procedimientos de suspensión de pagos, y, por tanto, dicha intervención venía justificada debido a que se trata de un procedimiento de *jurisdicción voluntaria*³²²; en este caso viene justificada la intervención del Ministerio Fiscal de la suspensión de pagos al estar en juego un crédito que al Estado le interesa proteger; el Ministerio Fiscal interviene como informante en todo el procedimiento, y como «parte» en algunos casos, aunque la Ley de suspensión de pagos le conceptúa como «parte» siempre en todo el procedimiento³²³.

Por lo tanto, quedaba patente que el viejo procedimiento de suspensión de pagos era, en puridad, un *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*; aunque, la cosa cambiaba en cuanto se producía el incidente de oposición a la

³¹⁷ Así lo explicaba SERRA DOMÍNGUEZ, M., en su trabajo «Ministerio Fiscal», en *Nueva enciclopedia Jurídica Seix*, XVI, p. 430.

³¹⁸ HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos...», op. cit., p. 197.

³¹⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica del expediente de suspensión de pagos», en *RDPIb*, n.º 1, 1979, p. 133.

³²⁰ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica del expediente, op. cit., pp. 132-133.

³²¹ Vid. HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos...», op. cit., p. 197.

³²² Vid., HERCE QUEMADA, V., «Ejecución general. Los estados preliminares de quita y espera y de suspensión...», op. cit., pp. 653-654.

³²³ Vid. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 85.

aprobación del convenio o, cuando se incoaba el juicio para la depuración de responsabilidades en las que hubiera podido incurrir el *suspense*, pues, en estos casos si estaríamos ante un proceso jurisdiccional independiente, que en todo caso, tenía naturaleza contenciosa, por lo que, se venía a producir lo que la doctrina denominaba: «*el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa*»³²⁴.

Otro de los argumentos importantes que debemos remarcar y aclarar en este pasaje a la hora de delimitar la naturaleza jurídica de la suspensión de pagos es que el Tribunal Supremo ha declarado desde antiguo, en sus sentencias de 18 de abril de 1929 y de 3 de junio de 1933, «*que la suspensión de pagos era un estado jurídico preliminar al de la quiebra*». Esta escueta y breve declaración del Alto Tribunal tiene su lógica y es muy acertada, pero, entendemos que era necesario explicarla:

En primer lugar, es cierto que el estado de suspensión de pagos pudiera ser, en algunos casos, un estadio jurídico *preliminar* al de la quiebra, sobre todo en los casos en los que el auto de declaración de la suspensión de pagos declarase que el *suspense* se encontraba en insolvencia definitiva y, los dos quintos (2/5) del total del pasivo, solicitaran el sobreseimiento³²⁵ del expediente o solicite la de declaración de quiebra para que la declarara el juzgador, sin celebrarse la junta general de acreedores (art. 10 LSP)³²⁶; pero, a pesar del contenido de la declaración del Tribunal Supremo en la sentencias referenciadas

³²⁴ Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., «Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria...», op. cit., pp. 941-960.

³²⁵ Como bien explicaba GARRIGUES, el sobreseimiento se podía dar en tres casos claramente diferenciados: a) Cuando, mantenida por el juez la clasificación de insolvencia definitiva, el *suspense* o los acreedores que representen los dos quintos del total del pasivo soliciten que se sobresea el expediente y, además, pueden pedir, que se declare la quiebra (art. 10 LSP), se dejaba a criterio de los acreedores si debía seguir con la suspensión de pagos o debían declararse en la quiebra; b) Cuando la junta no concurriesen acreedores cuyos créditos sumasen, por lo menos, tres quintos del pasivo del deudor, deducido el importe de los créditos que, teniendo derecho de abstención hayan usado de él (art. 13); c) cuando en la votación no se reuniera la mayoría prevista en el artículo 14. Es este caso se entiende desechada la propuesta del convenio, con la consecuencia lógica —que la ley omite— de que queda abierto el camino a los acreedores para perseguir aisladamente sus créditos o provocar la quiebra en su caso (art. 15). Vid. en *Curso de derecho mercantil*, op. cit., p. 463-464.

³²⁶ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso...*, op. cit., p. 463; BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el Derecho de Quiebra...*, op. cit., p. 158.

ut supra, hemos de decir que la finalidad primordial de la suspensión de pagos era la *evitación* de la quiebra y, que, por tanto, «rezumaba» por todos los extremos la finalidad *preventiva* de dicho procedimiento, que se configuraba, a nuestro juicio, como un procedimiento judicial autónomo e independiente al margen del proceso de declaración de quiebra. Cuando se hablaba de procedimientos judiciales de suspensión de pagos, estamos ante lo que la doctrina procesalista calificaba como *procedimientos preventivos del proceso* (de la quiebra en este caso), y, por ello, como afirmaba Herce Quemada, el fundamento del procedimiento de suspensión de pagos se encontraba en el mismo fin de perseguir la eliminación del proceso, considerado, al mismo, como un mal social³²⁷.

Finalmente, otra de las prevenciones que hacemos en este momento sobre la afirmación del Tribunal Supremo a la hora de delimitar el concepto de la suspensión de pagos: « (...) *la suspensión de pagos era un estado jurídico preliminar al de quiebra...(...)*», en nuestra opinión, en ningún caso el Ato Tribunal hacía alusión a que el procedimiento de suspensión de pagos debiera ser entendido como un procedimiento *preliminar* del proceso de declaración judicial de la quiebra, es decir, no se trataba de un conjunto de actos o actuaciones de carácter instrumental que podían ser acordadas por un juez con la finalidad de servir de preparación del proceso de declaración de quiebra (verbigracia: como si de una *diligencias preliminar* en el proceso civil se tratara³²⁸). En ningún caso estamos ante un procedimiento preliminar³²⁹, puesto

³²⁷ Vid. HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del proceso (II)», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), en *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, 2ª edición, 1979, p. 196.

³²⁸ A pesar de que ciertos autores han sostenido la naturaleza contenciosa de las diligencias preliminares, vid., por todos a GUASP DELGADO, J., *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I, Primera parte, ed. Aguilar, Madrid, p. 149; ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares en el proceso penal*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1997, pp. 50 y ss.; BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 32., la doctrina mayoritaria entendía que la diligencias preliminares pertenecían a los dominios de la jurisdicción voluntaria, véase Sobre la naturaleza y presupuestos de las diligencias preliminares en el proceso civil, véase a HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores) *Derecho Procesal Civil*, vol. 2º, ed. Madrid, 1979, p. 167; MORENO CATENA, V., en ALMAGRO NOSETE/CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal*, tomo I, vol. I, ed. Tirant Lo Blanch,

que, la suspensión de pagos no era un procedimiento preparatorio o instrumental³³⁰ del ulterior proceso de declaración judicial de la quiebra, sino que más bien, *preventivo* de la misma y, por ende, autónomo y totalmente independiente al proceso de quiebra.

5. La especialidad del procedimiento de suspensión de pagos de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas.

En el Código de Comercio de 1885³³¹, se regulaba como pieza autónoma y excepcional respecto del régimen general aplicable a los comerciantes, un

Valencia, 1986, p.354; DAMIÁN MORENO, J., «Actividades judiciales de preparación. Las diligencias preliminares», en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (coords.), AA. VV, *La nueva Ley de enjuiciamiento Civil*, ed. Tecnos, tomo II, Madrid, pp. 18 y ss.; donde se remarca el carácter instrumental y preparatorio de las diligencias preliminares, además de considerarlas un procedimiento de jurisdicción voluntaria; las diligencias preliminares no son un procedimiento preventivo del proceso, sino preparatorio e instrumental del mismo, por lo tanto, entendemos que el término preliminar aplicado a las suspensión de pago, no debe ser entendido como procedimiento preliminar, sino más bien como el estado previo en el que puede estar un deudor antes de ser declarado judicialmente en estado de quiebra, sobre todo cuando la suspensión de pagos sólo era para los casos de mera iliquidez temporal (estado de insolvencia provisional).

³²⁹ El profesor Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, entendía que los procesos preliminares «eran un figura cuyo fin consistiría en determinar la posibilidad o pertinencia de un proceso principal posterior, que es al que correspondería el pronunciamiento sobre la pretensión de fondo, y cual una noción acaso perteneciente a los dominios de la llamada jurisdicción voluntaria; en el año 1974 dicho autor elaboró un interesante capítulo: «En torno a la noción de proceso preliminar», en su libro *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974, pp. 453-501. En el que vino a aproximarnos a un concepto sobre los que se denominaba procesos preliminares, donde, además, elaboró un clasificación dogmática en la que incluía a los procedimientos preventivos, preparatorios y cautelares dentro de los que el denominaba procesos preliminares. Véanse las páginas 457 y 481-487. En este sentido no estamos de acuerdo con la clasificación que realizó Alcalá-Zamora, puesto que a nuestro juicio, los procedimientos (que no procesos) preliminares, por definición son distintos de los procedimientos preventivos y, de los procesos cautelares. No se puede calificar de preliminares a los procedimiento cuya finalidad esencial es la prevención o evitación del posible ulterior proceso jurisdiccional (principal); en todo caso, dentro de los procedimientos preliminares, si podrían tener cabida los cautelares, sobre todo los anticipativos y los conservativos: i) la prueba anticipada o asegurativa (vid. sobre estos últimos el trabajo del profesor Emilio GÓMEZ ORBANEJA, *La confesión judicial anticipada*, ed. Madrid, 1929.

³³⁰ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «Actividades judiciales de preparación. Las diligencias...», op. cit., p. 18 y ss.;

³³¹ Se estableció en el Código de Comercio de 1885 un régimen concursal de especialidad, concretamente en la Sección Octava del Título I del Libro IV: «*De la suspensión de pagos y de las quiebras de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas*» (arts. 930-941 CCo 1885). Dicho régimen seguía el modelo que ya instaurase la Ley de 1869.

procedimiento concursal (podía denominarse especial³³²) que buscaba dar tratamiento a las situaciones de iliquidez temporal (insolvencia provisional) que impidieran a las *Compañías y empresas de Ferrocarriles y demás de servicios públicos*, poder cumplir con sus obligaciones exigibles, por lo tanto, ante tales situaciones, este tipo de compañías podían presentarse ante el Juez o Tribunal competente en estado de suspensión de pagos (art. 930 CCo de 1885). Este procedimiento especial, venía justificado por el *interés general* que subyacía en las situaciones de insolvencia provisional de una Compañía de Ferrocarriles o de Obras Públicas, ya que el tan invocado interés general en aquella época se identificaba con los servicios públicos en general³³³.

En el mismo precepto (art. 930 CCo 1885), también se otorgaba legitimación para pedir la declaración de suspensión de pagos a los acreedores de este tipo de Compañías y empresas de servicios públicos, coincidiendo, en estos casos especiales, con la legitimación para instar la declaración judicial de quiebra (art. 876 del CCo 1885)³³⁴; dicha legitimación en la suspensión de pagos de este tipo de compañías, se hizo coincidir tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo con la quiebra, como así lo atesoraba la remisión que hacía el artículo 930.2º al 876 del CCo de 1885. Este procedimiento concursal en aras a garantizar el interés general gozaba de prioridad frente al residual y final proceso de declaración de quiebra (art. 938 CCo); por lo tanto, como decía el profesor Olivencia, se buscaba con este procedimiento dar prioridad al convenio frente a la liquidación, en busca de una continuidad del servicio público frente a la paralización de la empresa (arts. 931, 934.3º y 940 CCo)³³⁵.

³³² RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores y suspensión de pagos*, ed. Instituto Editorial Reus, tomo segundo de la 3ª edición, corregida y adicionada por José SAURA JUAN, Madrid, 1954, p. 27.

³³³ Vid. RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores y...*, op. cit., pp. 258-260; OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de Pagos y quiebra en el Código de Comercio, en *Centenario del Código de Comercio*, ed. Ministerio de Justicia, vol. I, Madrid, 1986, p. 373.

³³⁴ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de pagos y quiebra...», op. cit., p. 373.

³³⁵ OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de pagos y quiebra...», op. cit., p. 373.

Al cabo de unos años, se promulgó la Ley de 19 de septiembre de 1886 que vino a introducir un nuevo procedimiento judicial de convenio entre las Compañías de Ferrocarriles y sus acreedores, sin necesidad de que dichas compañías se declarara en suspensión de pagos y, posteriormente, la Ley de 9 de abril de 1904 siguió desarrollando dicho procedimiento, extendiendo su ámbito de aplicación a los concesionarios de obras públicas, dotándoles a éstos, de mayores facilidades de tramitación de los convenios a los que pudieran llegar si estar declarados en suspensión de pagos; nos encontrábamos ante lo que la doctrina denominaba *convenio sin suspensión de pagos*³³⁶; dicho procedimiento mantenía las beneficios de la suspensión de pagos como: la paralización de los procedimientos ejecutivos y de apremio que estuvieran *litispendentes* frente a la compañía deudora (art. 934.1º CCo 1885), evitando los efectos negativos como el depósito de los sobrantes de sus ingresos, cubiertos los gastos de administración, explotación y construcción (art. 934.2º CCo 1885). En puridad, este procedimiento concursal especial buscaba — primordialmente — facilitar la consecución del convenio-saneamiento (entre la compañía de ferrocarriles deudoras y sus acreedores), en virtud del principio de la conservación y continuidad del servicio frente a la paralización y posterior liquidación de la empresa (arts. 931-940 CCo 1885)³³⁷.

La Ley de 1896 tendió a facilitar la refinanciación de las compañías concesionarias mediante acuerdos con los obligacionistas para modificar o aplazar los cuadros de amortización de las deudas³³⁸. El convenio era el medio

³³⁶ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de pagos y quiebra...», op. cit., p. 374, según el autor, «el convenio sin suspensión para las compañías de ferrocarriles surgió como una institución concursal que tendía a conservar los beneficios que para el deudor tiene este expediente (la suspensión de los procedimientos ejecutivos y de apremio; arts. 934. 1º del Código de Comercio y al artículo 3 apartado 2º de la ley), a evitar los efectos negativos (el depósito de los sobrantes de sus ingresos administrativos, explotación y construcción, art. 934.2º del Código de Comercio) y al facilitar el acuerdo entre el deudor y sus acreedores».

³³⁷ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de pagos y quiebra...», op. cit., p. 374.

³³⁸ En aquella época el Estado estaba falto de liquidez y, para intentar recuperar la liquidez, el Gobierno español propuso una operación de crédito autorizada por la Ley de 1896, por la cual se autorizaba a concertar con las compañías de ferrocarriles una operación de crédito a favor del Estado, mediante un prórroga de las concesiones a favor de aquellas; en estos casos como las obligaciones emitidas por las concesionarias estaría amortizadas dentro del plazo de

de someter a criterios mayoritarios de aprobación por los acreedores de las modificaciones o aplazamientos propuestos, que se facilitaba con el trámite de adhesión antes de acudir al juez (art. 3.3º de la Ley de 1896 y art. 1 de la Ley de 1904), por lo que si la compañía conseguía previa y particularmente un número suficiente de adhesiones que apoyaran el proyecto de convenio, el juez lo debía aprobar³³⁹.

Como apuntaba el profesor OLIVENCIA «las tensiones entre rigor y dulcificación (relajación) de los requisitos o presupuestos en el ámbito de los procedimientos concursales (especiales), hacía que el uso de los mismos derivase en el abuso de los deudores que lo utilizaban». La posibilidad de poder conseguir un convenio-saneamiento sin tener la obligación de que el juez declarara a dicha compañía en suspensión de pagos, hizo que todos los deudores sectoriales utilizaran el *convenio sin suspensión* hasta el límite del escándalo, simplemente para impedir las acciones individuales dirigidas contra su patrimonio, para no pagar las obligaciones y, para retener los ingresos, sin intervención ni fiscalización alguna de la administración y gestión de la empresa³⁴⁰.

Esta situación se convirtió en insostenible desde un punto de vista jurídico, puesto que muchas bolsas extranjeras no permitían cotizar a muchos valores industriales españoles del momento, ante el descrédito nacional que se produjo debido a esta regulación especial prevista para estos sectores empresariales. En busca de una solución a situación anteriormente descrita, se promulgó la *Ley de 2 de enero de 1915*, que introdujo en el panorama concursal español un nuevo procedimiento de suspensión de pagos específico para las compañías de ferrocarriles y demás obras del sector público general, provincial, municipal con unas determinadas características: i) En primer lugar, se fijó

concesión, la prórroga de dicha concesión también permitía prorrogar el plazo de amortización de las obligaciones.

³³⁹ BLANCO CONSTANS, F.P., *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, ed. Madrid, tomo II, 4ª edición, 1945, pp. 415-120.

³⁴⁰ OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de pagos y quiebra...», op. cit., pp. 374-376.

como presupuesto objetivo de la declaración en suspensión de pagos el impago íntegro en el servicio de las emisiones de obligaciones dentro del año de los respectivos vencimientos; ii) Se otorgó a los obligacionistas legitimación para instar la declaración de suspensión de pagos, siempre y cuando representaran al menos la vigésima parte del total de las obligaciones en circulación; iii) La tramitación del procedimiento se ventilaba de forma acelerada, con un plazo fijado para dictar el auto de declaración, inmediata ejecutoriedad del mismo, admisión en un solo efecto de los recursos (tanto en primera como en segunda instancia); iiiii) Se preveía que a partir de estos momentos la administración y gestión de la compañía quedaría en manos de una comisión gestora, con representación de los acreedores y de la Administración pública otorgante de la concesión (sustitución del Consejo de Administración de la compañía por la nueva comisión gestora nombrada); el Consejo de Administración de la compañía sólo funcionaría a los efectos del convenio³⁴¹.

Con la promulgación de la Ley de 1915 de 2 de enero, se desvió el presupuesto objetivo de la suspensión de pagos del régimen especial anterior, con la remisión del artículo 930 al artículo 876 del Código de Comercio de 1885, donde se identificaban el presupuesto objetivo de la suspensión de pagos con el de la quiebra (sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones de artículo 876 del Código de Comercio 1885). A la hora de hablar del presupuesto objetivo de las *suspensiones de pagos sectoriales* con la Ley de 1915, de 2 de enero, se hablaba de *sobreseimiento sectorial o específico* que afectaba a una clase de éstas (las compañías concesionarias o las de ferrocarriles), las representadas por títulos-obligaciones. Finalmente, decir que la Ley de 1915 buscaba reforzar la posición de los obligacionistas en estas situaciones de insolvencia de las compañías sectoriales, estableciendo un mayor control y rigor al tratamiento procedimental de la suspensiones de pagos sectoriales e introducción del desapoderamiento o la sustitución del consejo de administración por una comisión gestora para la administración y gestión de la

³⁴¹ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de pagos y quiebra...», op. cit., p. 376.

compañía en suspensión de pagos, evitando así la gran benevolencia predicable de la regulación anterior³⁴².

Después de todos estos cambios normativos en el ámbito de las suspensiones de pagos sectoriales (compañías de ferrocarriles y, concesionarias de servicios públicos), nos encontrábamos con una pluralidad de procedimientos concurrentes a la hora de dar tratamiento a una situación de insolvencia provisional sectorial para las compañías de ferrocarriles y demás de servicios públicos. Por un lado estaba el convenio sin suspensión de pagos (Leyes de 1896 y de 1904), y, por otro estaban el procedimiento de suspensión de pagos y la quiebra; en este sentido se planteaban dudas de cuál era el procedimiento que cobraba prioridad entre los demás a la hora de dar tratamiento a las situaciones de insolvencia (provisional) de este tipo de compañías sectoriales³⁴³.

Parecía que el artículo 938 del Código de Comercio de 1885, dejaba claro que la suspensión de pagos gozaba de preferencia sobre la quiebra, sin embargo, con respecto a la concurrencia del convenio sin suspensión y el procedimiento de suspensión de pagos, la Ley de 1915 no decía nada al respecto, por lo tanto, existían dudas en la práctica de cuál era el procedimiento que gozaba de preferencia a la hora de dar tratamiento a las insolvencias sectoriales. El problema se daba, en los casos en los que la compañía afectada había instado el convenio sin suspensión de pagos (Leyes de 1896 y de 1904) y, posteriormente los obligacionistas (acreedores) instaban una demanda de suspensión de pagos al amparo de la Ley de 1915³⁴⁴; ante esta situación en Tribunal Supremo³⁴⁵ se pronunció sobre esta cuestión aduciendo que el

³⁴² Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de pagos y quiebra...», op. cit., pp. 376 y 377.

³⁴³ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión d pagos y quiebra...», op. cit., pp. 377 y ss.

³⁴⁴ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de pagos y quiebra...», op cit., p- 377.

³⁴⁵ La sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 1934, estimó que el convenio sin suspensión y las suspensión de pagos específica de la Ley de 1915 no son incompatibles ni excluyentes entre sí, por lo que a pesar de que una compañía sectorial afectada hubiera instado el convenio sin suspensión, los obligacionistas podrían instar la solicitud de suspensión de pagos de la Ley de 1915, sin limitación alguna. «La Ley de 1915 no pone limitación, condición ni

procedimiento de convenio sin suspensión y el procedimiento de suspensión de pagos introducida por la Ley de 1915, *no eran incompatibles ni excluyentes entre sí*, por lo que, a pesar de que la compañía afectada hubiera instado el convenio sin suspensión en virtud de las Leyes de 1896 y 1904, los obligacionistas podría instar la solicitud de suspensión de pagos al amparo de la Ley de 1915³⁴⁶.

A los pocos días de publicarse la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 1934, el Gobierno dictó un Decreto de 5 de noviembre del mismo año, en el que se aclaraba el dilema; en ese Decreto se decía expresamente que se reconocía preferencia al *convenio sin suspensión* (Leyes de 1896 y de 1904) instado por la compañía deudora afectada, que se estaba tramitando, y éste no se suspendía en el caso de que los obligacionistas legitimados instaran un solicitud de suspensión de pagos específica de la Ley de 1915. En sentido contrario, la aprobación judicial del convenio sin suspensión (inicialmente propuesto por la compañía afectada) si interrumpía el procedimiento de suspensión de pagos específico instado por los obligacionistas, cuya firmeza determinará el sobreseimiento del procedimiento³⁴⁷.

6. La tramitación del procedimiento de suspensión de pagos.

6.1. Competencia judicial.

Los juzgados de Primera Instancia del domicilio del deudor eran los competentes para conocer de las solicitudes de suspensión de pagos en virtud de los artículos 50 y 51 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil³⁴⁸.

excepción alguna a la suspensión de pagos específica que creaba, ni prohíbe el ejercicio de la acción por la circunstancia de una proposición de convenio de la compañía. Véase citada en OLIVENCIA RUIZ, M., «Suspensión de pagos y quiebra...», op. cit., p. 377.

³⁴⁶ *Ibidem.*, p. 377.

³⁴⁷ *Ibidem.*, p. 377.

³⁴⁸ Antes de la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, era de aplicación analógica la regla 8ª del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuya competencia se determinaba por el fuero del domicilio del deudor, ya que como ponía de manifiesto HERCE QUEMADA, al guardar silencio la Ley de Suspensión de pagos de 1922, había que acudir analógicamente a la Ley rituarial, concretamente a su artículo 63, en lo que refería a las quiebras voluntarias, así lo entendían varias Sentencias del Tribunal Supremo, de

6.2. Solicitud

La legitimación activa para poner en marcha el procedimiento de Suspensión de pagos la ostentaba –exclusivamente– aquel deudor comerciante (ex art. 1 LSP³⁴⁹) que se encontraba en estado de *insolvencia patrimonial*: y, ésta podía ser *provisional* o *definitiva*. Por lo tanto, A) se podía solicitar la suspensión de pagos cuando el solicitante se encontrara en *insolvencia provisional*, es decir, que aun siendo *solvente*: activo igual o superior al pasivo exigible, aparecían en el activo bienes y derechos que debido a sus características eran difíciles de liquidar o, cuya liquidación era hartamente costosa, de forma tal que dificultaba el pago a los acreedores; esto es lo que conocemos como estado de *iliquidez temporal*, que se daba cuando un deudor, desde un punto de vista patrimonial tenía muchos bienes y derechos en su activo (suficientes para cubrir todo su pasivo exigible), pero, los mismos son difícil de liquidar en corto plazo, o, cuya liquidación se torna dificultosa, impidiendo que los acreedores puedan ver satisfechos sus créditos³⁵⁰. En la actualidad, esta situación de *iliquidez temporal* es por la que han pasado cientos de promotoras y constructoras inmobiliarias españolas durante la crisis real y financiera que

13 de enero de 1909, de 26 de septiembre de 1910 y de 30 de septiembre de 1933; Como explica HERCE QUEMADA, es cierto que el artículo 870 del Código de Comercio de 1885, atribuía la competencia para declarar el estado de suspensión de pagos al juez de primera instancia del domicilio del comerciante que la solicitaba, pero debido a que la vigencia de dicho artículo quedó en entredicho tras la promulgación de la Ley de Suspensión de pagos de 1922, se acudía al artículo 63, 8ª de la LEC de 1881, de forma analógica a la solicitud voluntaria de quiebra. Vid. HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 198.

³⁴⁹ Según lo que se establecía en el artículo 1 de la Ley de Suspensión de pagos de 1922, de 26 de julio, sólo podía solicitar la suspensión de pagos el deudor comerciantes y las sociedades mercantiles que no estuvieran contempladas en el artículo 930 del Código de Comercio de 1885, que relacionada a las compañías ferroviarias y demás del sector público, como entidades sectoriales especiales que, a pesar de que también podían ser declaradas en estado de suspensión de pagos, lo hacían a través de un cauce procedimental especial o diferente. (arts. 876 y, 930 a 941 del CCo de 1885).

³⁵⁰ HERCE QUEMADA, V., «Procedimiento preventivos del proceso», op. cit., p. 198.; MASCARELL NAVARRO, Mª J., Aspectos procesales de la Ley de Suspensión..., op. cit., p. 18 y ss.; dicha autora apunta que aunque se permita acceder a la suspensión de pagos tanto al comerciante que tenga un activo real igual o superior al pasivo como al que tenga un pasivo superior al activo, la Ley de Suspensión de Pagos les trata de distinta forma en atención a sus situación económica tras el informe de los interventores y la convocatoria de la junta general de acreedores.

venimos soportando desde el año 2008³⁵¹; este tipo de empresas se encontraban en su activo con muchos solares, fincas e inmuebles, que por sí solos podrían cubrir todo el pasivo exigible que presentaban en el balance, pero que debido a la dificultad que se presentaba a la hora de liquidarlos durante la crisis que atravesábamos, hacía que casi todas las empresas de dicho sector, no pudieran obtener liquidez inmediata para cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles (a su vencimiento), convirtiéndose por tanto, en empresas en situación de insolvencia en virtud del artículo 2 de la Ley Concursal, ya que nuestra vigente Ley Concursal, no distingue entre mera iliquidez temporal e insolvencia. B) También se podía instar la solicitud de suspensión de pagos por el deudor que se encontrara en situación de *insolvencia definitiva*, es decir, cuando su activo real fuera inferior al pasivo exigible)³⁵².

En la actualidad, nuestro sistema concursal actual entiende que el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, es un deudor insolvente (art. 2 LC), dando igual el hecho de que dicho deudor esté atravesando una situación de *iliquidez temporal* o, se trate de una situación *plena* de insolvencia, lo importante es este caso es la incapacidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles, dando igual si por un periodo

³⁵¹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., «Crisis inmobiliaria, daciones en pago y concurso de acreedores», en ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J., (coords.), AA. VV., *Implicaciones financieras de la Ley Concursal: adaptado al real decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 619-664.

³⁵² ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de la suspensión de pagos», en AA. VV., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Ed. La Ley, tomo III, pp. 2316-2317. Dicho autor entiende que «por lo general, se considera que la Ley de Suspensión de Pagos, al sustituir el sistema de la declaración judicial inmediata por el sistema de declaración judicial diferida con calificación de la insolvencia, no sólo ha eliminado el presupuesto objetivo; sino también el temporal: ni la falta de presupuesto objetivo es causa de automático sobreseimiento de la suspensión de pagos o de declaración de oficio de la quiebra, ni la falta de oportunidad en la presentación de la solicitud tiene la más mínima relevancia para la admisión a trámite de dicha solicitud o para la posterior declaración judicial. La Ley de Suspensión de Pagos de 1922, se entiende comúnmente que ya derogado el régimen sustantivo de dicho Código de Comercio de 1885, en sus artículos 870 y 871. Esa derogación implícita es evidente por lo que refiere a la exigencia de bienes y derechos suficientes (deudor comerciante solvente), pero no es tan clara con respecto del presupuesto relativo a la oportunidad de la solicitud. A pesar de ello, la práctica es acorde en afirmar la procedencia de la solicitud de declaración de suspensión de pagos y de la declaración judicial misma por muchas que sean las obligaciones vencidas y no satisfechas y por mucho que sea el tiempo transcurrido desde el primer vencimiento y la correlativa falta de satisfacción».

temporal de iliquidez o porque se encuentra en estado puro de insolvencia. Por lo tanto, debemos decir que, en virtud de la regulación introducida por el Código de Comercio de 1885, el deudor que pretendiera acogerse a la suspensión de pagos, no debía acreditar su solvencia, pues, podía acogerse a la suspensión de pagos tanto en estado de *insolvencia provisional* como en estado de *insolvencia definitiva*³⁵³.

En el actual procedimiento de precurso, pasaba algo parecido puesto que, desde la reforma de la Ley Concursal operada en 2011³⁵⁴, estaría legitimado para pedirlo tanto el deudor que se encuentre en estado de insolvencia (ya sea actual o inminente³⁵⁵) como el deudor que se encuentre en estado de preinsolvencia. Es decir, el deudor podrá formular la solicitud de precurso «en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la solicitud antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar el concurso voluntaria» (art. 5 bis 2); al no establecerse en el artículo 5 bis

³⁵³ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de la suspensión...», op. cit., pp. 2316-2317.

³⁵⁴ La reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, (BOE, n.º 245, de 11 de octubre), derogó el artículo 5.3 de la Ley, e introdujo el nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal, donde se omitió hacer mención a la *situación de insolvencia actual* que se recogía en el viejo contenido del artículo 5.3, por lo tanto, a partir de aquella versión del artículo 5 bis de la reforma de 2011, el deudor podría acudir al procedimiento de precurso tanto en estado de insolvencia actual como inminente, y, además, a nuestro juicio, también podría acudir a dicho procedimiento el deudor solvente que prevea que es objetivamente probable que a corto/largo plazo no va a poder cumplir con sus obligaciones exigibles, es decir, que se encuentre en estado de preinsolvencia.

³⁵⁵ Como define el profesor ROJO, insolvencia es: «la imposibilidad de cumplir de modo normal las obligaciones a medida de que vengán y sean exigibles por los acreedores», por lo tanto, «se encontrará en estado de *insolvencia actual* el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles» (art. 2.2 LC); no es insolvente quien momentáneamente se encuentra en la incapacidad de cumplir las obligaciones, sino que para estar en estado de insolvencia se exige cierto grado de continuidad de la imposibilidad». Sin embargo, «estará en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones» (art. 2.3 LC); Como dice ROJO, la insolvencia inminente es presupuesto objetivo general, y por tanto, cualquier deudor común que se encuentre en tal estado podrá solicitar la declaración judicial de concurso (art. 2.3 LC).

Véase detenidamente el concepto de insolvencia como presupuesto objetivo del concurso en los fundamentales trabajos de ROJO, «La declaración judicial de concurso», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), en AA. VV., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Thomson-Civitas, tomo II, Cizur Menor, 2007, pp. 912-918; ídem., «Presupuesto Objetivo» (art. 2) en ROJO-BELTRÁN (dirs.), AA. VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Tomo II, Madrid, 2004, pp. 164-192.

limitación alguna, y no habiendo ninguna alusión a la expresión: «*insolvencia actual*» que se preveía en el originario y actualmente derogado artículo 5.3, entendemos que al no prohibirlo el precepto (actual art. 5 bis LC), podrá solicitar el precurso, tanto el deudor que se encuentre en estado de insolvencia (ya sea actual o inminente) como el deudor se encontrara en estado de preinsolvencia, es decir, aquél que aun siendo solvente tras realizar un «juicio de probabilidad», pronostique que es *objetivamente probable* (aunque no es absolutamente posible³⁵⁶) que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles en el medio o largo plazo (pues si se hablase de que la insolvencia se prevé a corto plazo, estaríamos refiriéndonos a la insolvencia inminente³⁵⁷), es decir, cuando del juicio de probabilidad que efectúe el deudor, se desprenda que no podrá cumplir con sus obligaciones dentro de un año o más.

6.3. Documentos que debían acompañar a la solicitud

En virtud del artículo 2 de la ley de Suspensión de Pagos, cuando se pedía la suspensión de pagos, junto a la solicitud para incoar el viejo procedimiento de Suspensión de pagos, el deudor debía adjuntar diversa

³⁵⁶ El profesor ROJO habla de juicio de probabilidad y no de posibilidad; cuanto más cercana en el tiempo sea insolvencia objetivamente probable, más seguro será el juicio de probabilidad. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Presupuesto objetivo», art. 2, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), AA. VV, *Comentario a la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 176.

³⁵⁷ Como dice el profesor ROJO, «*los elementos del concepto de insolvencia inminente son en primer lugar, la objetiva previsibilidad de la insolvencia y, en segundo lugar, la inminencia de ese estado. (...) la insolvencia inminente exige un pronosis, esto es, una previsión de la imposibilidad de cumplir de modo regular y puntual las obligaciones existentes a medida de que sean exigibles. (...) la insolvencia inminente es un estado objetivamente probable, y no un estado absolutamente posible. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea la imposibilidad de cumplir como objetivamente probable a corto plazo, y no el que prevea que simplemente como posible que se encontrará en ese estado. El objeto de esa pronosis es que el deudor prevea que no va a poder cumplir y, además, que esa situación de imposibilidad se va prolongar en el tiempo. Para saber si una insolvencia probable es inminente habrá que estar a los factores de liquidez del activo y exigibilidad del pasivo, pero, además habrá que determinar si la imposibilidad es objetivamente probable que se produzca de forma inmediata, aunque todavía no se haya producido o, si esa insolvencia es objetivamente probable que se produzca a medio o a la largo plazo. Sólo la primera es insolvencia inminente; las insolvencia a medio o largo plazo, por muy bien fundado que este el juicio de probabilidad, no constituyen presupuesto objetivo de la declaración judicial de concurso*». En este último caso, estaríamos en el terreno de la denominada preinsolvencia (la última afirmación es nuestra). Véase en ROJO, A., «La declaración judicial de concurso...», op. cit., p. 917, y en «Presupuesto objetivo», op. cit., p. 176.

documentación (art. 2 LSP)³⁵⁸ para que el juez, tras su examinar la solicitud, admitiera a trámite la misma (art. 3 LSP):

- 1) En primer lugar, había que presentar el Balance de activo y el pasivo detallado y cerrado al día de la petición de la suspensión de pagos; en los casos en los que fuera materialmente posible confeccionar dicho balance en dicho momento, se podrá suplir por la presentación de la documentación que refleje con mayor exactitud el activo y el pasivo de ese preciso momento de la petición, debiendo presentar en el plazo de treinta días siguientes el balance definitivo³⁵⁹.
- 2) Si existen bienes inmuebles en el activo, se deben detallar y presentar los títulos de dominio de los mismos.
- 3) Relación nominal de todos los acreedores que deben quedar *provisionalmente*³⁶⁰ identificados, con sus domicilios y expresión de los créditos que ostenten frente al deudor, la cuantía y el vencimiento. A diferencia del procedimiento de quita y espera, en el procedimiento de suspensión de pagos se exigía relacionar a la totalidad de los acreedores del deudor, cosa que no ocurría en la vieja quita y espera, pues, el deudor en aquél procedimiento podía incluir en su lista de acreedores, a los que creyera conveniente. Esta exigencia, de alguna manera propiciaba la adopción de un acuerdo entre la masa de acreedores y el deudor, y por consiguiente la firma del convenio. Si el número de los acreedores fuese superior a mil, no sería necesarios relacionar a toda la totalidad, sólo a los conocido, indicando simplemente el importe global de los créditos³⁶¹. En este caso como decía ROJO si el deudor no presentaba la relación de acreedores completa, por ejemplo: por exceder de 1000 el número de acreedores,

³⁵⁸ Vid. RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concursos de acreedores y acreedores...*, op. cit., pp. 42-45.

³⁵⁹ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de la suspensión...», op. cit., pp. 2307-2308.

³⁶⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración de la suspensión...», op. cit., p. 2309.

³⁶¹ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «ibídem...», op. cit., p. 2309.

ante la duda que plantea la propia norma (art. 2.2 LSP), los interventores debían completar dicha tarea³⁶².

- 4) Memoria expresiva en la que se especifiquen las causas que han motivado la suspensión, y los medios con los que se cuenten para satisfacer los créditos. Esta memoria servirá no sólo para que sean el punto de referencia de los interventores, sino que también servirá para dar información de su situación y estado a los acreedores, que podrán hacerse una idea de las posibilidades de cumplir el convenio con éxito por parte del deudor.
- 5) Una proposición de convenio en la que el deudor puede proponer una espera y una quita en la cuantía de los créditos
- 6) El acuerdo del Consejo y una ratificación posterior de la Junta General Extraordinaria que acredite que se ha otorgado facultad a los administradores de la sociedad para pedir la suspensión de pagos, pues dicha facultad excedía del giro o tráfico de la empresa y afecta de forma global al patrimonio de la misma.
- 7) En el caso de que existan, se deben indicar y relacionar las sucursales, agencias o representaciones que pueda tener el deudor en otras localidades, a los efectos de facilitar su posterior intervención posteriormente los mismos.
- 8) Junto a toda la documentación anterior (ex art. 2 LSP), será necesario que el deudor presente los libros contables para que la Secretaría del Juzgado que conozca de la solicitud de suspensión de pagos, deje constancia de la correspondiente nota de solicitud de suspensión de pagos, dejando constancia del estado de los asientos contables del deudor; dicha información contable será relevante a los efectos de la calificación que haga el juez de la suspensión de pagos en cuestión (insolvencia provisional versus insolvencia definitiva) tras los informes elaborados por los interventores (art. 3 LSP).

³⁶² Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibidem...», op, cit., p. 2309.

Como hemos podido observar, en el viejo procedimiento de suspensión de pagos, se exigía adjuntar con la solicitud inicial de suspensión de pagos abundante documentación (arts. 2 y 3 LSP)³⁶³, al contrario de lo que ocurre en el actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), cuya solicitud no precisa adjuntar ningún tipo de documentación, pues como así dispone el precepto y se permite en la práctica, junto a la solicitud no es necesario aportar ningún tipo de documento que acredite el estado de insolvencia del deudor, ni que haya iniciado negociaciones con los acreedores para materializar un acuerdo de refinanciación o, para la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o, que se vaya a solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 5 bis LC)³⁶⁴.

³⁶³ Vid. RIVES Y MARTÍ, F.P., *Teoría y Práctica de actuaciones judiciales en materia de concursos de acreedores...*, op. cit., pp. 42-48.

³⁶⁴ Actualmente así lo entienden PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurzalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y Acuerdos extrajudicial de pagos*, ed. La Ley, 2ª edición, Madrid, 2016, p. 569; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RDCP*, n.º 24, 2015, p. 89; SÁNCHEZ-CALERO, J., «La reforma de la propuesta anticipada de convenio; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso», en *RdCyP*, n.º 12, 2010, p. 259; Ídem, «Concurso y contratos con el sector público en el marco Real Decreto-key 3/2009 y de la nueva Ley de Contratos del sector público», e, *RdCyP*, n.º 11, 2009, p. 274; PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias preconcurzales y refinanciación de deuda: Escudos protectores en el marco del RD-L, 3/2009, 2010, p. 72; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en *RdM*, n.º 276, abril-junio, 2010, p. 669-670; en contra de la anterior tesis se postula el profesor Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO que con gran acierto sostiene que la innecesariedad de acreditar los anteriores extremos (inicio de negociaciones con los acreedores) en el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) plantea dudas y, si se atiende a los importantes efectos que se desprenden con la mera presentación de la solicitud de precurso: i) protección contra las solicitudes de concurso necesario, ii) paralización de determinadas ejecuciones judiciales o extrajudiciales, iii) evitación de la responsabilidad por el incumplimiento del deber de solicitud de concurso), sería lógico que el juzgado competente controlara los extremos anteriores, por lo tanto, el deudor que se acoge al concurso, además, de indicar las ejecuciones que se siguen contra su patrimonio deberá acreditar, también, qué tipo de negociación de las permitidas por el precepto está llevando a cabo con los acreedores. Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho Preconcurzal», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), AA. VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, ed. Civitas-Thomson Reuters, 13ª edición, Cizur Menor, 2015, p. 566. En la línea del profesor ROJO debemos recordar que, cuando nació el procedimiento de precurso regulado en el derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal (anterior a la vigencia del art. 5 bis) afloró en la jurisprudencia una tesis minoritaria que decía que para que el precurso pueda suspender, en primer lugar, el deber de solicitud de concurso del deudor, era necesario que el mismo acreditara: i) su estado de insolvencia; ii) el inicio de las negociaciones con los acreedores y, iii) no haber incurrido en ninguna de las prohibiciones del artículo 105 de la Ley Concursal, para poder presentar una propuesta anticipada de convenio. En esta línea se pronunciaban los siguientes autos: El AJM

En este sentido nos mostramos contrarios a la no exigencia de acreditación de los requisitos exigidos en el precurso (ex art. 5 bis); pues, entendemos que los importantes efectos que se desprenden de la mera presentación de la solicitud de precurso que, en nuestra opinión, entendemos necesario que el deudor que pretendiera acogerse al precurso debía acreditar (de forma indiciaria: con un principio de prueba) que: i) ostenta legitimación para formular la solicitud de precurso; ii) que ha iniciado las negociaciones con los acreedores (ya sea para la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, para suscribir un convenio de refinanciación o, para lograr el acuerdo extrajudicial de pagos); iii) acreditar su situación de insolvencia (actual o inminente) o de preinsolvencia y, iv) en el caso de que el deudor haya optado por solicitar el precurso para la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, acreditar que no se encuentra incurso en ningún a de las prohibiciones contenidas en el artículo 105 de la Ley Concursal. Por lo tanto, para evitar que los deudores puedan utilizar

n.º 1 de Granada de 11 de mayo de 2009, dictado por el entonces Magistrado especialista en asuntos mercantiles, el Sr. D. Blas Alberto GONZÁLEZ NAVARRO principal defensor de esta tesis denominada «procesalista»; el AJM de Badajoz de 22 de marzo de 2009; y Autos de 7 y 9 de julio de 2009, de juzgado de primera instancia de Cuenca. En la doctrina apostando fuertemente por la tesis formalista véase GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo art. 5.3 de la Ley Concursal», en *ADco*, n.º 19, p. 124. En contra de la anterior tesis se encuentra la tesis jurisprudencia (que es la mayoritaria), que entendían que la comunicación (viejo art. 5.3 LC) era un mero acto formal, en el que el deudor no debía acreditar su insolvencia y ni siquiera la realidad del inicio de las negociaciones, bastando que el solicitante lo alegue bajo su responsabilidad, que en su caso se podría dilucidar en la sección de calificación en el seno de un eventual concurso pudiendo imputarse responsabilidad al deudor que ha generado o agravado el estado de insolvencia, así en este sentido vid.: AJ de Primera Instancia n.º 6 y Mercantil de Badajoz, de 11 de mayo de 2009; AJM n.º 1 de Bilbao, de 2 de junio de 2009 y AJM n.º 2 de A Coruña del 16 de junio de 2009; AJM n.º 8 de Barcelona de 11 de mayo de 2009, AJM n.º 3 de Madrid de 29 de abril de 2009; AJM n.º 2 de Madrid de 18 de mayo de 2009 y autos del Juzgado de lo Mercantil de Madrid n.º 5 de 14 y 17 de abril de 2009; En la actualmente el profesor ROJO con gran acierto sostiene que la innecesariedad de acreditar los anteriores extremos (inicio de negociaciones con los acreedores) en el procedimiento de precurso plantea dudas y, si se atiende a los importantes efectos que se desprenden con la mera presentación de la solicitud de precurso (protección contra la solicitudes de concurso necesario, paralización de determinadas ejecuciones judiciales o extrajudiciales, evitación de la responsabilidad por el incumplimiento del deber de solicitud de concurso), sería lógico que el juzgado competente controlara los extremos anteriores, por lo tanto el deudor que se acoge al deudor además de indicar las ejecuciones que se siguen contra su patrimonio deberá acreditar, también, qué tipo de negociación de las permitidas por el precepto está llevando a cabo con los acreedores. También se muestra partidario de esta tesis ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el art. 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso», en *RdCyP*, n.º 13, año 2010, p. 325.

el beneficio del precurso de forma abusiva y fraudulenta, sería lógico y necesario que los anteriores extremos fueran controlados *ex officio* por el Letrado de la Administración de Justicia, antes de dictar el decreto por el cual se tiene por presentado el precurso (ex art. 5 bis LC). Si así fuera, en caso de concurrir algún defecto insubsanable o no subsanado en plazo, el Letrado de la Administración de Justicia dictaría decreto archivando el expediente (art. 17.1 LJV), y, por tanto, no teniendo por efectuada la comunicación o solicitud de precurso³⁶⁵.

A pesar de nuestra anterior opinión, es cierto que el tenor literal del precepto es el que es, y en ningún caso, el artículo 5 bis de la Ley Concursal exige expresamente que el deudor acredite ninguno de los extremos anteriormente relacionados; simplemente, con el escrito de solicitud de precurso, se consigue incoar el procedimiento y, se producen los efectos que se desprenden de dicha nueva situación para el deudor, sin necesidad de acreditar nada³⁶⁶, no es necesario adjuntar ningún tipo de documento acreditativo, simplemente el deudor alega –bajo su responsabilidad– en la solicitud lo que tenga por conveniente y si luego resultara que el precurso se ha solicitado con pretensiones o finalidades distintas a las que prevé la norma, el deudor solicitante podrá tener que responder en un eventual concurso posterior en la sección de calificación, si se prueba que con dicha actuación ha provocado o agravado el estado de insolvencia al retrasar premeditadamente la solicitud de declaración de concurso (arts. 165.º.1º y art. 172 bis LC).

Aunque, insistimos, esta facilidad de acceso al procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) es, a nuestro juicio, uno de los graves problemas que se dan en este procedimiento, puesto que, los deudores pueden utilizar este

³⁶⁵ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2015, p. 89, como dicho autor indica el decreto por el que se archivaría el precurso, sería susceptible de ser recurrido en revisión, y, el auto que resuelva dicha revisión, será recurrible en apelación, debido a su carácter definitivo (art. 20.1 LJV).

³⁶⁶ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración empresarial...*, op. cit., p. 569; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit.

beneficio para fines contrarios a la norma sin ninguna intención de buscar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, ni para formalizar ningún tipo de acuerdo: ya sea de refinanciación (ex art. 71 bis 1 y Disposición Adicional cuarta) o, extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC); es más, en el procedimiento de precurso, al no tener el deudor la carga de adjuntar ningún tipo de documentación para acreditar ninguno de los requisitos habilitantes (art. 5 bis LC)³⁶⁷, dicha facilidad de acceso puede ser utilizada de forma abusiva y fraudulenta por los deudores para retrasar la entrada en el concurso, teniendo en cuenta que al solicitarlo: i) evitan la responsabilidad de los administradores, ii) quedan protegidos de las solicitudes de concurso necesarios y de determinadas ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor hasta que tenga lugar la declaración judicial de concurso (ex art. 5 bis 4. LC). Por lo tanto, con la mera presentación de la solicitud de precurso, el deudor se *beneficia* de un elenco de importantes efectos que le colocan –durante cuatro meses– en una nueva situación (de protección) de desahogo frente a la que los acreedores nada pueden hacer y, lo que es más relevante, no pueden evitar³⁶⁸.

Los autores³⁶⁹ partidarios de que en el precurso no se exija prueba del estado de insolvencia y, de que se han iniciado las negociaciones con los acreedores, motivaban su posición aduciendo que si ello no fuera así, fracasaría la posibilidad que tiene todo deudor de obtener un convenio anticipado a través del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis); puesto que, si se exigiera al deudor la carga de acreditar tanta documentación y se debieran cumplir fuertes requisitos de mérito para que la solicitud de precurso pueda tenerse por presentada, los deudores dejarían de acudir a dicho

³⁶⁷ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op.cit., p. 569.

³⁶⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 198, también vid. en su posterior trabajo, «Las reformas del art. 5.3 y...», op. cit., p. 168.

³⁶⁹ AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2016, p. 86.

procedimiento, constatándose el ya conocido fracaso de la *propuesta anticipada de convenio* (art. 104 y ss. LC)³⁷⁰, cosa radicalmente opuesta a los objetivos pretendidos por el legislador con la introducción de medidas de favorecimiento del convenio a través del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal³⁷¹.

En nuestra humilde opinión, creemos que esto es un error. El precurso es un procedimiento judicial «alternativo» al concurso cuya principal finalidad es la de *prevenir* el mismo, es decir, tiene por objeto remover o prevenir la insolvencia (a través de un convenio, de una propuesta anticipada o de un acuerdo extrajudicial de pagos, siempre y cuando, el deudor presente cierta viabilidad empresarial. Es cierto que según el tenor literal del precepto, con la mera presentación de la solicitud del precurso el deudor consigue diversos «beneficios» (o efectos) de gran trascendencia en la práctica, que le sitúan en un espacio temporal de tranquilidad y respiro (*breathing time*) frente a los acreedores para intentar formalizar con ellos un convenio de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o, buscar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, con los que poder remover la insolvencia o prevenirla. El deudor por el mero hecho de presentar la solicitud de precurso, queda protegido de: i) las solicitudes de concurso necesario (art. 15.3 LC), ii) las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación del artículo 71 bis 1 (dichas ejecuciones no podrán iniciarse y, si estuvieran en tramitación, se suspenderán por el juez

³⁷⁰ Desde que se promulgó la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, la experiencia habida con respecto al convenio anticipado se ha venido mostrando frustrante, pues dicho instrumento ha venido siendo infrutilizado por los deudores desde su nacimiento. No son pocos los autores durante los últimos años han invocado el fracaso del convenio anticipado, por todos Vid., GARCÍA-CRUCES, J.A., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal: una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 49.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)*, en *RdCyP*, n.º 11, 2009, pp. 86-88; GILSANZ GUTIÉRREZ, A., «La reforma del convenio», en *RdCyP*, n.º 15, 2011, p. 79.

³⁷¹ Vid. GARCÍA-CRUCES, J.A., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal...*, op. cit., pp. 49-60; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso», en *RdCyP*, n.º13, 2010, p. 323;

que estuviera conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del Letrado de la Administración de Justicia. Y, además, tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarían suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor, siempre que, se acredite que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de los pasivos financieros hayan apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción de un acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia (art. 5 bis 4 LC). Por otro lado, con la solicitud del precurso también se evita la posible responsabilidad concursal de los administradores³⁷² y, que el concurso pueda ser calificado culpable por llegar tarde al proceso concursal, es decir, por haber incumplido el deber de solicitud de concurso y, por ende, la responsabilidad de los administradores (arts. 5, 165.1.1º, y 172 LC).

Como se puede ver, en contra de lo que ocurría en el viejo procedimiento de suspensión de pagos en el precurso con la mera presentación del escrito de solicitud (sin necesidad de aportar y/o adjuntar documentación acreditativa alguna) se le concede al deudor unos efectos protectores muy relevantes (frente a los acreedores), y, por ello, a nuestro juicio, sería deseable que hubiera cierto control en la recepción de dichas solicitudes de precurso; es decir, para evitar que el procedimiento de precurso se convierta en un «coladero» inaceptable³⁷³, en el que todo valga y pueda acceder cualquier deudor sin intención alguna de suscribir ningún tipo de convenio con los acreedores para

³⁷² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., p. 172.

³⁷³ Vid. ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso, en *RdCy P*, n.º 13, 2010, p. 326, donde el autor declara «que la interpretación de artículo 5.3 que se hizo de forma mayoritaria, en la que se defendía que no era necesario acreditar los requisitos formales y materiales habilitantes para acceder al precurso, hizo que la norma se convirtiera en un auténtico coladero para cualesquiera propósitos de deudores insolventes y éstos, acuciados por su situación, no es extraño que tenga propósitos frontalmente contrarios a los de los acreedores, o sea a los del concurso. Y desde este punto de vista, el resultado de la reforma ha sido decepcionante».

salir del estado de insolvencia y, lo que es peor, sin viabilidad empresarial alguna. Por ello, hay que evitar que el procedimiento de precurso se convierta en un procedimiento al que se intenten acoger deudores claramente inviables *ab initio*, que, de antemano, son conscientes de que no van a poder suscribir ningún tipo de convenio de refinanciación –ni acuerdo extrajudicial de pagos– debido a la desastrosa situación financiera en la que se encuentran, con la única intención de dilatar en el tiempo su *deber de solicitud de concurso* (art. 5.1 LC), paralizar y suspender –durante el tiempo en el que se desarrolla el precurso– las ejecuciones individuales promovidas por los acreedores, y, evitar, así, la temida responsabilidad concursal por haber incumplido el deber de solicitar el concurso (arts. 165.1.1º y 172 LC). Recordemos en este sentido que la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) debe ser entendida como un acto de los administradores sociales, dentro del ámbito de la representación ordinaria, que la puedan instar, sin necesidad de tener que solicitar previa convocatoria de junta de accionistas ni acuerdo favorable de la Junta, puesto que las sanciones conectadas a un eventual incumplimiento del deber de solicitud de concurso (art. 5.1 LC), cuando la empresa se encuentra en estado de insolvencia actual, recaen sobre el órgano de Administración³⁷⁴.

En nuestra opinión, creemos que sería necesario que la Ley exigiera al deudor que acreditara (junto a su solicitud de precurso) i) su estado de insolvencia (ya sea actual o inminente) o de preinsolvencia y, además, ii) que ha iniciado las negociaciones con los acreedores para: a) suscribir un posible convenio de refinanciación, b) para buscar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio³⁷⁵ o, incluso, c) para la consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos; en este último caso el Notario o el Registrador Mercantil será el que comunicará fehacientemente al juzgado competente que el deudor

³⁷⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit. 554.

³⁷⁵ En el caso de que el deudor solicite el precurso con el objeto de buscar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio será necesario que acredite que no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones para presentar propuesta anticipada de convenio del artículo 105 de la Ley Concursal.

insolvente ha solicitado un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 5 bis 1 in fine). Si así fuera, el Letrado de la Administración de Justicia sería el encargado de controlar (control de legalidad) que el deudor presenta la solicitud adjuntando los documentos que acreditasen (*con un mero principio de prueba*) los anteriores extremos (estado de insolvencia e inicio de las negociaciones).

Este mínimo control serviría, a nuestro juicio, para evitar que se acogieran al precurso empresas que, desde un punto de vista financiero fueran inviables, y que solicitan el mismo sin ánimo de negociar con los acreedores, retrasando (cuatro meses) su declaración judicial de concurso y, por tanto, agravando el estado de insolvencia de la misma; en este sentido es importante que el legislador contemplara esta posibilidad, puesto que si atendemos a los importantes efectos que consigue el deudor con la mera presentación del escrito de solicitud de precurso, es lógico pensar que la protección que dispensaba dicha solicitud no se podría entregar al deudor sin que éste acreditara requisitos como: i) la legitimación: es decir, el deudor solicitante tendrá que acreditar que se encuentra facultado para formular la solicitud de precurso; ii) el inicio de las negociaciones con los acreedores, salvo en el acuerdo extrajudicial de pagos que se acreditará con la mera comprobación de que el mediador concursal ha aceptado en cargo; iii) la situación patrimonial del deudor: justificar el estado de insolvencia; iv) acreditar que no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones para presentar una propuesta anticipada (ex art. 105 LC). En caso de que tras el control de legalidad llevado a cabo por Letrado de la Administración de Justicia, concurriera algún defecto insubsanable o, no subsanado, éste deberá dictar decreto archivando el expediente (art. 17.1 LJV)³⁷⁶.

³⁷⁶ Recordemos que precurso es un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, por lo tanto, en caso de lagunas a la hora de aplicar el artículo 5 bis de la Ley Concursal, había que acudir a la regulación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, en este sentido se pronuncia acertadamente GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC...», op. cit., p. 89; dicho autor además apuntaba que el decreto de archivo dictado por el letrado de la Administración de Justicia (art. 17.1 LJV), es recurrible en revisión, y, el auto que resuelve sobre dicha revisión, sería recurrible en apelación, al ser éste una resolución de carácter definitivo (art. 20.2 LJV).

Como ya hemos reiterado el precurso debe entenderse como un procedimiento ideado para crear un espacio temporal de respiro y desahogo para el deudor en el que se facilita el saneamiento, la reorganización y la reestructuración de las empresas que presenten viabilidad empresarial; en ningún caso el precurso debe ser concebido como un espacio temporal idóneo para retrasar y evitar el deber de solicitud de concurso sin más, puesto que, durante el plazo de tramitación del precurso (cuatro meses), los activos de la empresa acogida al mismo, sufren un deterioro de valor importante en perjuicio de los acreedores y, por tanto, se estaría alargando y agravando la situación de insolvencia de aquellas empresas que, desesperadamente se acogen al precurso buscando simplemente una «huida hacia delante», es decir, que se acogen al precurso con la clara intención de evitar tener que solicitar la declaración judicial de concurso, intentando eludir – a toda costa – la calificación culpable del concurso por haberse incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso (arts. 165.1. 1º y 172 LC)³⁷⁷.

6.4. La declaración judicial del estado de suspensión de pagos

Es cierto que en la suspensión de pagos de que regulaba el Código de Comercio de 1829 se declaraba judicialmente de forma *automática*, es decir, en virtud de dicha norma, la suspensión de pagos no era entonces un procedimiento autónomo, claramente diferenciado de la quiebra (art. 1002 CCo 1829), sino que se configuraba como la primera clase de quiebra (art. 1002 CCo 1829), por lo que estaba sometida a ciertas normas generales aplicables a la quiebra que se contenían en dicho Código³⁷⁸; entre dichas medidas se encontraba la declaración *ipso iure* del estado de suspensión de pagos, es decir, una vez formulada por parte exclusiva del deudor (art. 1003 CCo de 1829) la solicitud que incoaba el procedimiento de suspensión de pagos (o primera clase de quiebra) – a diferencia de lo que acontecía con las demás clases de quiebra

³⁷⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., p. 172; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 554.

³⁷⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de suspensión...», op. cit., p. 2294.

(art. 1016 CCo de 1829)—, el Tribunal de Comercio declaraba el estado de quiebra en la primera audiencia (art. 1024 CCo 1829)³⁷⁹.

A pesar de que este tipo de declaración judicial automática se fue imponiendo durante las siguientes décadas, este tipo de declaración no era de aplicación a las denominadas suspensiones de pagos *especiales*: de *compañías de ferrocarriles y demás obras públicas*³⁸⁰; en este sentido es necesario apuntar que dicha declaración judicial automática —del estado de suspensión de pagos— si se vino a regular en el Código de Comercio de 1885, e, incluso, en la versión modificada por la Ley 10 de junio de 1897³⁸¹. Posteriormente, con la promulgación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, de 26 de julio³⁸², se pasó de la declaración judicial de suspensión de pagos automática a la declaración judicial de suspensión de pagos *diferida*; en primer lugar, se presentaba la solicitud de suspensión de pagos y, posteriormente, si la solicitud se adaptaba a las exigencias del artículo 2 y 3 de la *Ley de Suspensión de pagos*, el mismo día de presentación o, al día siguiente, el juez dictaba providencia teniendo por presentada la declaración del estado de suspensión de pagos, en la que, además, designaba a tres interventores (art. 4 LSP). Había que tener en cuenta de que no procedía la declaración judicial de estado de suspensión de pagos automática con la mera presentación de la solicitud de suspensión de pagos, pues como ya hemos apuntado se daba la declaración judicial diferida; el

³⁷⁹ Vid ROJO Fernández-ROJO, Á., «La declaración judicial de la suspensión...», op. cit., p. 2294.

³⁸⁰ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibidem...», op. cit., p. 2294.

³⁸¹ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibidem ...», op. cit., p. 2294.

³⁸² A pesar de que la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922 se decantó por introducir la declaración judicial diferida, es cierto que el Proyecto de Ley de Suspensión de Pagos, del 20 de marzo de 1922, leído por José Bertran y Musitu (Ministro de Gracia y Justicia) en la sesión del Congreso de los Diputados celebrada el 21 de marzo de 1922 (Diario de las sesiones del Congreso de los Diputados, Legislatura de 1922, tomo I, Madrid, 1923, Apéndice 3º a la sesión n.º 9, al igual que el Código de Comercio de 1885, partía de que la declaración judicial del estado de la suspensión de pagos se producía al comienzo del procedimiento, a la vista de la solicitud del deudor: «el Juez a quien corresponda el conocimiento del expediente examinará la solicitud del comerciante, y si ésta fuere procedente y se hubiese acompañado de los documentos y libros indicados en los artículos anteriores, declarará al solicitante en estado de suspensión de pagos, por auto que deberá pronunciar dentro del plazo máximo de cinco días (ex art. 4)». Véase dicha referencia en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibidem...», op. cit., p. 2294.

hecho de que el artículo 8 de la Ley de Suspensión de pagos de 1922, dijera: «*El juez declarará al solicitante en estado de suspensión de pagos...*», no significa que, en todo caso, el mismo lo deba declarar de forma automática, pues como afirmaba ROJO el juez no era un máquina ciega, cuya función se limita a calificar la insolvencia del deudor, sino que puede y debe ponderar si concurren determinados presupuestos para la declaración del estado legal de suspensión de pagos³⁸³.

En efecto, como bien apuntaba el profesor Valentín CORTÉS en esta primera fase de admisión a trámite, el juez no realizaba ninguna labor de *declaración* y, por ende, tampoco ejercía potestad jurisdiccional alguna (nos encontrábamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria³⁸⁴), sino que, simplemente *constataba* los requisitos formales (mero control de los requisitos legales) exigidos por el Ordenamiento para poder ejercitar la facultad de proponer a los acreedores el acuerdo que se pretendía (arts. 2 y 3 LSP)³⁸⁵.

Como se puede observar, la tramitación de la suspensión de pagos tenía una tramitación procedimental distinta a la del actual procedimiento de concurso; en nuestro actual concurso no se regula una fase de control de admisión de los requisitos formales que debe cumplir el deudor que pretendía acogerse al concurso (ex art. 5 bis LC). En primer lugar, porque el legislador no especificaba en el artículo 5 bis (ni en el derogado artículo 5.3 LC) si era necesario o no acreditar el estado de insolvencia, el inicio de negociaciones con los acreedores para poder suscribir un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional Cuarta LC), o, no estar incurso en ningún de las prohibiciones previstas para de presentar propuesta anticipada de convenio (art. 105 LC), a la hora de buscar adhesiones a la misma (ex art. 5 bis); al no estar dispuesto en el

³⁸³ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración de la suspensión...», op. cit., p. 2316.

³⁸⁴ Vid. HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del proceso (II), en GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA (autores), *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, vol. II, 1979, p. 197; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 199.

³⁸⁵ Véase en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/ MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, ed. Colex, 2ª edición, Madrid, 2000, pp. 204.

precepto la doctrina científica mayoritaria y la denominada jurisprudencia menor se decantaron por la literalidad del viejo artículo 5.3 (actualmente derogado) y el actual artículo 5 bis LC, se entendía que no era –ni es en la actualidad– necesario acreditar dichos extremos, porque para poder acogerse al precurso, la literalidad de la norma sólo dispone que hay que presentar al juzgado competente una mera comunicación, *rectius*: solicitud (ex viejo artículo 5.3 y actual art. 5 bis de la LC)³⁸⁶. Desde el punto de vista de esta posición doctrinal, se entendía que la comunicación ex art. 5 bis o (art. 5.3 LC) era un mera comunicación formal de carácter privado³⁸⁷, en la que el deudor no debía acreditar ninguno de los extremos (ni el estado de insolvencia actual, negociaciones, ni la concurrencia de las prohibiciones), sólo bastaba con el deudor alegase lo que tuviera por conveniente bajo su responsabilidad que, en su caso de podría dilucidarse en la posterior sección de calificación de un concurso posteriormente declarado en conexión con la medida en con ello el deudo a generó o, agravó su estado de insolvencia³⁸⁸.

³⁸⁶ Así lo entienden lo siguientes autores, vid. por todos a PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales*, (2ª edición), ed. La Ley, Madrid, 2016, pp.; PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 460; y, también, de la misma autora «Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: Escudos protectores en el marco del RDL 3/2009», en ALONSO UREBA-PULGAR (dirs.), AA. VV., *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 72; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., y DÍAZ MORENO, A., «Algunas cuestiones en torno a la reforma del régimen del convenio concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009 en AA. VV., *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos FERNÁNDEZ-NOVOA en su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 745; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., ORELLANA CANO, N., «Deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5), en PRENDES (dir.), AA. VV., *Tratado Práctico concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 213; GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «El presupuesto objetivo del concursos y los problemas de su concreción práctica», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), AA. VV., *Crisis empresarial y concurso: aspectos legales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 194; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2016, pp. 86-87.

³⁸⁷ Vid. FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso», en *RDGP*, n.º 12, 2010, p. 260; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y reestructuración empresarial: Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, ed. La Ley, 2ª edición, Madrid, 2016, p. 568.; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2016, p. 69.

³⁸⁸ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago*, ed. La Ley, 2ª edición, Madrid, 2016, pp. 548-

Sin embargo, durante los primeros días de «rodaje» del procedimiento de concurso (ex viejo art 5.3 LC), afloró también la denominada tesis procesalista, que consistía en la exigencia de control de los requisitos formales del concurso, por lo tanto, según esta tesis formalista, para hacerse acreedores de los beneficios que se desprendían del concurso, era necesario acreditar el estado de insolvencia actual, el inicio de negociaciones para adhesiones a un convenio anticipado y, la no concurrencia de las prohibiciones del artículo 105 de la Ley Concursal; en el año 2009, el juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, dictaba un auto de 11 de mayo³⁸⁹ en el que denegaba la solicitud de concurso a un deudor que no acreditaba –ni con un mínimo *principio de prueba*– su estado de insolvencia actual, ni acreditaba que se encontraba buscando adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, simplemente presentaba un simple escrito de solicitud, sin acreditar ninguno de los extremos que aducía en su solicitud, por ello el juez denegaba la protección que concedía el viejo artículo 5.3 (actualmente derogado), ya que al pedir el concurso el deudor se aprovechaba de unos efectos beneficiosos concedidos a quien negocia un convenio del cara al concurso que ha de venir, para obtener refinanciación bajo un paraguas ajeno³⁹⁰.

549, concretamente la nota a pie de página n.º 535 de la autora. Véase las resoluciones judiciales más importantes sobre el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), seleccionadas por la autora, que se muestran partidarias de que el deudor no debe acreditar los extremos anteriormente mencionados. Vid.: Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 y Mercantil de Badajoz de 11 de mayo de 2009; Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao de 2 de junio de 2009 y Auto del Juzgado de lo Mercantil 2 de A Coruña del 16 de junio de 2009; Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona de 11 de mayo de 2009, Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid, de 29 de abril de 2009; Auto del Juzgado n.º 2 de Madrid, de 18 de mayo de 2009; y, los Autos del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid de 14 y de 17 de abril de 2009,

³⁸⁹ Vid. el importante Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, de 11 de mayo (JUR 2009, 215005), o también el Auto del mismo juzgado de 30 de junio de 2009; ambos dictados por el entonces Sr. Magistrado especialista CGPJ en asuntos de los mercantil, D. Blas Alberto GONZÁLEZ NAVARRO. En la misma línea se pronunciaban también el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz de 11 de marzo de 2009 y los Autos de 7 y 9 de julio de 2009, del Juzgado de Primera instancia y Mercantil de Cuenca.

³⁹⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal», en *ADCo*, n.º 19, 2010-1, pp. 121 y 124. El autor, principal defensor de la tesis procesalista, consideraba que para la operatividad de la comunicación (*ex antiquo* artículo 5.3 LC) es preciso acreditar la concurrencia de tres requisitos: el estado de insolvencia actual del solicitante, el inicio de negociaciones con los acreedores dirigidas a obtener un convenio anticipado.

Tras la entrada en vigor del nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal, en la reforma concursal acometida en el año 2011 (e artículo 5.3 quedó derogado), el letrado de la Administración de justicia es el competente para dejar constancia de la comunicación (art. 5 bis) dictando un *decreto*³⁹¹ por el cual se tiene por presentada la solicitud de precurso, que, al igual que la providencia por la que se tenía por solicitada la vieja suspensión de pagos, despliega importantes efectos para el deudor y los acreedores (ex arts. 5 bis, 15.3 y 22 LC).

Como ya hemos adelantado, la providencia dictada por el juez de primera instancia, por la que se tenía por presentada la solicitud de declaración en estado de suspensión de pagos, desplegaba varios efectos importantes dentro del procedimiento dignos de mencionar:

- 1) Desde que se dictaba la providencia por la que se tenía por presentada la solicitud de declaración de estado de suspensión de pagos, todas las operaciones mercantiles del deudor quedaban intervenidas; en este sentido el futuro suspenso se sitúa en una situación patrimonial entre la libre disponibilidad y la inhabilitación propia de la quiebra (arts. 878 CCo)³⁹²; para los efectos de la intervención de los actos del deudor comerciante, el juez, en dicha providencia, designará libremente a tres interventores³⁹³; dos de ellos

³⁹¹ Con la introducción del precurso en el derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, el que conocía de la solicitud de precurso era el juez de lo Mercantil y cuando tenía por presentado el mismo lo hacía mediante auto. Desde la reforma llevada a cabo en 2011, con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal

³⁹² GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 454.

³⁹³ Los interventores libremente designados por el juez en la providencia por la que se tenía por presentada la solicitud de declaración del estado de suspensión de pagos tenían diversas funciones (art. 5 LSP): i) Inspeccionar los libros del suspenso y todas las operaciones que en ellos estén anotadas; ii) Intervenir todas las operaciones del suspenso; Informar al Juez de todo lo relativo al suspenso y sus negocios, para que el juez cuente con información suficiente y necesaria a la hora de tomar decisiones que puedan afectar a los derechos y a los intereses del deudor o de los acreedores; proponer el ejercicio de acciones que estimaba convenientes para defender el interés del patrimonio e, incluso pueden ejercitarlas por sí mismos si así fuera el interés de la masa, actuando como sustitutos procesales. Finalmente, los interventores deben emitir un dictamen en un plazo no inferior a veinte días ni superior a sesenta en que debían pronunciarse sobre: i) Exactitud del activo y pasivo del balance; estado de la contabilidad; ii) valoración de las causas que según la memoria presentada por el

deberá ser necesariamente peritos mercantiles o prácticos³⁹⁴ y, el tercero, un acreedor de los que figuraban en el primer tercio por orden de importancia de los créditos de la lista presentada por el suspenso³⁹⁵.

- 2) La providencia impide que se plantee cualquier cuestión incidental tendente a impugnar o dilatar la efectividad de la declaración de estado de suspensión de pagos (art. 9 LSP).
- 3) Se impide la petición de declaración judicial de la quiebra.
- 4) Se suspenden o paralizan³⁹⁶ las ejecuciones de sentencias dictadas en proceso declarativos ordinarios o especiales, excepto en los supuestos en los que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados; los acreedores privilegiados y de dominio conservan su derecho al cobro de sus créditos (sin menoscabo alguno), por lo que no les afecta la suspensión de las ejecuciones³⁹⁷.
- 5) Las administraciones judiciales que pudiera existir sobre bienes son hipotecados ni pignorados, son sustituidas por actuaciones de los interventores nombrados de acuerdo con las normas que señale el juez competente (art. 9 LSP)³⁹⁸.

suspenso determinen la situación patrimonial del mismo; Balance definitivo y lista de acreedores y créditos expresando aquellos que están favorecidos por el derecho a abstención. Cuando el dictamen era entregado por los interventores, dentro del plazo fijado *ex legem* (entre veinte días y sesenta), se le daba traslado del mismo al suspenso, para que en el plazo de tres días manifestara lo que a su derecho pudiera convenirle. Los interventores estaban obligados a emitir el dictamen en los plazos establecidos en la providencia, puesto que si no cumplieran con dichos plazos podrían incurrir en responsabilidad penal y ser sancionados con la inhabilitación por dos años y perdían sus créditos frente a la masa del deudor (art. 8.4 LSP)

³⁹⁴ Los designaba libremente el Juez de entre los relacionados en las listas de las Cámaras de Comercio, Industria o Asociaciones Mercantiles a las que perteneciera el suspenso.

³⁹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 204.

³⁹⁶ Vid. GARRIGUES Díaz Cañabate, J., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Madrid, 4ª edición, 1962, p. 455. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes e quita y espera y...», op cit., pp. 204-205.

³⁹⁷ Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso...*, op. cit. P. 455.

³⁹⁸ Estos efectos, por un lado evitaban la ejecución del bien posterior al embargo del mismo y, además les daba a los interventores el control absoluto sobre todos los bienes del suspenso, exceptuando los hipotecados y pignorados, para lo cual la administración judicial

- 6) La providencia se publicará por los medios que el juez creía más conveniente, notificándose a todos los juzgados de las localidades donde el deudor tuviera sucursales, agencias o representaciones; finalmente, la providencia se anotará en el Registro Mercantil y, en los de la Propiedad donde el deudor tenga inscritos bienes inmuebles a su nombre³⁹⁹.
- 7) ¿Era posible desistir de la solicitud de declaración del estado de suspensión de pagos?.- En este sentido la doctrina se mostraba dividida⁴⁰⁰, aunque la mayoría de autores entendía posible el desistimiento de deudor comerciante. En este caso siguiendo la tesis de ROJO, creemos que era más razonable pensar que todo deudor comerciante podía desistir de la solicitud de suspensión de pagos, siempre y cuando, lo hiciera antes de que se dictara el auto de declaración del estado legal de suspensión de pagos⁴⁰¹.

6.5. La importancia del viejo auto de declaración judicial del estado de suspensión de pagos

Después de tramitarse la primera fase de admisión de la solicitud de declaración de estado de suspensión de pagos, tras el término del plazo de los tres días en el que el deudor puede manifestar –frente al informe elaborado por los interventores– lo que tenga por conveniente, el Juez, en vista de todos los antecedentes y, en virtud del dictamen elaborado por los interventores declarará al solicitante –mediante auto– en estado de suspensión de pagos⁴⁰². En dicho auto el juez después de analizar el balance definitivo presentado por los interventores, deberá determinar si el deudor se encuentra en estado de

debía ser necesariamente sustituida. Véase artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

³⁹⁹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes y quita y espera y...», op. cit. P. 204.

⁴⁰⁰ 76

⁴⁰¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración de la suspensión...», op. cit., pp. 2318-2319.

⁴⁰² TORRES DE CRUELLS, J., *La suspensión de pagos*, ed. Bosch, 2ª edición completada por MAS Y CALVET, R., Barcelona, 1995, pp. 98-99.

insolvencia provisional (cuando el activo es igual o superior al pasivo) o en insolvencia definitiva (cuando el activo real es inferior al pasivo)⁴⁰³.

Con ambos tipos de insolvencia el deudor puede llegar a materializar un convenio, pero bien es cierto que en el caso de que el deudor esté en estado de insolvencia definitiva, basta con que 2/5 de los acreedores pidan el sobreseimiento del procedimiento o, la declaración judicial de la quiebra para que el juez la sobresea el expediente y declare la misma⁴⁰⁴. Si el juez declarara al deudor en suspensión de pagos por estar en estado de *insolvencia definitiva*, serían de aplicación las normas sobre retroacción de la quiebra en relación con los artículos 879 y 882 del Código de Comercio de 1885⁴⁰⁵, los artículos 1366 a 1377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y, el artículo 22 de la Ley de Suspensión de Pagos. En este sentido, al permitir que el deudor comerciante en estado de insolvencia definitiva pudiera acogerse también a la suspensión de pagos, parecía que se había dulcificado la solución legal de posibilitar la continuación de la suspensión de pagos a quien, en puridad, se encontraba en estado de quiebra técnica⁴⁰⁶ evitando la declaración judicial de quiebra y sus consecuencias.

Cuando se da un supuesto en el que el deudor comerciante se encuentra en estado de insolvencia definitiva el juez determina en el auto la cantidad en que el pasivo supera al activo, concediendo al deudor que en el plazo de quince (15) días para que consigne o afiance dicha diferencia, con el fin de conseguir que la insolvencia pase a ser provisional; en el caso de que el deudor no consigne dicha cantidad (la que el pasivo excede del activo), el estado de insolvencia definitiva devenía firme y, de oficio, se dictaba resolución por la cual se daba la apertura a la pieza de calificación, para depurar las

⁴⁰³ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de la suspensión...», op. cit., p. 2319.

⁴⁰⁴ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expediente de quita y espera y...», op. cit., p. 206.

⁴⁰⁵ Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Madrid, 4ª edición, 1962, p. 453; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibídem...», op. cit., pp. 2329-2330

⁴⁰⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibídem...», op. cit., p. 2320.

responsabilidades en las que pudiera haber incurrido el suspenso (arts. 8 y 20 LSP)⁴⁰⁷. El objeto de esa pieza se centraba en calificar si esa insolvencia definitiva era fortuita, culpable, o fraudulenta (art. 20.2 LSP), siguiendo la técnica del Código de Comercio (viejos arts. 886 894 CCo)⁴⁰⁸.

6.6. La convocatoria de la Junta de acreedores: actos previos y tramitación

El la junta de acreedores en la suspensión de pagos tenía como cometido específico, el examen, discusión y, en su caso, aprobación del convenio, que era el resultado que perseguía el expediente a la hora de tratar de estudiar la formación del convenio, pues ese es el objeto de la suspensión de pagos⁴⁰⁹.

El juez en el auto por el que declaraba el estado de suspensión de pagos del deudor determinaba que el mismo estaba en estado de insolvencia provisional, convocaba la Junta de acreedores con una antelación mínima de treinta (30) días y máxima de sesenta (60) días; en ésta junta de la suspensión de pagos no se hacía el examen y graduación de los créditos como ocurría en la junta convocada en la quiebra, lo que se lleva a cabo en la junta es la deliberación del convenio; la citación a los acreedores se hará por cédula cuando éstos tengan domicilio en el territorio del juez y, por carta certificada en los demás supuestos (art. 10 LSP). En los casos en los que se desconozca la identidad de los acreedores, la Ley prevé dar a la convocatoria de la Junta la publicidad que el juez estima oportuna⁴¹⁰.

Desde el día en que se convocaba la junta y, hasta quince (15) días antes de la celebración de la misma, los acreedores tenían a su disposición el informe de los interventores, el balance definitivo, la relación de los créditos con

⁴⁰⁷ Sobre la apertura de la pieza de calificación en la suspensión de pagos, véase a HERNÁNDEZ GIL, F., «La apertura y el contenido de la pieza de calificación en la suspensión de pagos», en *Diario La Ley*, n.º 12352, tomo I, pp. 803 y ss; véase a PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho concursal...*, op. cit., p. 109.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración de la suspensión...», op. cit., pp. 2327-2329; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 207.

⁴⁰⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración de la suspensión...», op. cit., p. 2327.

⁴⁰⁹ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 87.

⁴¹⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 207.

derecho a abstención y la propuesta de convenio presentada por el deudor, con el objeto de que los mismos puedan impugnar, en el plazo señalado, los créditos por el deudor en su lista pedir la inclusión o exclusión de créditos que tenga derecho de abstención, o incluir los créditos que no haya sido tenidos en cuenta por el deudor o por los interventores o, hayan sido infravalorados⁴¹¹.

La impugnación de la lista se hacía por escrito dirigido al juez o por comparecencia ante el secretario judicial proponiendo prueba documental o de libros que estime conveniente, con prohibición expresa de prueba pericial y testifical (la impugnación no era en ningún caso un incidente declarativo⁴¹²); en estos incidentes el juez no declaraba derechos sino que simplemente admitía a determinados acreedores, pero esto no quería decir que posteriormente no pudiera ejercitar judicialmente sus derechos (art. 11 LSP)⁴¹³.

Con respecto a la asistencia a la Junta sólo asistirán los acreedores que figuren en la lista definitiva (art. 12 LSP), también debían asistir los interventores, el deudor asistido por letrado (si el deudor no asistía a la junta por sí mismo o debidamente representado por procurador, se sobreesía el procedimiento (art. 13 LSP). La lista definitiva⁴¹⁴ elaborada y presentada por los interventores, era posteriormente aprobada por el juez y, hasta que la misma no era aprobada judicialmente, era susceptible de ser impugnada por los

⁴¹¹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Ibídem...», op. cit., p. 207.

⁴¹² Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Ibídem...», op. cit., p. 207

⁴¹³ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Ibídem...», op. cit, p. 207.

⁴¹⁴ En lista definitiva presentada por los interventores para su aprobación judicial, se dividía a los acreedores llamados por el deudor, en seis grupos: i) Acreedores incluidos por el deudor cuyos créditos no hubiesen sido impugnados; ii) Acreedores incluidos por el deudor que pretendieran aumentar de cifra asignada a sus respectivos créditos; iii) Acreedores omitidos por el deudor que hayan solicitado su inclusión en la lista; iiiii) Acreedores incluidos por el deudor cuyos créditos hubiesen impugnados por excesivos; iiiiii) Acreedores incluidos por el deudor cuyos créditos hubiesen sido totalmente impugnados; y, iiiiii) Acreedores con Derecho de abstención, que tenían la facultad de no concurrir a la Junta de acreedores, y, por tanto, no quedaban afectos al convenio (arts. 15 y 22 LSP). Aunque si decidían concurrir a la Junta de acreedores quedaban vinculados o afectos al convenio, sin que sus votos se tomen en cuenta para el cómputo de mayorías.

acreedores. La resolución dictada por el juez por la que se tenía por aprobada la lista definitiva, era irrecurrible (art. 12 LSP)⁴¹⁵.

Celebración de la junta.- para constituir válidamente la Junta de acreedores se requería un mayoría reforzada, tres quintos 3/5 del pasivo del deudor, sin contar con los créditos con derecho de abstención (art. 13 LSP)⁴¹⁶; en caso de que no concurriera dicho porcentaje, el juez levantaba la sesión, declarando concluido el expediente. Dicha Junta era presidida por el juez, y el entonces secretario judicial leía la propuesta de convenio del deudor, las cifras del activo y el pasivo, junto al dictamen elaborado por los interventores; en dicha Junta intervenían, además del deudor que intervenía hacer tantas veces como estimara para hacer las aclaraciones pertinentes, tres acreedores a favor de la propuesta y, otros tres en contra de la misma⁴¹⁷, con las discusiones que se planteaban en la Junta, se podía modificar la proposición de convenio; para la aprobación judicial del convenio que no exceda de tres años en caso de insolvencia provisional se requería el voto nominal de la mitad más uno de los acreedores concurrentes que representen, al menos, 3/5 del pasivo del deudor⁴¹⁸. En todos los casos en los que la insolvencia fuera *definitiva* y, las espera propuestas fueran de más de tres años con alguna quita del crédito, se requería, además, el voto de la mitad más uno de los acreedores y, que éstos representen al menos los 3/4 del total del pasivo del deudor.

En el caso de que no se consiguieran los *quorum* exigidos por la Ley, se preveía la posibilidad de convocar una segunda Junta, en la que el convenio propuesto podía quedar aprobado si fuera votado favorablemente por las 2/3 partes del pasivo; si en la segunda Junta no se alcanzaba dicho *quorum*, se entendía que la propuesta de convenio presentada por el deudor no era

⁴¹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., pp. 207-208

⁴¹⁶ GARRÍGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 465.

⁴¹⁷ GARRÍGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Ibidem*, op. cit., p. 465; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 208-209.

⁴¹⁸ Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 465; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 209.

aceptada por los acreedores (art. 15 LSP). Una vez que el convenio era adoptado por el deudor y los acreedores, era proclamado por el juez tras el desarrollo de la junta (art. 15 LSP). Dicho convenio podía ser impugnado por los acreedores que no habían concurrido a la Junta, los que votaron en contra de la propuesta y, los que habían sido eliminados de la lista de acreedores definitiva; el plazo para dicha impugnación era de 8 días a contar desde la celebración de la Junta.

Las causas por las que se podía impugnar el convenio adoptado por el deudor y los acreedores y proclamado por el juez, son las tasadas en el artículo 16 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, de 16 de julio⁴¹⁹; dicha impugnación se tramitaba por los cauces del *juicio de los incidentes*, en el que era emplazado el deudor y, los acreedores que debían litigar unidos cuando sostuvieran la misma pretensión, aunque en todo caso, se acumulaban todas las impugnaciones que se presentaban. Una vez que el juez dictaba la sentencia que resolvía la impugnación, ésta podía ser recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos⁴²⁰.

En los casos en los que no hubiera impugnaciones o, se hubieran resuelto, el juez dicta auto aprobando el convenio, condenando a los

⁴¹⁹ Las causas tasadas por las que se pueden impugnar el convenio aprobado judicialmente venían tasadas en el viejo artículo 16 de la Ley de Suspensión de pagos: i) Por defectos formales en la convocatoria de la Junta: celebración, colaboración y adopción de acuerdos por la Junta; ii) Por falta de personalidad o de representación de alguno de los acreedores que hubieran concurrido en la Junta y cuyo voto hubiera sido decisivo para la aprobación del convenio; iii) Por maquinaciones fraudulentas entre deudor y acreedores (o de los acreedores entre sí) para votar a favor del convenio, o exageración fraudulenta de créditos para garantizar la mayoría; iiiii) Por errores en la estimación del pasivo de deudor, sobre todo si ésta influye en la calificación de la insolvencia (provisional o definitiva), ya que de ello dependen las distintas mayorías que se exigían en ambas; v) Por improcedencia de la declaración o declaraciones del derecho de abstención cuando éstos hubieran influido en la mayoría para la aprobación del convenio; y, finalmente; vi) Por inexactitud grave del balance definitivo presentado por los interventores.

⁴²⁰ Se establecía el plazo de cinco (5) días para comparecer ante la audiencia, cinco (5) días para formular el apuntamiento; diez (10) días comunes para la instrucción; cinco (5) días para la instrucción del ponente; diez (10) días para el señalamiento y celebración de la vista; y diez (10) últimos días para dictar sentencia. Contra esta sentencia sólo cabría recurso de súplica. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op, cit., 210.

interesados a estar y pasar por él (art. 17 LSP)⁴²¹. En caso de que el convenio fuera incumplido, cualquier acreedores podían pedir la rescisión del mismo, y solicitar la declaración judicial de quiebra, de la que conocería el juez de la suspensión de pagos, según lo previsto en el artículo 17 IV LSP que viene a ser el mismo que el artículo 906 del CCo⁴²². Además, también, frente al convenio incumplido cabría ejercitar una acción de nulidad substancial por haber mediado dolo por parte del deudor en cuanto a la estimación del activo o el pasivo que haya inducido a los acreedores a cerrar el convenio⁴²³.

Finalmente, en los supuestos en los que los acreedores que concurrían a la Junta excedieran de doscientos (200)⁴²⁴, tanto el deudor como los acreedores podían solicitar la tramitación especial escrita del convenio en la suspensión de pagos; en los casos de las suspensiones de pagos especiales, salvo para las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas que se seguían rigiendo por lo establecido en la sección 8ª del Código de Comercio (arts. 930 y ss.); la derogada Ley de Suspensión de Pagos, en sus artículos 18 y 19, preveía un procedimiento especial escrito que podía ser solicitado por el deudor o, por cualquiera de las acreedores, dentro de los ocho días anteriores a la celebración de la Junta de acreedores⁴²⁵; en estos casos el deudor tenía un plazo no menor de un mes y no superior a cuatro para presentar una proposición de convenio con las adhesiones de los acreedores en forma auténtica: en escritura pública o ante el secretario judicial (art. 19 LSP)⁴²⁶.

⁴²¹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Ibidem...*», op. cit., p. 210.

⁴²² Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Ibidem...*», op. cit., p. 211.

⁴²³ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso...*, op. cit., p. 468.

⁴²⁴ Vid. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal. Procedimientos Sucesorios. Jurisdicción Voluntaria. Medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 106-107; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos», en *RPJ*, n.º 33, marzo, 1994, p. 213; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 210.

⁴²⁵ Vid. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 106; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «*Ibidem...*», op. cit., pp. 209 y ss.; CORTÉS Domínguez, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p.

⁴²⁶ Vid. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 106; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «*Ibidem...*», op. cit., p. 223.

Si los acreedores que se pretenden adherir quisieran formular cambios a la proposición presentada por el deudor, deberán adherirse especificando por escrito todas las modificaciones que soliciten y, si estas modificaciones obtuvieran las adhesiones suficientes para configurarse como una nueva propuesta, se debía oír obligatoriamente a los interventores que deberá emitir su informe en un plazo improrrogable de quince días (art. 19 LSP)⁴²⁷; en este caso como apuntaba el profesor ROJO los interventores no se tienen que pronunciar sobre todas las adhesiones presentadas, solamente se deben pronunciar sobre las adhesiones que contengan o introduzcan modificaciones⁴²⁸.

Posteriormente, igual que ocurre cuando el convenio concluye en Junta de acreedores, en la tramitación escrita del convenio, el juez aprobaba la propuesta de convenio que resultara más votada, con el *quorum* establecido en el artículo 14 de la Ley. Aunque la norma habla de que la aprobación judicial se produce con la resolución escrita (por la que se constata el resultado de la votación del convenio) por la que el juez determina el voto (favorable o desfavorable) del convenio; esto no era tal, pues, en ese momento procesal todavía no se podía hablar de aprobación judicial del convenio hasta que, efectivamente, hubiera transcurrido el plazo de la impugnación de ocho (8) días desde la celebración de la junta, sin haberse presentado ninguna oposición o resueltas negativamente las planteadas (arts. 19, 15.I y 16.I LSP)⁴²⁹. En el caso de que no que se den adhesiones suficientes (o el suspenso se muestre contrario a las modificaciones que propone los acreedores), el juez dictará auto de sobreseimiento del procedimiento⁴³⁰. Si la propuesta formulada por el deudor

⁴²⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera...», op. cit., p. 211.

⁴²⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La tramitación escrita del convenio...», op. cit., p. 231.

⁴²⁹ El profesor ROJO entiende que hay que hacer una interpretación lógica y sistemática, en lugar de hacer una interpretación literal del precepto, puesto que el artículo 19 V de la Ley de Suspensión de Pagos hace una remisión legal al régimen jurídico de la oposición a la aprobación judicial del convenio que impide la prevalencia de la interpretación literal de la norma, véase ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibidem...», op. cit., p. 233; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 105;

⁴³⁰ Vid. ROJO FERNANDEZ-RÍO, Á., «Ibidem...», op. cit., pp. 234-235.

obtiene la mayoría del pasivo (o acepta el suspenso todas las modificaciones propuestas por los acreedores), el juez procede mediante providencia a abrir el periodo de oposición a la aprobación judicial del convenio.

En los casos en los que se hubiera convocado junta de acreedores se produce la proclamación del resultado de votación favorable al convenio propuesto se producía de viva voz y de forma solemne por parte del juzgador tras finalizar la Junta (art. 15 LSP)⁴³¹, pero, en la tramitación especial escrita, la determinación del resultado de las votaciones la realiza el juez por escrito, mediante resolución judicial escrita, que deviene una vez el suspenso ha presentado todas las adhesiones y los interventores ha presentado su informe⁴³².

En los casos de insolvencia definitiva, en los que se diera una espera y, una quita de más de tres años, y no consiguiera el *quorum* exigido por la Ley en la primera convocatoria (art. 14 LSP)⁴³³, se podía señalar un nuevo plazo de treinta (30) días⁴³⁴, para ver si se llegaba a aprobar el convenio con el porcentaje de la «segunda convocatoria», es decir, con dos terceras (2/3) partes del total del pasivo⁴³⁵.

Si durante la Junta de acreedores se conseguía aprobar un convenio, el procedimiento de suspensión de pagos terminaba de forma normal con la aprobación judicial del mismo, para que sea ejecutado por el comerciante y los acreedores en los términos y extremos pactados en el mismo; en el caso de que no se consiga llegar a un acuerdo entre los acreedores y el deudor comerciante, se produce lo que se conocía como terminación anormal del procedimiento de

⁴³¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La tramitación escrita del convenio...», op cit., p. 232.

⁴³² Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibidem...», op. cit., p. 233.

⁴³³ La aprobación del convenio requería (en primera convocatoria de la Junta de acreedores) el voto nominal y favorable de la mitad más uno de los acreedores concurrentes que supongan o representen al menos los 3/5 del total del pasivo del deudor (art. 14 LSP).

⁴³⁴ Como apuntaba ROJO, mientras que en plazo para las de adhesiones en el la primera convocatoria es variable a discreción del propio juez, en la segunda convocatoria viene limitado a treinta (30) días (ex art. 19 LSP), Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibidem...», op cit., p. 238; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera...», op. cit., p. 211.

⁴³⁵ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibidem...», op. cit., pp. 237 y 238.

suspensión de pagos por haberse intentado sin *avenencia* o sin *acuerdo* (quedando desechada la propuesta de convenio), dejando plena libertad a los acreedores para que ejerciten las acciones legales que les asistan.

En los casos en los que deudor comerciante incumpla el convenio que hubiera suscrito en la celebración de una Junta de acreedores o en la tramitación escrita, cualquier deudor tendría legitimación para solicitar al juzgado que ha conocido de la suspensión de pagos, la rescisión (por incumplimiento manifiesto) del convenio que se estaba ejecutando y, conjuntamente, la declaración judicial de quiebra (art. 17 LSP)⁴³⁶. En estos casos era preceptivo instar previamente la rescisión del convenio, por el incumplimiento, pues no era posible pedir, sin más la declaración judicial de quiebra (directamente); es decir, Debían solicitar la resolución del convenio por incumplimiento del deudor y, conjuntamente, si lo estimasen oportuno, la declaración judicial de quiebra al propio juez que ha conocido de la suspensión de pagos⁴³⁷.

7. Comparativa entre el viejo procedimiento de suspensión de pagos y el actual procedimiento de concurso (art. 5 bis LC).

Como hemos podido analizar tanto el viejo procedimiento de suspensión de la Ley de Suspensión de pagos de 1922, como el actual procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC), son considerados desde el punto de vista procesal como dos procedimientos judiciales de finalidad *preventiva*; se trata de dos procedimientos preventivos: de la vieja quiebra y del actual concurso de acreedores (respectivamente). En lo que respecta a la naturaleza jurídica ambos se deben encuadrar en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, por lo tanto, se los puede calificar de procedimientos judiciales de jurisdicción voluntaria, de clara finalidad preventiva.

Ambos procedimientos se configuran como una potestad o facultad exclusiva de los deudores, puesto que cuando ellos deciden ejercitarla se sitúan

⁴³⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 211.

⁴³⁷ HERCE QUEMADA, V., «Procedimiento preventivos...», op. cit., p. 208-209.

en una nueva situación jurídica (de suspensión de pagos), ante la que nada pueden hacer los acreedores y lo que es más importante, no pueden evitar.

Capítulo 4º: Un intento «fallido» de introducir un procedimiento preventivo del concurso: el procedimiento propuesto en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1.995.

1. La suspensión de pagos del Profesor ROJO como un claro antecedente del precurso (ex art. 5 bis LC)

En esta primera parte de la tesis, traemos a colación la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del año 1995 –elaborada por el profesor Ángel ROJO– por entender que esta propuesta fue la primera con propósito de afrontar el tratamiento específico de las situaciones de preinsolvencia al margen del concurso, evitando, de alguna manera, la excesiva *procesalización* y *judicialización*⁴³⁸ que ha venido caracterizando al concurso de acreedores, cuestión sobre la que dicho autor ha mantenido un postura especialmente crítica desde que se conoció el proyecto de Ley Concursal de 2003⁴³⁹. Con respecto a la anterior afirmación, es importante no sacarla de contexto; pues, en nuestra opinión, más bien, lo que realmente propugnaba el profesor Ángel ROJO⁴⁴⁰ era que cualquier Derecho concursal moderno debía aspirar a que el concurso de acreedores (su dimensión procesal) constituyera el instrumento técnico más eficaz posible para solucionar el problema que, para los acreedores

⁴³⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), *Derecho Procesal Concursal. Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 21. Parafraseando al profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, el legislador de 2003 estableció un proceso jurisdiccional que ofrece unas innegables características de *procesalización* y *judicialización*. La primera característica hace referencia a que fuera del proceso concursal nada hay, ni nada merece la atención del legislador, es decir, que no hay nada previsto por el legislador que pueda llevarse a cabo extra muros del proceso (v.gr. con la aprobación de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, no se contemplaba ningún tipo de *solución extrajudicial* al estado de insolvencia). En el mismo sentido se habla de judicialización puesto que el juez del concurso lleva a cabo la actividad de enjuiciamiento y, por sus manos pasará de manera directa o indirecta toda la actividad necesaria que hay que realizar para hacer eficaz la declaración judicial de concurso.

⁴³⁹ Vid. MAGDALENO CARMONA, A., Y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales de la práctica concursal*, ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 62-63; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal: auditoría y prevención de la crisis empresarial*, art. 209.1. b) LSA, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 59.

⁴⁴⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del Derecho Concursal español», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp 95-96.

ordinarios, representaba la insolvencia del deudor común (las situaciones de insolvencia más graves); pero dicha afirmación –según defendía ROJO– no era óbice para permitir que determinadas situaciones de *preinsolvencia* pudieran tratarse en un estadio *extra* concursal (*rectius*: extrajudicial), a través, por ejemplo, de los denominados convenios extrajudiciales, puesto que, una cosa era que el procedimiento judicial de concurso fuera único (para dar tratamiento a la situaciones de insolvencia más graves) y, otra cosa muy distinta era prescindir por completo de soluciones extrajudiciales de la situación de crisis económica⁴⁴¹.

Tras el estudio de la Propuesta de Anteproyecto de 1995, nos damos cuenta de que dicha propuesta apostó decididamente por idear un tratamiento *preventivo* del concurso para las situaciones de *preinsolvencia*, todo ello, al margen del proceso concursal. En consecuencia, podemos afirmar con todo rigor que, dentro de todo el *iter* pre-legislativo, dicha Propuesta de Anteproyecto fue el primer intento serio de *desjudicialización* –*parcial*– de la insolvencia. Después de aquél intento fallido de desjudicialización en el año 1995, no se volvería a hablar de desjudicialización de la insolvencia hasta el año 2009, donde el legislador, con la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, introdujo el apartado 3º al artículo 5 de la Ley Concursal (el precurso), dando un tímido paso para alcanzar la necesaria desjudicialización de la insolvencia del deudor común, en los supuestos en los que ello fuera posible⁴⁴².

Como veremos a continuación la Propuesta de Anteproyecto de 1995 introducía dos procedimientos independientes y claramente diferenciados: i) el concurso de acreedores, reservado para las situaciones de insolvencia por imposibilidad de hacer frente a las obligaciones, ya fuese por una situación de desbalance financiero o por falta de crédito y, ii) la suspensión de pagos que servía para las situaciones de iliquidez en las que el deudor se encontraba en

⁴⁴¹ Vid., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del Derecho...», op. cit., p. 96.

⁴⁴² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 175.

condiciones de poder conseguir un convenio o concordato de moderada espera⁴⁴³.

El procedimiento de *suspensión de pagos* que introducía dicha *Propuesta*, se configuró como un verdadero *procedimiento preventivo* del concurso (arts. 270 y ss.); además, hemos de apuntar que, según nuestro criterio, la suspensión de pagos de ROJO era, también, un claro *antecedente* del actual procedimiento de *preconcurso* (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC), pues, como veremos, ambos tienen una misma finalidad y naturaleza, además de compartir algunas características, por ello, creemos oportuno analizar dicha institución comparándola –en algunas cuestiones– con el *preconcurso* (art. 5 bis LC).

Lo que acabamos de decir no es una afirmación impulsiva carente de fundamento, puesto que si analizamos e interpretamos de forma sistemática los artículos 270 y siguientes de la *Propuesta* ROJO, podemos llegar a la conclusión de que dicho procedimiento ya avanzaba algunas «pistas» de lo que sería el actual régimen legal de la propuesta anticipada de convenio⁴⁴⁴ y, lo que más tarde se conoció como *la búsqueda de adhesiones para preparar la misma* (la cursiva es nuestra) como así ha venido disponiendo el viejo artículo 5.3, y el art. 5 bis de la Ley Concursal⁴⁴⁵.

2. Los antecedentes de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 en lo relativo a la suspensión de pagos

Después de varios intentos «fallidos» de reforma del «viejo» Derecho concursal, mediante el Anteproyecto de Ley de Concurso de 1959 elaborado por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, y presidida por Don

⁴⁴³ Así se describe en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995. Vid., en AA-VV, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 3485.

⁴⁴⁴ Sobre el régimen legal del convenio anticipado véase el trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El convenio anticipado*, ed. Civitas, Madrid, 2004.

⁴⁴⁵ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen legal preconcursal...*, op. cit., p. 171.

Joaquín Garrigues⁴⁴⁶, y el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, presidido por Don Manuel Olivencia⁴⁴⁷, parecía que la tan esperada reforma concursal se

⁴⁴⁶ Sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959, elaborado por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, bajo la presidencia del profesor Joaquín GARRIGUES, es recomendable consultar el trabajo de VACAS MEDINA, L., «La nueva Ley Concursal española (el anteproyecto)» en *Revista Jurídica de Cataluña*, año LVIII, núm. 5, Barcelona, 1959, pp. 615-630; Ramírez, J.A., *La quiebra: Derecho concursal español*, 2ª edición, tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 19. (prólogo a la segunda edición, de OLIVENCIA); PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 138; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Algunas acotaciones civilistas al proyecto de Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 156-171; los comentarios de OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal: Discurso leído el día 7 de noviembre de 2005 en el acto de su recepción pública como académico de número*, por el Excmo. Sr. D. Manuel OLIVENCIA RUIZ y contestación del Excmo. Sr., Dr. D. Aurelio MENÉNDEZ, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005, pp. 83-86; FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «El anteproyecto de ley de concurso de acreedores de 1959, en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 173-178; CERDÁ ALBERO, F., Y SANCHO GARGALLO, I., «Curso de Derecho Concursal», ed. Colex, Madrid, 2000, p. 41.

⁴⁴⁷ El Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 redactado por la Ponencia especial de la Comisión General de la Codificación presidida por el profesor D. Manuel OLIVENCIA Ruíz, y formada por: a D. Luis VACAS MEDINA, Jorge CARRERAS LLANSANA, Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ Y Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, sobre las directrices y perspectiva de reforma que se venía realizando desde 1978, momento en el cual se inició una nueva fase en el camino de la reforma, con la creación en es aconsejable consultar el trabajo del profesor OLIVENCIA RUIZ, M., «El Derecho Concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma», en *La reforma de la legislación mercantil*, ed. Civitas y Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, pp. 315-365; también, del mismo autor *vid.*, «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de ley concursal)*, marzo 1985, pp. 29-45 *La terminología jurídica de...*, *op. cit.* pp. 86-89; Ramírez, J.A., *La quiebra...*, *op. cit.*, p. 19 (prólogo a la segunda edición de OLIVENCIA); PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma de Derecho concursal comparado y español: Los nuevos institutos concursales y reorganizativos*, ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 273-312; CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho concursal*, *op. cit.*, pp. 41-43; *Vid.*, a título ilustrativo el *Material íntegro del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983*, en Ministerio de Justicia, (Secretaría General técnica), Madrid, 1983, pp. 7-103; VACAS MEDINA, L., «Crítica a los proceso concursales vigentes» en *Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1984, pp. 5-39.; del mismo autor también véase «La reforma del Derecho concursal español», en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal)*, marzo 1985, pp. 47-87, y «En torno al Anteproyecto de Ley Concursal», en *Diario La Ley*, tomo 4, 1983, p. 1253 y ss.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, á., «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983», en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de ley concursal)*, marzo 1985, pp. 89-131; GIRÓN TENA, J., «Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley Concursal: sus funciones y relaciones», en *RFDUC, (estudios sobre el anteproyecto de ley Concursal)*, marzo 1985, pp.133-143; del mismo autor véase «Temario para un encuesta», en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de ley concursal)*, marzo 1985, pp. 7-27; VERDERA Y TUELLS, E., «Aspectos económicos y jurídicos de la reforma de Derecho concursal: la supervivencia de las empresas en crisis, en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de ley Concursal)*, marzo 1985, pp. 179-187 GONDRA ROMERO, J.M^a, «Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema concursal proyectado», en *RFDUC, (estudios sobre el anteproyecto de ley concursal)*, marzo 1985, pp.145-177; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 18-19.

resistía al paso del tiempo, y permitía que nuestra «obsoleta» legislación concursal siguiera vigente a pesar de haber sido calificada por la doctrina como arcaica, dispersa⁴⁴⁸ y caótica⁴⁴⁹, absolutamente «impropia de un Estado de

⁴⁴⁸ MONTÓN REDONDO, A., «Líneas generales y principios del futuro proceso concursal», en *Justicia*, núm. II, 1986, p. 295. El autor hace hincapié en esta cuestión, y apunta que la tan criticada *dispersión* normativa predominante en el ámbito concursal hacía absolutamente necesaria una profunda reforma sistematizada que fuera capaz de adaptar su espíritu a las necesidades modernas, superando todas las desventajas e inconvenientes demostrados a lo largo de su aplicación.

⁴⁴⁹ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Deberes ineludibles e inaplazables», en *RDPI*, núm. 1, 1969, pp. 7-15; ídem., vid., «El derecho concursal español...», en *RDPIb*, núm. 2-3, 1977, pp., 286 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, v., «Aproximación al proceso de declaración de quiebra», en *RDM*, núm. 146, octubre-diciembre, 1977, pp. 462 y ss.; «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FDEZ-NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs), AA-VV., *Derecho procesal concursal. Tratado de Derecho mercantil*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 17-18; también de mismo autor consúltese las siguientes obras: «La declaración judicial de concurso», en *RPJ*, núm., especial XVIII, 2004, p. 12; «Procesos concursales: el concurso de acreedores y la quiebra» en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho procesal civil. Parte especial*, 2ª edición, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 213-214; DE LA OLIVA SANTOS, A., Y DE LA CUESTA RUTE, J.M^a. «Algunas consideraciones para la reforma de Derecho concursal, en *RDPIb*, 1977, pp. 647-658; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Reflexiones sobre la crisis económica de la empresa, en *ADC*, 1980, pp. 34-38; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Notas para la reforma de la legislación concursal», en *RDM*, 1975, pp. 512 y ss.; del mismo autor también véase las siguientes obras: «El estado de crisis económica», en *La reforma del derecho de quiebra: jornadas sobre la reforma del derecho concursal español*, ed. Civitas-Fundación Universidad -Empresa, Madrid, 1982; pp. 127-133; «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, separata del tomo XXIV, Madrid, 1981, p. 253 y ss.; «La reforma del derecho concursal español», en ROJO (dir.), *La reforma de la Legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 88 y ss.; «La reforma del Derecho concursal italiano y el derecho concursal español, en *ADco*, núm. 6 p. 317; OLIVENCIA RUIZ, M., «El Derecho Concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma», en *La reforma de la legislación mercantil*, ed. Civitas y Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, pp. 315-324; también, del mismo autor *vid.*, «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de ley concursal)*, marzo 1985, pp. 29-45 *La terminología jurídica de... op. cit.* pp. 86-89; PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA (dirs.), AA-VV., *Derecho concursal: estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, ed. Dylex, Madrid, p. 56; ídem., *vid.*, la obra *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 131-134; VACAS MEDINA, L., «Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra», en *RdM*, núm. 57, julio-septiembre, 1955. Vol. XX, pp. 21 y ss.; del mismo autor véanse las siguientes obras: «La nueva Ley Concursal...», *op. cit.*, p. 620; «Crítica a los procesos concursales vigentes» en *Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia*, 1984, p. 12; «Consideraciones sobre el pasado, el presente y el futuro de la reforma concursal (1)», en *Diario La Ley*, 1995, tomo I, pp. 940 y ss.; «La reforma del Derecho concursal español», en *RFDUC*, marzo 1985, *passim.*; URÍA GONZÁLEZ, R., «En torno a la reforma de nuestro Derecho concursal POLO, A., «Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil. La Unidad del nuevo Derecho concursal», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 632 y ss.; TORRES DE CRUELLES, J., «Aportaciones de nuevas ideas para una nueva y futura ley de quiebras, en *RJC*, 1974, pp. 710 y ss.; COMELLAS SALMERÓN, M., «Consideraciones sobre la reforma del Derecho de quiebras», en *RDPIb*, 1977, pp. 37-40; GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «Separación y

Derecho»⁴⁵⁰, ya que en muchas ocasiones la amalgama legislativa vigente en aquella época, incluso, provocaba dudas (*rectius*: confusión⁴⁵¹) a la hora de aplicar la normativa concursal –quebrando el importante *principio de seguridad*

actuación del Derecho concursal y de la jurisdicción voluntaria», en *RDPIb*, 1981, pp. 603-618; MONTÓN REDONDO, A., «Líneas generales y principios del futuro proceso concursal», en *Justicia* 86, II, 1986, pp. 293-316; CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra: una visión jurisprudencial*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, *passim.*, *Proceso concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 19 y ss.; MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: la anticipación de la apertura del procedimiento», en *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 5931-5933; GIRÓN TENA, J., «Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley Concursal: sus funciones y relaciones», en *RFDUC*, marzo, 1985, p. 133 y ss.; del mismo autor *vid.*, «Introducción. Temario para una encuesta», en *RFDUC*, marzo 1985, pp. 8 y ss.; GARCÍA VILLAVERDE, R., «El Derecho concursal español y la reorganización de las grandes empresas», en ESPINA (coord.), *La reforma de Derecho concursal y la eficiencia económica*, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, p. 193-202; VICENT CHULIÁ, F., «En vísperas de la reforma del Derecho concursal español», en *RJC*, 1978, pp. 919 y ss. MARCOS GONZÁLEZ-LECUONA, M., *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 18-21; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «La situación caótica y laberíntica de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 5856, sección doctrina, 24 de septiembre de 2003, año XXIV, pp. 1-11; MONTÓN REDONDO, A., y MONTÓN GARCÍA, M., *El nuevo proceso concursal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 16 y ss.; CERDÁ ALBERO, F., Y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho concursal*, op. cit., p. 40; GONDRA ROMERO, J.M^a, «Funcionalidad del sistema concursal», en *RFDUC*, marzo 1985, p. 146; *ídem.*, «el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal. Consejo General del Poder Judicial», Madrid, 10 de octubre, de 2001, en *ROJO* (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 361-385;

⁴⁵⁰ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «El Derecho concursal español y el extranjero: (La Ley desacredita la Ley)», en *RDPIb*, núm. 2-3, 1977, p. 341.

⁴⁵¹ «La confusión legislativa en materia de quiebras era verdaderamente preocupante. Basta con hacer referencia a las diversas y más importantes disposiciones reguladoras de la misma para darse cuenta de la amalgama legislativa existente en aquella época. Vid., MONTÓN REDONDO, A., «Líneas generales y principios...», *op. cit.*, p. 294, concretamente la cita a pie de página núm. 3; PÉREZ LUÑO, A.E., «La seguridad jurídica y sus paradojas actuales», en *TEODER*, núm. 12, 2012, p. 136. Donde el autor nos ilustra diciendo que: «(...) *El carácter perdurable de las normas sigue siendo una garantía de seguridad jurídica, pero las transformaciones sociales culturales económicas y tecnológicas, que constituyen un dato indelible de los sistemas jurídicos de las sociedades más evolucionadas del presente, paradójicamente, exigen que hoy la seguridad jurídica avale el cambio normativo. Cuando nos lamentamos de las distorsiones e incertidumbres provocadas por la incesante mutación de las leyes, no somos conscientes de que es permanente transformación es un signo inevitable de sociedades en continuo progreso científico y tecnológico*». Además, dicho autor trae a colación dos sentencias del Tribunal Constitucional que son de plena aplicación a la situación que se vivió hasta el año 2004 con la vigencia de la «caótica» y «arcaica» normativa de quiebras y suspensión de pagos: «Los Estados de Derecho de las sociedades avanzadas de nuestro tiempo son incompatibles con un inmovilismo normativo e institucional que se traduzca en “petrificación del Ordenamiento jurídico” (STC 99/1987, FJ 6º); «El principio de seguridad jurídica no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas» (STC 227/1988, FJ 8º).

*jurídica*⁴⁵² –, ya que la legislación vigente en aquella época contaba con más de 500 artículos dispersos en numerosos cuerpos normativos (Código de comercio de 1882, Código civil de 1889, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, Ley de Suspensión de pagos 1922, Código de Comercio de 1829, Código penal, etc...) y, las remisiones eran constantes (*verbi gratia*: la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 nos remitía al Código de Comercio de 1829 –actualmente derogado–), por lo que se mantenían vigentes gran parte de disposiciones normativas de este código⁴⁵³.

⁴⁵² Sobre la seguridad jurídica en general véase el magnífico trabajo de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cuadernos Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 9-38; Como bien apunta el autor, el artículo 9.3 de la Constitución Española recoge el conjunto de reglas –no todas homogéneas–, que conforman el denominado *principio de seguridad jurídica* y, en dicho trabajo el autor explica el engarce y el funcionamiento de cada una de esas reglas en nuestro Ordenamiento jurídico a la hora de hablar de forma «efectiva» del *principio de seguridad jurídica*; LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en MENÉNDEZ, A./PAU PADRÓN, A., (dirs.), *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*, ed. Thomson-Civitas y Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2004, pp. 74-75; *vid.*, también el interesante trabajo de PÉREZ LUÑO, A.E., «La seguridad jurídica...», *op. cit.*, pp. 134-137; REMÓN PEÑALVER, J., La lucha por la seguridad jurídica, en *Diario La Ley*, núm. 7000, sección estudio general, 28 de abril 2008, año XXIX, p. 1., dicho autor inicia su trabajo con una afirmación que ha venido constatándose desde hace muchos años en nuestro Ordenamiento jurídico: «*La creciente complejidad del Ordenamiento jurídico, la escasa calidad de una legislación que sigue estando motorizada, la aceleración de los cambios sociales en un contexto globalizado y e permanente transformación mantienen de la indeterminación o incertidumbre del Derecho entre las preocupaciones más destacadas de los operadores jurídicos y económicos*», (véase toda la doctrina citada por el autor en dicho trabajo); DE RAMÓN FORNS, I., «Sobre la necesidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, núm. 7152, sección doctrina, 8 abril 2009, p. 2. Donde el autor, apoyándose en la doctrina, apuntaba que la necesidad de perfeccionar el Ordenamiento Jurídico para garantizar el importante principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), «*es todavía tarea más importante si tenemos en cuenta la incesante y caudalosa producción normativa que nos asfixia, y que la función unificadora del Tribunal Supremo parece estar condenada a ir diluyéndose, tanto por el desmesurado volumen de trabajo que tiene que afrontar dicho organismo (...). Todo ello incrementa la complejidad del Ordenamiento jurídico y propicia su falta de armonía*»

⁴⁵³ Se contaba con una normativa caótica con más de 500 artículos regulados de forma dispersa en diversos cuerpos normativos, que fueron promulgados en distintas fechas: (1829, 1830, 1869, 1881, 1882, 1885, 1896, 1922, etc...) a la hora de aplicar la normativa concursal vigente en aquella época, cuyas disposiciones legales se presentaban inarmónicas e inconexas unas con otras, puesto que pertenecían a épocas distintas. Vid. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «El Derecho Concursal español...», *op. cit.*, pp. 288-289 y 341. Por otro lado, economistas también denunciaban la ineficiencia del Derecho concursal (desde la óptica del análisis económico del Derecho) vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, *vid.*, CABRILLO, F., «Reflexiones sobre la eficiencia del Derecho concursal», en ESPINA (coord.), AA-VV, *La reforma del Derecho concursal y la eficiencia económica*, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, pp. 306-307; también el trabajo de BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los*

Después del fracaso del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, pasaron algo más de diez años en los que la «incesante» e «impetuosa» actividad pre-legislativa de reforma concursal se moderó (al menos no se trabajó con la intensidad de los años anteriores: los proyectos de Ley Concursal de 1959 y de 1983), quedando todas intenciones de reforma concursal en un mero *desiderátum*. Durante este largo periodo en el que se seguía buscando la «necesaria» reforma del Derecho concursal, es cierto que proliferaron excelentes trabajos científicos en la literatura jurídica especializada, que seguían invocando y denunciando sin cuartel la necesidad de una efectiva reforma del Derecho Concursal, y que, además, apuntaban brillantes y destacables ideas que por falta de consenso, en muchas ocasiones, no se materializaban en reforma⁴⁵⁴. Ante esta desoladora situación «*de lo concursal*», el profesor Aurelio MENÉNDEZ llegó a afirmar, incluso, «*que la necesaria» reforma del Derecho concursal español era un de las tareas más importantes y urgentes que debía acometer el legislador mercantil, no se podía seguir más tiempo con tal panorama concursal*⁴⁵⁵».

Finalmente, al cabo de tiempo, el 23 de junio de 1994 el Ministro de Justicia e Interior, Don Juan Alberto Belloch, comunicó a Don Aurelio Menéndez (Presidente de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación) unos criterios básicos para proceder a la elaboración de una propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, en los que se apreciaba un nuevo cambio de orientación⁴⁵⁶. La realización de tal – compleja – empresa

procedimientos de conservación de empresas), ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986.

⁴⁵⁴ GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho Concursal español. Reflexiones en torno a la “propuesta de anteproyecto de la Ley Concursal” del profesor Ángel ROJO», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año XV, octubre-diciembre 1996, p. 890, y todas las obras citadas por dicho autor.

⁴⁵⁵ MENÉNDEZ, A., «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal», en *Libro homenaje a J.M^a Chico Ortiz*, Madrid, 1995, pp. 1315 y ss.; también en este sentido véase a CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho Concursal*, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁵⁶ Léase con detenimiento el trabajo de MENÉNDEZ, Á., «Hacia un nuevo Derecho concursal: su necesidad de unidad», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, especialmente las pp. 359 y ss.; *Vid.*, también los criterios básicos para la elaboración de una propuesta de anteproyecto Ley Concursal, comunicados por el Ministro de Justicia e interior el 23 de junio de 1994, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 279-280;

fue encomendada al profesor Ángel ROJO (Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid y Vocal permanente de la Comisión General de Codificación), que pudo culminar el encargo en un año y medio, entregando un texto articulado: «La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal» el día 12 de diciembre de 1995, que fue publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia posteriormente, el día 15 de febrero de 1996, bajo el título: «*Materiales para la reforma de la Legislación Concursal*»⁴⁵⁷.

La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del año 1995⁴⁵⁸ (en adelante: Propuesta ROJO), aunque no prosperó⁴⁵⁹ ha sido, sin ningún género de duda –junto los Anteproyectos de Ley Concursal elaborados en: 1959⁴⁶⁰,

BELTRÁN, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto de ley Concursal elaborada por el profesor Ángel ROJO», en ESPINA (Coord.), *La reforma del Derecho concursal y la eficiencia económica*, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, pp. 309-329; GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho Concursal español. Reflexiones en torno a la “propuesta de anteproyecto de la Ley Concursal” del profesor Ángel ROJO», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año XV, octubre-diciembre 1996, pp. 889-943;

⁴⁵⁷ El texto y el contenido de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* de 1995, elaborado por el Profesor Dr. D. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho mercantil, *Vocal permanente de la Comisión General de Codificación*, publicada en *Materiales para la Reforma de la Legislación concursal*, Boletín de información del Ministerio de Justicia y de Interior (Secretaría General Técnica), suplemento al núm. 1768, de 15 de febrero de 1996, Madrid, pp. 917 y ss.; También se puede consultar sobre el contenido de la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal (1995) de ROJO, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Civitas-Thomson, Madrid, 2004, pp. 3479-3547; VACAS MEDINA, L., «Consideraciones sobre el pasado...», op. cit., pp. 940 y ss.; BELTRÁN, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., pp. 309-329; GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho Concursal español...», op. cit., pp. 889-943; PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 140; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Sobre la preconcursalidad y la prevención...», op. cit., p. 19; ídem., *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal: auditoría y prevención de la crisis empresarial (art. 209.1.b LSA)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 56-61; ídem., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (Disposición adicional 4^a): propuesta de reforma legislativa*. Ed. Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010, p. 168-171;

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

⁴⁵⁹ La propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, no llegó, siquiera, a ser revisada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, Vid., ROJO, Á., «La reforma del Derecho...», op. cit., p. 89-90.

⁴⁶⁰ Vid., sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959, elaborado por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, bajo la presidencia del profesor Joaquín GARRIGUES, es recomendable consultar el trabajo de VACAS MEDINA, L., «La nueva Ley Concursal española (el anteproyecto)» en *Revista Jurídica de Cataluña*, año LVIII, núm. 5, Barcelona, 1959, pp. 615-630; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Algunas acotaciones civilistas al proyecto de Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 156-171; los comentarios de OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal: Discurso leído el día 7 de noviembre de*

1979 (Propuesta de Anteproyecto privada del ICAB⁴⁶¹), 1983⁴⁶², el fallido Anteproyecto de Ley de Bases por la que se delegaba a gobierno la potestad de

2005 en el acto de su recepción pública como académico de número, por el Excmo. Sr. D. Manuel OLIVENCIA RUIZ y contestación del Excmo. Sr. D. Aurelio MENÉNDEZ, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005, pp. 83-86; FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «El anteproyecto de ley de concurso de acreedores de 1959, en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 173-178; CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., «Curso de Derecho Concursal», ed. Colex, Madrid, 2000, p. 41.

⁴⁶¹ Véase la Propuesta –privada– de Anteproyecto elaborada el 18 de octubre de 1979, por las secciones de Derecho fiscal, mercantil, y procesal de la Comisión cultural del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB), y, en cuya Exposición de motivos se hacía referencia a la necesidad de contar con un convenio extrajudicial, que produjera sus efectos en el ámbito del Derecho privado, obligando, incluso, a los acreedores que no lo hubieran suscrito, que no superaran la quinta parte del total del pasivo. Lo que se buscaba con esta medida era que a través de dicho acuerdo extrajudicial se solventaran con dinamismo y celeridad muchas situaciones de insolvencia, sin tener que acudir a la quiebra. En algunos extremos, el objeto de dicha propuesta se acercaba, marcando las diferencias, a la propuesta de Anteproyecto de 1995, elaborada por el profesor Ángel ROJO, sobre todo a la hora de introducir soluciones preventivas desjudicializadas para las situaciones de iliquidez transitorias o provisionales. Vid. el Anteproyecto de 1979 (íntegro) en la *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1981, pp. 7-82, en cuya redacción participaron los Catedráticos de Derecho procesal D. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ y D. Francisco RAMOS MÉNDEZ.

⁴⁶² Vid., sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 redactado por la Ponencia especial de la Comisión General de la Codificación presidida por el profesor D. Manuel OLIVENCIA Ruíz, y formada por: a D. Luis VACAS MEDINA, D. Jorge CARRERAS LLANSANA, D. Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ y, D. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, sobre las directrices y perspectiva de reforma que se venía realizando desde 1978 es aconsejable consultar el trabajo del profesor OLIVENCIA RUIZ, M., «El Derecho Concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma», en *La reforma de la legislación mercantil*, ed. Civitas y Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, pp. 315-365; también, del mismo autor *vid.*, «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de ley concursal)*, marzo 1985, pp. 29-45 *La terminología jurídica de...*, op. cit. pp. 86-89; PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma de Derecho concursal comparado y español: Los nuevos institutos concursales y reorganizativos*, ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 273-312; CERDÁ ALBERO, F., Y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho concursal*, op. cit., pp. 42-43; Vid., a título ilustrativo el *Material íntegro del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983*, en Ministerio de Justicia, (Secretaría General técnica), Madrid, 1983, pp. 7-103; VACAS MEDINA, L., «Crítica a los procesos concursales vigentes» en *Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1984, pp. 5-39.; del mismo autor también véase «La reforma del Derecho concursal español», en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal)*, marzo 1985, pp. 47-87, y «En torno al Anteproyecto de Ley Concursal», en *Diario La Ley*, tomo 4, 1983, p. 1253 y ss.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983», en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de ley concursal)*, marzo 1985, pp. 89-131; GIRÓN TENA, J., «Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley Concursal: sus funciones y relaciones», en *RFDUC, (estudios sobre el anteproyecto de ley Concursal)*, marzo 1985, pp.133-143; del mismo autor véase «Temario para un encuesta», en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de ley concursal)*, marzo 1985, pp. 7-27; VERDERA Y TUELLS, E., «Aspectos económicos y jurídicos de la reforma de Derecho concursal: la supervivencia de las empresas en crisis, en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de ley Concursal)*, marzo 1985, pp. 179-187; GONDRA ROMERO, J.M^a, «Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema concursal proyectado», en *RFDUC, (estudios sobre el anteproyecto de ley concursal)*, marzo 1985, pp.145-177;

dictar normas con rango de Ley sobre el concurso de acreedores de 1987, 2000⁴⁶³, 2001⁴⁶⁴ y 2002⁴⁶⁵ —, uno de los valiosos trabajos pre-legislativos a tener en cuenta para construir y configurar los «cimientos» de nuestra vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, y, de obligado estudio para todo especialista de la materia concursal puesto que todos los *Anteproyectos de Ley Concursal* proyectados, siempre han perseguido —como norma general— *subsanan los defectos y las deficiencias* que se habían planteado en la práctica con la vigencia del «arcaico» y «caótico» Derecho concursal anterior. Además, según se desprende del contenido de la *Propuesta*, el profesor Ángel ROJO asumió la tarea de elaborar dicho texto alejándose «drásticamente» de los principios esenciales del Anteproyecto de 1983 (analizados en profundidad por el mismo autor en otro trabajo⁴⁶⁶), en busca de las nuevas orientaciones modernas del Derecho concursal que iba introduciéndose —paulatinamente— en toda Europa (Alemania, Inglaterra, Francia, Portugal)⁴⁶⁷.

3. La institución concursal regulada en el texto de 1995.

3.1. Fundamento

Es cierto que el profesor ROJO basó su propuesta en el *principio de unidad legal y, unidad de disciplina*⁴⁶⁸, pero de forma contraria a lo que aconteció en el

CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho concursal*, op. cit., p. 41; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Sobre la preconcursalidad y la prevención...», op. cit., pássim.

⁴⁶³ Vid., los Anteproyectos de Ley Concursal de 17 de noviembre de 2000, redactados por la *Sección Especial para la Reforma Concursal de la Comisión General de la Codificación* en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 3545-3626.

⁴⁶⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 140. Vid., el contenido del Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal de 5 de septiembre de 2001, y el Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001.

⁴⁶⁵ Vid., los Anteproyectos de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001 y 9 de enero de 2002, textos difundidos por la *Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia*, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 3627-3713.

⁴⁶⁶ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Las opciones del anteproyecto de Ley Concursal de 1983», en *rfduc*, marzo, 1985, pp. 89-131.

⁴⁶⁷ BELTRÁN, E., «Ideas básicas de la propuesta...», op. cit., p. 310.

⁴⁶⁸ Como bien apunta ROJO en la Exposición de motivos de la Propuesta de anteproyecto de Ley Concursal (1995), en el apartado I, punto 3 y *unidad de disciplina* son los dos

Anteproyecto de 1983⁴⁶⁹, mantuvo la *dualidad procedimental*⁴⁷⁰, característica, por excelencia, del viejo Derecho concursal vigente en aquella época (que sin mucha justificación, fue obviada por los redactores del último anteproyecto de la Ley Concursal de 1983⁴⁷¹, creemos que debido a las fuertes críticas efectuadas por la

postulados en los que se fundamenta la reforma: «*unidad legal, de modo tal que una sola Ley regule los aspectos materiales y formales del fenómeno concursal; y unidad de disciplina, con superación de la diversidad de régimen jurídico según el carácter civil o mercantil del deudor*»; *vid.*, también, BELTRÁN, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto de ley concursal elaborada por el Profesor Ángel ROJO», en ESPINA (Coord.), *La reforma del Derecho concursal y la eficiencia económica*, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, pp. 310-312.; GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho concursal español...», *op. cit.*, p. 895-897.

⁴⁶⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Sobre la preconcursalidad y la prevención...», *op. cit.*, pp. 18-19, donde el autor apunta que el Anteproyecto de 1983, si bien opta por la *unidad procedimental* fue el primero que se preocupó por la anticipación de la declaración judicial de concurso, a la hora de definir el presupuesto objetivo del concurso (arts 9 y 10). Allí se hablaba de que el presupuesto objetivo era la *crisis económica* –actual e, inminente: crisis «amenazante»–. En relación a la anticipación de la declaración de concurso, la propuesta de Anteproyecto ROJO de 1995 apuesta por

⁴⁷⁰ Con respecto a la *dualidad procedimental* que anunciamos arriba véase a ROJO en la Exposición de motivos de la Propuesta de anteproyecto (1995), punto 3º de apartado I: «Por lo que se refiere a la simplificación de los procedimientos, la ley, atendiendo al presupuesto objetivo, distingue entre el procedimiento de concurso de acreedores y el expediente de suspensión de pagos. Se mantiene el nombre de las instituciones anteriores, el concurso de acreedores como homenaje a la contribución de los concursualistas españoles de la edad moderna a la construcción del Derecho concursal europeo» (SALGADO DE SOMOZA, con su obra principal: *Labyrinthus creditorum concurrentiam ad litem per communem debitorum inter illos causatam*, *vid.*, ed. De Lyon, de 1651, entre otros; BELTRÁN, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto», *op. cit.*, 312., Como apunta el autor: «Es evidente la necesidad de acabar con el solapamiento actual de los procedimientos de suspensión de pagos y de quiebra. Ahora bien, esa situación puede eliminarse de dos modos: a través de un único procedimiento de concurso de acreedores (solución adoptada por el Anteproyecto de 1983) o con la previsión de dos procedimientos diferenciados (solución adoptada por la Propuesta de 1995), esta opción no buscaba restaurar la tradicional dualidad procedimental vigente (quiebra vs suspensión de pagos), si no que se instaura un procedimiento general: el concurso de acreedores, y una procedimiento especial denominado suspensión de pagos, parcialmente para aquellos deudores cuyo activo sea manifiestamente superior a su pasivo, además de cumplir con un serie de requisitos subjetivos que legitimen la falta de sometimiento al procedimiento concursal general»; GARRIDO, J.M^a., «La reforma de Derecho concursal español...», *op. cit.*, 897; parece alinearse en esta línea ILLESCAR ORTIZ, R., «La reforma de la mecánica del Derecho concursal español: procedimientos, jurisdicción, operadores, en ESPINA (Coord.), «La reforma del derecho concursal y la eficiencia económica, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, p. 344. Que viene a decir que «la dualidad procedimental determinada por la finalidad conservativa o liquidatoria del procedimiento debe mantenerse e incluso reforzarse por la vía de la flexibilización de los límites que separan a un procedimiento de otro». También, ídem., véase: «Apuntes para un reforma de derecho concursal español», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, enero-abril, 1977, pp. 6 y ss.

⁴⁷¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal...*, *op. cit.*, 58. ROJO, Á., «Las opciones del Anteproyecto...», *op. cit.* pp. 89 y ss.

doctrina⁴⁷²); aunque, en puridad, el profesor ROJO no vino a mantener la misma dualidad procedimental con los mismos procedimientos vigentes en aquella época – *suspensión de pagos y quiebra* –⁴⁷³, sino que, propuso un sistema concursal «orquestado» por dos procedimientos perfectamente separados y autónomos (independientes): i) el procedimiento de suspensión de pagos y, ii) el concurso de acreedores⁴⁷⁴ – al igual que ocurre en la vigente Ley Concursal con el procedimiento de precurso (art. 5 bis) y el propio concurso de acreedores: como dos procedimientos separados, independientes y autónomos –, cuyos presupuestos objetivos eran diferentes: la insolvencia para el concurso de acreedores y la iliquidez para el procedimiento de suspensión de pagos⁴⁷⁵.

El profesor ROJO de forma *alternativa* al concurso de acreedores, propuso un procedimiento *preventivo*⁴⁷⁶ de suspensión de pagos para los casos en los que

⁴⁷² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», en ROJO (dir.), *La reforma de la Legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 323 y ss.

⁴⁷³ GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho concursal español...», op. cit., 897-899.

⁴⁷⁴ Aunque en el texto de la propuesta de Anteproyecto de ROJO, predomina más la palabra «concurso» a secas que la expresión «concurso de acreedores»; como se pueden observar a lo largo de todo el contenido de la propuesta ROJO, se han mantenido el nombre de concurso de acreedores y el de la suspensión de pagos. Véase los Criterios básicos número 1 y 2, para la elaboración de una propuesta de anteproyecto de Ley Concursal, comunicados por el Ministro de Justicia e interior el 23 de junio de 1994, AA-VV, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 3479; GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho concursal español...», op. cit., 897; BELTRÁN, E., «Ideas básicas de a propuesta de anteproyecto...», op. cit., p. 312-313.

⁴⁷⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., p. 313. Donde el autor exponía que, el presupuesto objetivo que introdujo ROJO para el procedimiento judicial de concurso, no era el *estado de crisis económica* del deudor como así se intentaba en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, sino que se conservaba el concepto del estado de insolvencia, claramente flexibilizado, puesto que, como apuntaba el profesor BELTRÁN, se puede estar en estado de insolvencia cuando el deudor se encuentre con insuficiencia de bienes propios (pasivo exigible mayor que activo real o realizable), o, también cuando el mismo deudor se encuentre con falta de crédito (iliquidez). Además, se suaviza la prueba de la insolvencia en las solicitudes de concurso necesario, puesto que se presume que un deudor se encuentra en estado de insolvencia cuando tiene embargados todos los bienes que componen su patrimonio; con respecto a la prueba de la falta de crédito para acreditar el estado de insolvencia, se presume que hay falta de crédito cuando el acreedor instante sea titular de un crédito vencido con una anterioridad mínima de tres meses a la presentación de la solicitud. Vid., artículos 2 y 3 de la Propuesta de Anteproyecto de ROJO y el criterio básico número 3.

⁴⁷⁶ ESPINA MONTERO, Á., «líneas de reforma del sistema...», op. cit., p. 127.

las situaciones de iliquidez⁴⁷⁷ (dificultades económicas transitorias) impidieran al deudor cumplir con sus obligaciones exigibles de forma puntual (arts. 270 y ss. Propuesta ROJO). El procedimiento de suspensión de pagos ideado por ROJO se configuraba con un criterio restrictivo, puesto que para poder acogerse a dicho procedimiento, el deudor debía reunir objetivos requisitos de seriedad⁴⁷⁸, lo que la doctrina también calificaba como *sistema de merecimientos*⁴⁷⁹.

El *presupuesto objetivo* de este procedimiento se concretaba, más bien, en el previsible estado de *iliquidez temporal* del deudor⁴⁸⁰, por lo tanto el deudor debía ser: un deudor «solvente», ya que para poder acogerse a tal *beneficio* (suspensión de pagos), el deudor debía contar con un activo *manifiestamente superior* al pasivo exigible y, no debía haber incumplido las obligaciones contraídas, o, si hubieran incumplido éstas no debían ser globalmente significativas, es decir, que no superasen el 5 por ciento del total del pasivo (arts. 272.1.6º y 271.1.2ª)⁴⁸¹. La configuración propuesta por ROJO, en la que se construía un sistema concursal basado en dos procedimientos: «la suspensión de pagos y el concurso de acreedores», con distintos presupuestos objetivos, quizá fuera una enérgica respuesta a las críticas formuladas al procedimiento único que se configuraba en el Anteproyecto de 1983, cuya indefinición del

⁴⁷⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen legal preconcursal*, op. cit., pp. 170 y ss.

⁴⁷⁸ Así lo definía el profesor ROJO en su propuesta de anteproyecto de 1995; vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2012, p. 3487.

⁴⁷⁹ Como un *sistema de merecimientos* lo definía GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3 de la ley Concursal», en *ADco*, núm. 21, 2010.

⁴⁸⁰ GARRIDO, J.Mª., «La reforma del Derecho concursal español...», op. cit., 897

⁴⁸¹ Además de que no se debe dar un incumplimiento de las obligaciones o, si se diera no debe ser significativo (máximo 5 por ciento del pasivo), también había estar a los vencimientos de dichas obligaciones; según lo que reza en el artículo 271.1.2º de la Propuesta ROJO, «en ningún caso el vencimiento es anterior en más de tres meses a la fecha del otorgamiento del acta notarial».

presupuesto objetivo, fueron factores determinantes para no haber sido aprobado como Ley⁴⁸².

Como ya hemos apuntado, las condiciones (de merecimiento) establecidas que debía reunir todo deudor para poder acogerse a la suspensión de pagos de ROJO han sido tachadas por algún autor⁴⁸³ de «draconianas», puesto que el deudor que se quisiera acoger a dicho *beneficio* debía ser, como dice OLIVENCIA⁴⁸⁴, un deudor *in bonis* (de mérito), que cumpliera estrictamente lo requisitos fijados y que esté en plenas condiciones de poder llegar a un convenio o un *concordato de continuación* cuya espera sería limitada o moderada (a tres años como máximo). Como decía BELTRÁN el procedimiento de *suspensión de pagos* ideado por ROJO se configuraba como un procedimiento especial (extraordinario) con un ámbito de aplicación muy *restringido*⁴⁸⁵: estaba previsto exclusivamente para deudores que sean «manifiestamente solventes» y acrediten el cumplimiento de una serie de requisitos para ser merecedores de la

⁴⁸² GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho concursal español...», op. cit., p. 898.; el propio ROJO, años atrás, formuló una dura crítica — a nuestro juicio acertada — al Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en la que decía que: «*El concurso de acreedores regulado en ALC de 1983 es una suspensión de pagos de apertura voluntaria o necesaria que una auténtica quiebra...*». Sobre la crítica que hacía ROJO, entendemos que dicho autor la manifestaba debido a la indefinición y amplitud del presupuesto objetivo del mismo: «el estado de crisis económica», véase en ROJO, Á., «Las opciones del Anteproyecto...», op. cit., p. 92.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Ideas Básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., p. 313., la generosidad del presupuesto objetivo introducido en el anteproyecto de 1983: «*el estado de crisis económica*», contribuyó al fracaso de aquella reforma concursal.

⁴⁸³ ESPINA MONTERO, A., «Líneas de reforma del sistema concursal español», en ESPINA (dir.), *Crisis de empresa y sistema concursal: La reforma española y la experiencia comparada*, ed. Colección Estudios del Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, p. 127.

⁴⁸⁴ OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma...*, op. cit., pp 88-89 y 128, pie de página, núm. 131.

⁴⁸⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., p. 314; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un Derecho...*, op. cit., p. 60; ESPINA MONTERO, Á., «Líneas de reforma...», op. cit., p. 127.

moratoria⁴⁸⁶, por lo tanto, el «presupuesto objetivo» de dicho procedimiento de *suspensión de pagos* se centraba en la previsión de *situación de iliquidez temporal*⁴⁸⁷.

Dicho procedimiento de suspensión de pagos (ex arts. 270 y ss., *Propuesta ROJO*⁴⁸⁸) buscaba, a través de otorgamiento de una moratoria de dos meses, sustituir la junta de acreedores por un mecanismo de adhesiones al convenio realizado ante fedatario público (Registrador Mercantil)⁴⁸⁹; el procedimiento de constitución en suspensión de pagos de ROJO discurría entre lo judicial y lo registral⁴⁹⁰, permitiendo al deudor –que en este procedimiento no es desapoderado de sus facultades de gestión y administración, pues, sólo estaba contemplada la intervención (art. 281)– en dificultades la obtención de los beneficios fijados por la propia propuesta: i) suspensión del curso de los intereses: legales y convencionales, salvo los créditos hipotecarios y los pignoratícios hasta donde alcance la respectiva garantía (art. 283.1); ii) prohibición de emprender ejecuciones por deudas anteriores (art. 283.2); iii) suspensión de las ejecuciones (art. 283.3) y, iv) reorganización financiera de la sociedad con la posibilidad de pactar un convenio de continuación con una espera no superior a tres años (art. 271.2)⁴⁹¹.

Otra novedad importante que introducía ROJO era que la *propuesta de convenio inicial* no era posible modificarla, pues, desde que se expedía el acta

⁴⁸⁶ BELTRÁN, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., p. 314; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de...*, op. cit., p. 60; GARCÍA VILLAVARDE, R., «El Derecho concursal español...», op. cit., p. 197. Cuyo autor dice que se trata de *una muy prolija relación de requisitos (...)*.

⁴⁸⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen legal preconcursal...*, op. cit., p. 170.

⁴⁸⁸ Véase el Título XIV, denominado: «De la suspensión de pagos», los artículos 270 y siguientes de la Propuesta de Anteproyecto de 1995, elaborado por el profesor ROJO. Vid. AA.VV, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 3534 y ss.

⁴⁸⁹ Vid., el apartado III, punto 2º de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, AA-VV, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 3487-3488.

⁴⁹⁰ Así se dice en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, en el expositivo III. Vid. En ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 3487.

⁴⁹¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., p. 315 *in fine*.

notarial en el que se constituía al deudor en suspensión de pagos, el deudor debía hacer constar una propuesta de convenio que sería necesariamente de pago íntegro de las deudas y, en un plazo máximo de tres años (art. 271 Propuesta ROJO)⁴⁹², cosa que no ocurre con el actual precurso (ex art. 5 bis), cuando se refiere a la búsqueda de adhesiones para «una propuesta anticipada de convenio...» —por lo que se entiende que, en principio, es provisional, y no se exige la presentación de una propuesta anticipada de convenio concreta y definitiva *ab initio* (con la solicitud del precurso), y, por tanto, se permiten modificaciones posteriores—, que puede ser susceptible de modificación a posteriori durante el proceso de negociación de la misma. Con respecto a la rigidez que presentaba tal procedimiento, FERNÁNDEZ DEL POZO⁴⁹³ se aventuró a afirmar, con escasos argumentos, que si se hubiera aprobado el procedimiento de *suspensión de pagos* de la propuesta de 1995, éste podría haberse convertido en un procedimiento inútil que constituiría una pérdida de tiempo, al ser el mismo muy rígido y con escaso margen de negociación entre deudor y acreedores.

No estamos muy de acuerdo con la idea anterior. En primer lugar, hay que partir de la idea de que este tipo de procedimientos *preventivos* son útiles para empresas que presenten, al menos, unos mínimos estándares de viabilidad económica —a corto o medio plazo— que les permitan conseguir un convenio (con esperas limitadas) para continuar operando en el tráfico jurídico (conservando su actividad)⁴⁹⁴. Además, este tipo de procedimientos «preventivos» para ser realmente efectivos, deben ser dinámicos y breves (como

⁴⁹² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., pp. 315 y 316; véase también el apartado III, punto 1º *in fine*.

⁴⁹³ ESPINA MONTERO, A., «Líneas de reforma del sistema...», op. cit., p. 127.

⁴⁹⁴ Por esta razón dichos procedimientos debían y deben estar vetados a las empresas que no presenten una mínima viabilidad económica a medio-largo plazo y acudan a dichos procedimientos verdaderamente despatrimonializadas; de ahí la justificación de las restricciones impuestas a la hora de poder acogerse al mismo. Se intentaba evitar que situaciones ruinosas de verdadera insolvencia se tramitaran a través de la suspensión de pagos, buscando los «beneficios» que otorgaba la misma. El deudor para poder acogerse a la suspensión de pagos de la propuesta ROJO debía estar en condiciones de ofrecer a sus acreedores una propuesta de convenio.

era el caso de la suspensión de pagos de ROJO: 2 meses), por lo tanto, la presentación de la propuesta del convenio —junto al *plan de continuación*— era una cuestión capital que debía contener —inexcusablemente— el acta de suspensión de pagos, en los términos legalmente establecidos en el artículo 271.2 de la *Propuesta de Anteproyecto* de 1995. En cuanto al calificativo de «restringido» que la doctrina⁴⁹⁵ otorgaba a dicho procedimiento, hemos de decir que dicho procedimiento se configuraba de forma «restrictiva» para evitar las corruptelas y los abusos que se solían dar en la práctica forense a la hora de tramitarse los procedimientos de suspensión de pagos de la Ley de 1922 (vigente en 1995)⁴⁹⁶; por lo tanto, lo más sensato en la suspensión de pagos de ROJO fue introducir unos fuertes requisitos que limitaran el acceso a dicho procedimiento, para que sólo accedieran a él los deudores que estuvieran en verdaderas condiciones económicas de poder llegar a ofrecer a sus acreedores ordinarios una propuesta de convenio y un plan de continuación empresarial (plan de viabilidad económica), evitando con ello, que se tramitaran por dicho procedimiento, verdaderas situaciones patrimoniales desesperadas (*rectius*: de insolvencia), que debían ser tramitadas a través del correspondiente proceso de declaración judicial de concurso ideado por el profesor ROJO (art. 2 PALC 1995)⁴⁹⁷.

Recordemos que —como ya había manifestado la doctrina— el procedimiento de suspensión de pagos regulado en la Ley de 1922, se convirtió en un instituto frecuentemente utilizado en la práctica forense hasta los últimos días de su vigencia⁴⁹⁸. Como afirmaba GUASP, la frecuente utilización de dicho

⁴⁹⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., p. 314; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un Derecho...*, op. cit., p. 60; Espina Montero, Á, «Líneas de reforma...», op. cit., p. 127.

⁴⁹⁶ GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 1271-1272.

⁴⁹⁷ Como reflejaba el expositivo II de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto de 1995, AA-VV en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 3487.

⁴⁹⁸ Vid. GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, op. cit., 1271.

procedimiento no se debía a la obtención de resultados jurídicos aceptables⁴⁹⁹, sino que, en muchas ocasiones, venía siendo utilizado por los deudores de forma anómala y abusiva, para presentar, en connivencia con algún acreedor cercano, propuestas de convenio cuyas quitas eran verdaderamente desproporcionadas.

Lo que realmente buscaban algunos deudores a la hora de acogerse al procedimiento de suspensión de pagos (1922) era la «desesperación» y el «nerviosismo» de los acreedores que aceptaban tales condiciones abusivas, con tal de no entrar en un *proceso de declaración judicial de quiebra* y postergar *sine die* el cobro de sus créditos, si es que efectivamente lo llegaban a cobrar (cosa que solía pasar muy a menudo en los procedimientos de suspensión de pagos)⁵⁰⁰.

3.2. Naturaleza jurídica de la de suspensión de pagos de la Propuesta de Anteproyecto de 1995

Como podemos observar, la suspensión de pagos de ROJO (ex arts. 270 y ss., Propuesta ROJO) se concebía por la doctrina como un *beneficio* para el deudor común que, encontrándose con problemas de sobreendeudamiento e iliquidez, buscaba resolver dicha situación de forma preventiva⁵⁰¹.

Aquél procedimiento ideado por el profesor ROJO se acercaba a lo que hoy entendemos por un procedimiento preconcursal⁵⁰², parcialmente desjudicializado⁵⁰³ y de tramitación breve, puesto que se resolvía en poco más

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 1271.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 1272.

⁵⁰¹ GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho concursal español», op. cit., p. 901.

⁵⁰² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal...*, op. cit., p. 170.

⁵⁰³ GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho concursal español», op. cit., p. 900, a pesar de que el autor entendía que la suspensión de pagos ideada por ROJO era en gran parte extrajudicial, debido a que el juez solo actuaba para nombrar un interventor de las actividades del deudor, cuando lo solicite un acreedor o acreedores que sean titulares de al menos un cinco por ciento del pasivo (art. 281); para resolver las impugnaciones a la relación de créditos (art. 280); y para declarar en concurso al deudor que no consiga reunir los votos necesarios para la aprobación del convenio (art. 288). No estamos de acuerdo con GARRIDO a la hora de calificar de extrajudicial al procedimiento de suspensión de ROJO; el hecho de que sea calificado por BELTRÁN de *parcialmente desjudicializado* no significa que el mismo llegue hasta el grado de «extrajudicial puro», puesto que — así se pronuncia GARRIDO — aunque el juez intervenga solo en algunas ocasiones para unos determinados cometidos, en nuestra opinión, interviene en el

de dos meses (art. 284)⁵⁰⁴. Finalmente, según la configuración de dicho procedimiento, su tramitación se repartía o, discurría entre el ámbito registral⁵⁰⁵ y el ámbito judicial⁵⁰⁶, y, su finalidad esencial consistía en *prevenir* la entrada del deudor en el concurso de acreedores.

Desde que el Consejo de Ministros aprobara el proyecto de Ley Concursal, el 5 de julio de 2002⁵⁰⁷, el profesor ROJO siempre se ha mostrado crítico al excesivo «judicialismo» y «procesalismo» que caracterizaba al nuevo procedimiento de declaración de concurso que se proyectaba en aquella etapa y, que, finalmente se consolidó con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. Sin embargo, como podemos observar, el procedimiento de suspensión de pagos elaborado por ROJO, proponía por primera vez la posibilidad de desjudicializar *lo no contencioso*, descargando de trabajo al juez competente y, atribuyendo nuevas competencias al Registrador Mercantil (art. 270 y ss.), lo que permitía un presumible ahorro de costes procedimentales⁵⁰⁸.

En relación a lo anteriormente apuntado, es cierto que el procedimiento de suspensión de pagos de la propuesta de 1995 estaba parcialmente desjudicializado, pero, desde nuestro punto de vista, en ningún caso, ese grado

procedimiento y, por tanto, debe calificarse, en todo caso, como un procedimiento judicial, pues se trataba de un *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*, al que le debe denominar judicial porque también hay intervención judicial aunque no en función jurisdiccional, siguiendo la tesis de HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., pp. 188, 197 y 377 y ss. *Vid.*, a BELTRÁN, E. «Ideas Básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., 314, que apuntaba que el procedimiento de suspensión de pagos de ROJO «*es un procedimiento especial de gran brevedad parcialmente desjudicializado*»; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 168; y del mismo autor, véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Sobre la preconcursalidad y la prevención...», op. cit., p. 25.

⁵⁰⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. «Ideas Básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., 314

⁵⁰⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Jornadas sobre las nuevas fronteras del Derecho de la insolvencia», *ADco*, núm. 21, 2010.

⁵⁰⁶ Así lo recogía la Exposición de Motivos, expositivo III, de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995. Véase en AA-VV., ROJO-BELTRÁN (dirs.) *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 3487.

⁵⁰⁷ Además del Proyecto de Ley Concursal, en esa misma fecha se aprobó y se remitió al Congreso de los Diputados el *Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal*, lo que posteriormente culminó como Ley 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal.

⁵⁰⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un derecho...*, op. cit., p. 61

de desjudicialización es tal como para poderlo calificar de «*procedimiento extrajudicial puro*»⁵⁰⁹. A pesar de que el juez solo intervenía en los actos que ya hemos especificado, su intervención en el procedimiento de suspensión de pagos quedaba patente, por lo que el juez –aunque poco– si interviene en dicho procedimiento (en función no jurisdiccional) y, por ello, dicho procedimiento –que no proceso jurisdiccional– *no podía* ser calificado de *extrajudicial puro* como apuntaba el profesor GARRIDO⁵¹⁰.

La naturaleza jurídica de la *suspensión de pagos* de ROJO descansaba en el ámbito de la jurisdicción voluntaria⁵¹¹, por eso sería mucho más preciso afirmar que dicha suspensión de pagos debía calificarse técnicamente como *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*⁵¹² de eminente finalidad

⁵⁰⁹ GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho concursal español...», op. cit., p. 314.

⁵¹⁰ Vid. GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho concursal español...», op. cit., p. 314.

⁵¹¹ HERCE QUEMADA, v., «Los procedimientos preventivos del proceso», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, 8^a edición, vol. II, ed. Artes Gráficas y ediciones, Madrid, 1979., p. 196-197.

⁵¹² No es desconocido que una parte de la doctrina –a la que nosotros también nos sumamos– entiende que la naturaleza jurídica del procedimiento de suspensión de pagos (en general, se referían al procedimiento regulado en la Ley de 26 de julio, de Suspensión de pagos) descansaba bajo los dominios de la *jurisdicción voluntaria*, en esta línea vid., SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica del expediente de jurisdicción voluntaria» en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1979, p. 138 y ss.; HERCE QUEMADA, V., «Los estados preliminares de quita y espera y de suspensión de pagos. Exposición de las normas procesales que los regulan», en GÓMEZ ORBANEJA y HERCE (autores) *Derecho Procesal civil*, 3^a edición, vol. I, ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1951, p. 654; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal civil. Parte especial*, 2^a edición, ed. Colex, Madrid, 2000, p. 199; MOLINA PASCUAL, E., «Procedimiento de suspensión de pagos», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956, p. 802 y ss.; RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores y quiebra*, tomo II, vol., 2^o, ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, p. 26; AGUILAR CANOSA, «En torno a la preferencia de los créditos laborales», en *Revista general de Derecho*, 1957, pp. 747 y ss.; ORTUÑO, «La suspensión de pagos», en *Revista de los Tribunales*, tomo XLI, pp. 535 y ss.; En sentido contrario se pronuncian, entre otros, los prácticos TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, 2^a edición, ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 21, aduciendo que la suspensión de pagos es un proceso de ejecución; y con menor fundamento también se apunta a la tesis de proceso SAGRERA TIZÓN, J.M^a., *Comentarios a la ley de suspensión de pagos*, 2^a edición, vol. III, ed. J.M Bosch editor, Barcelona, 1989, p. 97. Que entienden que la suspensión de pagos es un verdadero proceso de ejecución. En otro orden se situaba el profesor Jaime GUASP DELGADO que entendía que la suspensión de pagos era un verdadero proceso de cognición; concretamente decía que: «era un *proceso de eliminación que tendía a evitar la provocación de una ejecución general ulterior(...)*». Dicho autor entendía que la *suspensión de pagos era un proceso de cognición*, nunca de ejecución, vid., en GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, ed. Instituto de estudios políticos, Madrid, 1956, pp. 1267-1268.

preventiva⁵¹³. En conexión con la afirmación anterior, no estamos nada de acuerdo con la afirmación que hacía FERNÁNDEZ DEL POZO⁵¹⁴ en la que decía que: «hasta ahora no se había estudiado seriamente en nuestro Derecho el deslinde entre la estricta función de juzgar –y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE)– de la relativa a los actos denominados, equivocadamente, de «jurisdicción voluntaria». Creemos que la anterior afirmación no era muy afortunada, puesto que, decir sin más, que el «gran» tema de la «jurisdicción voluntaria» no había sido abordado ni estudiado seriamente en nuestro Derecho, era una afirmación poco meditada que «atentaba» seriamente contra la realidad.

Como se puede comprobar, desde hace muchos años, la búsqueda de un concepto unívoco de la jurisdicción voluntaria –disciplina más apegada al Derecho procesal– ha sido una cuestión que ha venido preocupando enormemente a la doctrina procesalista, que buscaba deslindarla de la actividad jurisdiccional y de la actividad administrativa; es cierto que en la literatura especializada han corrido «ríos de tinta» por ver cuál era el verdadero concepto y alcance de la jurisdicción voluntaria, por eso la afirmación del anterior autor carecía de sentido. Es cierto que durante un largo periodo de tiempo (15 años) el Legislador español no ha sabido, no ha querido o, no ha podido afrontar la (necesaria) reforma de la jurisdicción voluntaria, manteniendo vigentes diversas disposiciones legales inarmónicas, promulgadas en épocas distintas y,

⁵¹³ El procedimiento de suspensión de pagos ideado por ROJO en 1995, era al igual que la suspensión de pagos de 1922 y el actual concurso (ex art. 5 bis LC), un procedimiento de corte preventivo. Seguimos la tesis de HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del proceso», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (autores), *Derecho procesal civil*, 8ª edición, Vol. II, ed. Artes Graficas y ediciones, Madrid, 1979, pp. 177-210. El autor clasifica como *procedimientos judiciales preventivos del proceso* a: i) la conciliación, ii) el procedimiento de quita y espera y, iii) la suspensión de pagos.; así lo entiende también GARRIDO, J.Mª., «La reforma de Derecho concursal español...», op. cit., p 901, que apunta: «(...)sirve para la resolución de problemas de endeudamiento con carácter preventivo (...); (...) en la misma línea de prevención FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico concursal de los acuerdos de refinanciación (Disp., adicional 4ª LC), Propuesta de reforma legislativa*, ed. Cuadernos de Derecho registral, Madrid, 2010., p. 168.

⁵¹⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido...*, op. cit., p. 58.

manteniéndolas vigentes en el Ordenamiento *ad perpetuam*⁵¹⁵. La necesidad de reformar la jurisdicción voluntaria ante el insostenible estado de las normas que la regulaban, venía siendo invocada desde el año 1885⁵¹⁶, por tanto, era un deber «inexcusable» e «inaplazable» que el propio legislador, después de tantos años, debía materializar de forma prioritaria, pues, la situación, al igual que ocurría en el ámbito del Derecho concursal, era insostenible desde un punto de vista legislativo⁵¹⁷.

A pesar de lo anterior, es de justicia apuntar que hasta la materialización de la reforma de la jurisdicción voluntaria, llevada a cabo por la Ley 15/2015 de julio, tanto en España⁵¹⁸ como en Italia⁵¹⁹, han proliferado infinidad de trabajos

⁵¹⁵ El legislador durante 15 años ha «esclerotizado» en varias ocasiones la (necesaria) reforma en materia de jurisdicción voluntaria, manteniendo vigentes normas antiguas aprobadas en otra época. Vid., el trabajo de GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «Separación y actualización...», op. cit., pp. 603-605.

⁵¹⁶ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Deberes ineludibles...», op. cit., p. 8

⁵¹⁷ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «El Derecho concursal español...», op. cit., p. 289; ídem, «Deberes ineludibles...», op. cit., pp. 7-8; GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «Separación y actualización...», op. cit., pp. 603-605;

⁵¹⁸ Véanse, entre otros, algunos de los meritorios trabajos científicos de la doctrina científica española sobre jurisdicción voluntaria, donde se ha venido estudiando seriamente y en profundidad su naturaleza jurídica, en busca –incesante– del alcance dogmático-conceptual de la misma: ÁLVAREZ-CASTELLANOS RAEL, P., «El proceso de jurisdicción voluntaria», en *RDP*, núm. 3, año I, julio-agosto-septiembre, 1945, pp. 331-353; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 177-252; ídem., véase los siguientes trabajos: «Sobre el concepto y delimitación del Derecho procesal civil», en *RDP*, núm. 4, año III, octubre-noviembre-diciembre, 1947, pp. 560-566; «Deberes ineludibles e inaplazables (El laberinto de la quiebra y de la jurisdicción voluntaria y el formalismo de la casación)», en *RDPIb*, núm. 1, 1969, pp. 7-15; «El Derecho concursal español y el extranjero: (La Ley desacredita a la Ley)», en *RDPIb*, núm.2-3. 1977, pp. 287-342; GIMENO GAMARRA, R., «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», en *ADC*, tomo IV, fascículo 1 a 4, enero-marzo, 1953, pp. 3-80; GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, 3ª edición, tomo I, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 106-107; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria», en *RDP*, núm. 10, 1945, pp. 619-642; HERCE QUEMADA, V., «El procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, vol. II, ed. Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1979, pp. 377-420; GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «Separación y actualización del Derecho Concursal y de la jurisdicción voluntaria», en *RDPIb*, núm. ,1981, pp. 603-618; ALMAGRO NOSETE, J., en CORTÉS/GIMENO/MORENO/NOSETE (autores), *Derecho procesal. Proceso Civil*, Valencia, 1990, pp. 546 y ss.; ídem, en PRIETO-CASTRO/ALMAGRO/GONZÁLEZ-DELEITO (autores), *Tribunales españoles. Organización y funcionamiento*, 5ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 1979, pp. 158-159; DE PINA R., y CASTILLO LARRAÑAGA, J., *Instituciones de Derecho Procesal civil*, octava edición, ed. Porrúa, México, 1969, pp. 67-72; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria», en ALCALÁ-ZAMORA (autor), *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, ed. Instituto de

Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1974, pp. 115-236; ídem., véase «Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria», en ALCALÁ-ZAMORA (autor), *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1974, pp. 167-236; WACH, A., *Manual de Derecho procesal civil*, vol. I, ed. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, pp. 83-104; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, ed. Bosch, Barcelona, 1978, pp. 289-297; ídem. *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, ed. Civitas, Madrid, 1978; MUÑOZ ROJAS, T., «Sobre la jurisdicción voluntaria», en *Actualidad Civil*, núm. 39, semana 22-28 de octubre, 1990; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del Derecho procesal*, ed. UNAM, México, 1992, pp. 134-141; ídem. «Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa», en *ADC*, vol. 44, núm. 3, 1991, pp. 941-960; ídem. «El auxilio de los tribunales y la jurisdicción voluntaria», en *Justicia 92*, núm. IV, 1992, pp. 789-798; DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español: organización judicial. Proceso civil*, 3ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 143-144; PÉREZ DEL BLANCO, G., «El procedimiento judicial de constitución de la adopción: de la jurisdicción voluntaria al proceso contencioso», en *CEFlegal*, núm. 52, mayo 2005, pp. 3-30; GONZALEZ GRANDA, P., «Los postulados de oportunidad política y de utilidad práctica en el proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria. Pero...¿y el razonamiento conceptual?», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 58, diciembre, 2014, pp. 1-7, ídem., *¿Quo Vadis, jurisdicción voluntaria?, la reestructuración parcial de la materia en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria*, ed. Reus, Madrid, 2015; MORENO CATENA, V., «Las funciones exclusivas de los juzgados y tribunales» en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., (autores), *Introducción al Derecho procesal*, 7ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 76-77; GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria: doctrina y formularios*, 3ª edición, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997; ídem., véase: «Jurisdicción voluntaria», en *CDJ*, Monográfico sobre jurisdicción voluntaria, 1996, pp. 17-56, del mismo autor: *Jurisdicción voluntaria: doctrina y formularios*, 4ª edición, ed. Thomson, Madrid, 2008; GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El proceso civil*, 3ª edición, ed. Fórum, Oviedo, 1996, pp. 563-568; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, ed. Eurolex, Madrid, 1997, pp. 23-35; DE LA OLIVA SANTOS, A., Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª edición, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 60-62; BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, ed. La Ley, Madrid, 2015; Alonso Furuelos, J.M., *Reflexiones sobre la vigente legislación española de la jurisdicción voluntaria en su parte general y base para su reforma*, ed. Dykinson, Madrid, 2012; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, ed. Civitas, Madrid, 2001; ídem., hay que tener en cuenta también sus siguientes trabajos sobre la materia: *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, vol. I, ed. Iustel, Madrid, 2007; *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, vol. II, ed. Iustel, Madrid, 2008; «Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (I)», en *Actualidad civil*, núm. 36, tomo IV, 2001, pp. 1271 y ss.; «Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro», en *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 89-148; «La reforma de la Jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones», en *Diario La Ley*, núm. 6216, sección doctrina, 23 marzo 2005, pp. 1-13; «El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de Octubre de 2005. De la tutela de relaciones jurídicas privadas a la protección de intereses generales, públicos y sociales», en *Diario La Ley*, núm. 6500, sección doctrina, 8 de junio 2006, pp. 1-10; «La Ley de Jurisdicción voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores» en *Diario La Ley*, núm. 7866, sección doctrina, 25 mayo de 2012, pp. 1-8; «Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de 31 de octubre de 2013», en *Diario La Ley*, núm. 8273, sección doctrina, 18 marzo 2014, pp. 1-18; «Misteriosa. Heterogénea. Fascinante jurisdicción voluntaria», en *AJA*, núm. 890/2014, tribuna; «Régimen jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria», en *Diario La Ley*, núm. 8496, sección doctrinal, 9 marzo 2015, pp. 1-39, *La reforma de la jurisdicción voluntaria: textos prelegislativos, legislativos y procedimiento parlamentario*, ed. Registradores-Dykinson, Madrid, 2015; LIÉBANA ORTÍZ, J.R., *Fundamentos dogmáticos de las jurisdicción voluntaria*, ed. Iustel, Madrid, 2012; ídem., hay que tener en cuenta sus siguiente trabajos: «Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la Jurisdicción voluntaria», en *Redur*, núm. 3, 2005, pp. 163-182; «Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación

dogmática», en *Redur*, núm. 9, 2011, pp. 147-164; «La hora de la jurisdicción voluntaria, en *Diario La Ley*, núm. 7968, sección tribuna, 20 noviembre 2012, pp. 1-2; «Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria», en *PdT*, núm. 95, tribuna libre, julio-agosto 2012, pp. 24 y ss.; *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, ed. Dykinson, Madrid, 2015; con SOBRINO GONZÁLEZ, T., «Apuntes críticos sobre el anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria», en *RGDP*, núm. 34, 2014, pp. 1-17; «La nueva jurisdicción voluntaria», en *AJA*, núm. 876/2014, pp. 1-3; LACUEVA BERTOLACCI, R., «Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria», en *Diario La ley*, núm. 6755, 12 julio 2007, pp. 1-6; del mismo autor: «La propuesta de anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria: una ruptura con el pasado», en *Diario La Ley*, núm. 8151, tribuna, 18 septiembre 2013, pp. 1-6; DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., «El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria, en *Diario la Ley*, núm 6770, sección doctrina, 3 septiembre 2007, pp. 1-9; SEOANE CACHARRÓN, J., «El secretario Judicial como órgano de la jurisdicción voluntaria en el Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006», en *Diario La ley*, núm. 6713, sección doctrina, 15 mayo 2006, año XXVIII, pp. 1-7; ídem, «Examen del Procedimiento judicial común en el Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, en *Diario La ley*, núm. 6773, 6 septiembre 2007, pp. 1-10; del mismo autor *vid.*, «El secretario judicial, órgano principal en la futura Ley de jurisdicción voluntaria», en *Diario La Ley*, núm. 7906, tribuna, 20 julio 2012, pp. 1-8; CALAZA LÓPEZ, S., «Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria», en *RDUNED*, núm. 3, 2008, pp. 345-373; DE PRADA GONZÁLEZ, J.M^a., «Problemas que plantea la regulación de la jurisdicción voluntaria», en *Actualidad civil*, núm. 14, 16-31 julio, 2009, pp. 1-14; STAMPA CASAS, G., «Jurisdicción voluntaria y declinatoria de arbitraje», en *Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, ed. La Ley, Madrid, 2010; GARCÍA VILA, J.A., «De nuevo en torno a la futura Ley de Jurisdicción voluntaria», en *La Notaria*, núm. 4/2011-1/2012, pp. 26-29; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «El proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria y su repercusión en el Derecho de las personas y de la familia», en *AJA*, núm. 892/2014, pp. 1-2; CARRERAS LLANSANA, J., «Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria», en *Estudios de Derecho Procesal*, 1962; GÓMEZ BLANCO, M^a. C., y MAURO PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C., *La jurisdicción voluntaria: formularios y práctica jurídica comentada*, ed. Comares, Granada, 2008; LACALLE SERER, E., Y SANMARTIN ESCRICHE, F., *Formularios sobre jurisdicción voluntaria*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009; AA. VV., en FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. (dir.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

⁵¹⁹ En el doctrina italiana, *vid.*, por todos a QUIOVENDA, J., *Principios de Derecho procesal civil*, 2^a edición, tomo I, ed. Reus, Madrid, 2000, (reimpresión de la 1^a edición de 1852), pp. 392-404; Pajardi, P., *La giurisdizione volontaria*, ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1963, pp. 15 y ss.; ZANOBINI, «Su ll amministrazione publica del diritto privato», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1918, pp. 183 y ss.; CALAMANDREI, P., *Studi sol processo civile: limiti tra giurisdizione e amministrazione*, vol. I, ed. Padova, 1930; CARNELUTTI, F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, Roma, 1951; ALLORIO, E., «Saggio polémico sulla giurisdizione volontaria» *Rivista di Diritto e procedura civile*, 1948; MICHELLI, G.A., «Forma y sustanza nella giurisdizione volontaria», in *Rivista di Diritto Processuale*, 1947, 1^a parte, pp. 101-128; ANDRIOLI, *Diritto Processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979; DE MARINI, «Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria», en *RDP*, 1954; LIEBMAN, E.T., «Giurisdizione volontaria e competenze, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Processo civile*, vol. II, 1925; SATTA, S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1953, pp. 529 y ss.; CRISTOFOLINI, G., «Eficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria», en *Studi in onore di Chioventa*, Padova, 1927, pp. 377 y ss.; FAZZALARI, E., *Istituzioni di Diritto Processuale*, VI edición, ed. Cedam, Padova, 1992, pp. 513-556; TARZIA, G., «I procedimenti in camera di Consiglio e la tutela dei diritti», en *Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo civile*, Palermo, 1989, pp. 263-270; DENTI, «I procedimenti camerali come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela», en *Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo civile*, Palermo, 1989, pp. 31 y ss.; ídem. La giurisdizione volontaria rivisitata, en *Studi in onore di Enrico Allorio*, tomo I, pp. 181-196; GRASSI, «I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela», *Atti del XVII Convegno Nazionale del*

científicos sobre la Jurisdicción voluntaria de una excelente calidad, cuyas investigaciones se han llevado a cabo de una forma seria y honesta, y, donde se han defendido grandes tesis sobre la naturaleza jurídica y el concepto de la jurisdicción voluntaria, además de su efectivo «deslinde» frente la jurisdicción contenciosa; por lo tanto, la desafortunada afirmación de FERNÁNDEZ DEL POZO quedaba –por descontado– fuera de lugar.

Es cierto que ha tardado mucho tiempo en promulgarse una Ley específica de Jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria), ya que como se ha venido denunciando por la doctrina⁵²⁰, desde 1885 la necesidad de reordenar y modificar las normas de la jurisdicción voluntaria venía siendo un deber ineludible e inaplazable del Estado. Como es sabido, en el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE 8 de enero), ya se apuntaba que la Ley de enjuiciamiento civil del año 2000 «se configuraba con exclusión de la materia relativa a la jurisdicción voluntaria, que como en otros países, parecía preferible regular en ley distinta...»⁵²¹. La Disposición final decimoctava de dicha Ley recogía el compromiso formal y legal del Gobierno de remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil⁵²². Se pasó el plazo previsto para que el Gobierno elaborara dicho Proyecto de Ley (8 de enero de 2001), sin que el ejecutivo acometiera tal

processo civile, Palermo, 1989, pp. 49 y ss.; ANDRIOLI, «Il processo civile non contencioso», en *Anuario di Diritto Comparato*, 1966, pp. 226 y ss.

⁵²⁰ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Deberes ineludibles...», *op. cit.*, pp. 7-8; ídem. «El derecho concursal y el extranjero...», *op. cit.*, p. 287-342; GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «Separación y actualización del Derecho...», *op. cit.*, p. 603-618.

⁵²¹ Véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria (I)*, ed. Iustel, Madrid, 2007, pp. 19 y ss.

⁵²² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general...*, *op. cit.*, p. 19; también *vid.*, el apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria: «La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una ley de la jurisdicción voluntaria forma parte del proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del derecho privado iniciado hace ahora más de una década. la disposición final decimoctava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, encomendaba al gobierno la remisión a las cortes generales de un proyecto de ley de jurisdicción voluntaria, una previsión legal vinculada con la construcción de un sistema procesal avanzado y homologable al existente en otros países».

encargo. Fue en el año 2005 cuando se cumplió con aquel encargo (presentando un Proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria), pero en el año 2007, ante los incesantes cambios que se produjeron durante el trámite parlamentario (sobre todo en cuanto al objeto de la Ley), decidió retirar dicho proyecto cuando ya había sido enviado al Senado.

En el año 2012 el Ministro de Justicia Don Alberto RUÍZ-GALLARDÓN, intentando cumplir –aunque tardíamente– el compromiso asumido por el Gobierno en el año 2002, anunció que debido a la alta litigiosidad predominante en nuestra actualidad y a la consecuente congestión que venían sufriendo nuestros juzgados y tribunales, el Gobierno se veía obligado a buscar formas indirectas que coadyuvaran a «desatascar» los mismos⁵²³; en puridad, según las razones que ya entonces aducía el Ministro, se ha visto una clara tendencia por desjudicializar determinados procedimientos con el único afán de aliviar la incesante actividad de los jueces y tribunales⁵²⁴.

Ante tal tesitura, se vio claramente a la jurisdicción voluntaria como el instrumento perfecto para conseguir tal propósito, por lo que, en el mes septiembre de 2014, se presentó un Proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, que se aprobó el pasado 18 de junio de 2015, y que se materializó con la promulgación de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, cuya promulgación ofrece, por fin, un régimen legal específico sobre dicha disciplina al margen de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵²⁵. A pesar de que la utilización de la jurisdicción voluntaria y la desjudicialización de determinados procedimientos puedan aliviar el gran atasco que sufren nuestros juzgados y tribunales, hemos de decir que, siguiendo la postura del profesor DAMIÁN MORENO, «esta forma de resolver los problemas (desjudicializando procedimientos) y lo males que aquejan a la Administración de Justicia, no deja

⁵²³ BUENDÍA CÁNOVAS, A., «Medidas anunciadas por el Ministro Ruiz-Gallardón para agilizar la Administración de justicia», en *Diario La Ley*, núm. 7813, tribuna, 7 de marzo 2012, pp. 3-5.

⁵²⁴ DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema...*, op. cit., p. 143.

⁵²⁵ La vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil.

de ser un camino *inadecuado* para resolver los problemas de la Justicia en un Estado de Derecho»⁵²⁶.

A pesar de que con la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria se saquen de la órbita judicial algunos procedimientos (desjudicialización), para que sean tramitados ante otros funcionarios igualmente habilitados (Secretarios Judiciales⁵²⁷, Notarios y Registradores⁵²⁸) para conocer de dichos expedientes, no está muy claro que los tribunales dejen de estar «atascados» por el mero hecho de desjudicializar algunos procedimientos, puesto que los juzgados y tribunales seguirán estando atascados de asuntos de los que sean competentes, resolviendo, como es habitual, una cantidad «ingente» de demandas que, en época de crisis económica, acceden a nuestros juzgados y tribunales. Y, parece que tampoco era muy acertado el argumento esgrimido, en su día, por el Ministro RUIZ-GALLARDÓN en el que se justificaba la promulgación de una Ley de Jurisdicción voluntaria para dar prioridad a los expedientes de mayor trascendencia económica y que mayor impacto tuvieran en la economía nacional⁵²⁹, cuando, realmente la virtud esencial de la jurisdicción voluntaria radica en el principio de alternatividad⁵³⁰ que se ofrece al justiciable, que, en determinados procedimientos puede optar por acudir a la vía judicial, notarial o registral. Por todo ello, después de muchos años de espera⁵³¹, por fin, ha visto

⁵²⁶ DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema...*, op. cit., p. 144.

⁵²⁷ Actualmente denominados Letrados de Administración de Justicia, tras la última reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁵²⁸ Al decir Registradores, nos referimos, en general, a: los Registradores de la propiedad, y Registradores del Registro Civil, y Registradores Mercantiles.

⁵²⁹ BUENDÍA CÁNOVAS, A., *Medidas anunciadas...*, op. cit., p. 4.

⁵³⁰ Véase el apartado VI de la Exposición de motivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria. Dónde se dice que: «(...) se ha optado, con carácter general, por la alternatividad entre diferentes profesionales en determinadas materias específicas que se desgajan de la órbita de la autoridad judicial».

⁵³¹ El día 8 de enero de 2002 era el plazo máximo que el Gobierno remitiera un proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria a las Cortes, según se desprendía de la Disposición final decimoctava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. Después de 13 años, de espera, ve la luz, por fin, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria.

la luz una regulación legal específica e independiente sobre jurisdicción voluntaria⁵³², cuya vigencia evita que se tuviera a dicha institución como una especie de cajón desastre y un campo de experimentación del legislador⁵³³, debido a la inseguridad jurídica que producía el hecho de no saber que norma jurídica aplicar ante determinados supuestos⁵³⁴.

Como hemos podido comprobar la *suspensión de pagos* de la propuesta del anteproyecto de 1995 ya entonces, tenía algunas características en común con el actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), puesto que, como veremos más adelante, nosotros entendemos que el precurso (art. 5 bis), debido a los rasgos y características que presenta, también debe ser considerado un *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria* de pleno carácter preventivo.

Como se puede observar, la incoación de ambos procedimientos no pone en marcha ningún proceso, y la intervención del juez no tiene, en ningún caso, contenido jurisdiccional⁵³⁵, puesto que en los procedimientos judiciales⁵³⁶ de jurisdicción voluntaria, el juez no aplica ni declara el derecho (por eso no es necesaria la intervención de juez⁵³⁷); por el contrario, los actos de jurisdicción

⁵³² La recientemente promulgada Ley 15/2015, de 2 julio, de Jurisdicción Voluntaria.

⁵³³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general...*, op. cit., pp. 19 y ss.

⁵³⁴ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Deberes ineludibles...», op. cit., p. 8.

⁵³⁵ En estos procedimientos su intervención era, más bien, orgánica, en ningún caso funcional (o «jurisdicente»).

⁵³⁶ Partiendo de la base de que la suspensión de pagos es un *procedimiento preventivo del proceso cuya naturaleza jurídica descansa en el ámbito de la jurisdicción voluntaria* (vid., HERCE y RIVES MARTÍ), defendemos la idea de que todos los actos de jurisdicción voluntaria encomendada a los órganos jurisdiccionales –tanto si conocen de ellos los jueces como si conocen los secretarios judiciales– deban denominarse: *procedimientos judiciales de jurisdicción voluntaria* (como así los denominaba el profesor HERCE); decimos que la *suspensión de pagos* es un *procedimiento judicial*, por haber intervenido –en su día– un juez. Actualmente, con la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 3 de julio, de la *Jurisdicción Voluntaria*, el conocimiento de los mismos está atribuido a los Secretarios judiciales (que pronto pasarán a llamarse Letrados de la Administración de Justicia debido a la entrada en vigor de las inminentes reformas de la LOPJ), pero también entendemos que deben seguir denominándose *procedimientos judiciales*, no tanto porque intervenga un juez, sino porque se celebra en sede judicial. Véase a HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, vol. II, ed. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, pp. 188, 197 y 377 y ss.; RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores y quiebras*, tomo II, ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, pp. 25 y ss.

⁵³⁷ Con la entrada en vigor de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la *jurisdicción voluntaria*, los actos de jurisdicción voluntaria son atribuidos a los secretarios judiciales (que pronto se denominarán Letrados de la Administración de justicia). Como apunta el profesor

voluntaria completan, en ocasiones, las normas jurídicas para que así produzcan efectos⁵³⁸.

Con la promulgación de la nueva Ley 15/2015, de 2 julio, de Jurisdicción voluntaria, los *Letrados de la Administración de Justicia* (antiguos secretarios judiciales) asumen nuevas competencias en dicha disciplina (salvo en las cuestiones en las que el Estado quiere proteger especialmente, en las que seguirá interviniendo el juez), como así lo venía invocando la doctrina⁵³⁹, pues, al juez había que despojarlo de todo aquello que es «consustancial» a su figura (funciones gerenciales, cuestiones administrativas, recursos humanos), de modo que sólo haga lo que únicamente debe hacer: «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE)»⁵⁴⁰.

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial atribuía nuevas competencias a

CORTÉS DOMÍNGUEZ, no es *necesaria* la intervención de ningún juez en los asuntos de jurisdicción voluntaria, puesto que el juez en este tipo de procedimientos no aplicaba ni declaraba derechos subjetivos, simplemente *completaba las normas jurídicas* para que estas produzcan los efectos perseguidos. Por eso, la nueva Ley ha descargado a los jueces de dichos asuntos atribuyendo la competencia para su conocimiento a los actuales secretarios judiciales (pronto Letrados de la Administración de Justicia), vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Ley de Jurisdicción Voluntaria», en: http://otraopinionjuridica.blogspot.com.es/2015_06_01_archive.html, jueves 18 de junio de 2015. También *vid.*, de mismo autor en «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FDEZ.-NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs), *Derecho procesal concursal*, vol. 7, ed. Marcial Pons., Madrid, 2008, p. 20. Donde el autor a la hora de analizar la naturaleza jurídica del concurso de acreedores, habla de la esencia de la jurisdicción voluntaria: «(...) *La intervención del órgano jurisdiccional en este procedimiento no va destinada a completar normas jurídicas, que es la esencia de la jurisdicción voluntaria, sino a...*»

⁵³⁸ Así entiende la jurisdicción voluntaria CORTÉS DOMÍNGUEZ a colación de la recientemente aprobada Ley 15/2015, de 3 de julio, de la Jurisdicción voluntaria. Dicho autor entiende que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria no se precisa de la intervención del juez, pues en este tipo de *procedimientos judiciales* como nosotros los denominamos (siguiendo la línea de HERCE QUEMADA), –continúa el autor– no se declaran derechos ni se aplican normas como si existiera un conflicto o controversia intersubjetiva, solamente se completan normas para que estas produzcan efectos y esa función solo la puede hacer el Estado a través de sus funcionarios habilitados, que no tienen por qué venir investidos de potestad jurisdiccional. *Vid.* a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Ley de Jurisdicción...», *op. cit.*; del mismo autor *vid.*, «La naturaleza jurídica...», *op. cit.*, p. 20.

⁵³⁹ MORENO CATENA, V., «La justicia en acción (1)», en *CDJ, Justicia: poder y sector público*, núm. xviii, 2006, p. 313; FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.Á., «Competencia resolutoria del secretario judicial en el actual marco normativo de la jurisdicción voluntaria», en *Indret*, junio, 2012, pp. 2-27; SEOANE CACHARRÓN, J., «El secretario judicial, órgano principal en la futura Ley de jurisdicción voluntaria», en *Diario La Ley*, núm. 7906, sección tribuna, 20 julio 2012, año xxxiii, pp. 1-8;

⁵⁴⁰ *Vid.*, MORENO CATENA, V., «La justicia en acción», *op. cit.*, p. 313.

los Secretarios Judiciales (actuales Letrados de la Administración de Justicia⁵⁴¹), «para garantizar que el juez o tribunal pueda concentrar sus esfuerzos en la labor que le atribuyen la Constitución y las leyes como función propia y exclusiva: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁵⁴²». El propio artículo 456.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵⁴³ preveía la posibilidad de que el Cuerpo de Secretarios Judiciales pudiera asumir otro tipo de funciones que le vengán atribuidas expresamente por otras disposiciones procesales, en las que no se resolviera sobre el fondo, por ello, el legislador en su afán de rediseñar la nueva Oficina judicial y dar una nueva configuración al Cuerpo de secretarios judiciales, reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante la Ley Orgánica 19/2003⁵⁴⁴, con la que vino a establecer, en términos generales, que toda función o tarea que no supusiera ejercicio «estricto» de potestad jurisdiccional podría ser atribuida a otros sujetos distintos del juez o el magistrado⁵⁴⁵. Posteriormente, con la reforma operada por la Ley 13/2009⁵⁴⁶, el legislador procesal vino a potenciar y

⁵⁴¹ La Disposición adicional primera (Referencias en las normas de fecha anterior) de la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 6 julio, del poder judicial, que entró en vigor el pasado 1 de octubre de 2015 (salvo los apartados 1º,2º,5º de la Disposición final tercera, que entrarán en vigor al año de su publicación), cambia la denominación a los Secretarios judiciales que pasan a ser denominados *Letrados de la Administración de Justicia*.

⁵⁴² Sobre las competencias atribuidas a los secretarios judiciales en las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2009 y, la Ley 13/2009, véase el completo trabajo de COLOMER HERNÁNDEZ, I., Y DE ÁLVARO MONTERO, Á., «El núcleo de la reforma: la función jurisdiccional y la actuación de los secretarios», en AA-VV., *Las reformas en el Ordenamiento procesal*, ed. Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 133-176.

⁵⁴³ Véase el artículo 456 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, que estuvo vigente hasta el uno de octubre de 2015, y que ha sido modificado por la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, que entró en vigor el día uno de octubre de 2015 (salvo los apartados 1º,2º, 5º de la Disposición final tercera, que entrarán en vigor al año de sus publicación en el BOE). El apartado 68º del artículo único de la Ley 7/2015, de 21 de julio, da una nueva redacción al artículo 456 LOPJ, en el que ya se hace uso de la nueva denominación de los antiguos secretarios judiciales: «Letrados de la Administración de Justicia».

⁵⁴⁴ Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial.

⁵⁴⁵ Vid., en MORENO CATENA, V., «La oficina judicial, los secretarios judiciales y el personal al servicio de la Administración de Justicia», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/MORENO CATENA (autores), *Introducción al Derecho Procesal*, 7ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 165.

⁵⁴⁶ Ley 13/2009, de 3 de noviembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial*.

desarrollar nuevas competencias de los secretarios judiciales (a través de las modificaciones de las diversas leyes procesales vigentes); en este sentido destacan las nuevas competencias atribuidas a los mismos, como, por ejemplo, entre otras: i) las competencias en materia de ejecución que no estén expresamente atribuidas a jueces y magistrados, ii) competencias en materia de jurisdicción voluntaria, iii) conciliaciones, iv) registro y reparto de asuntos, v) actos de comunicación, vi) auxilio judicial y cualquier otra prevista expresamente⁵⁴⁷.

Desde un punto de vista dogmático, en relación con lo anteriormente apuntado, es importante decir que, en ocasiones, «los particulares para poder hacer uso de sus derechos, necesitan del auxilio o de la colaboración del Estado para crear o desarrollar condiciones para poder ejercerlos o hacerlos valer sin necesidad de interponer una demanda frente a otra persona, poniendo en marcha un proceso contencioso que deberá resolverse mediante sentencia»⁵⁴⁸. Por lo tanto, la realización de este tipo de actuaciones que se encomiendan a los órganos jurisdiccionales, tradicionalmente vienen denominándose *jurisdicción voluntaria*, puesto que en ellos no hay controversia, no se deduce pretensión frente a un tercero, el órgano jurisdiccional no realiza función jurisdiccional alguna, solo actúa de forma orgánica, no partes, sino solicitantes o interesados, además, no se da la autoridad de cosa juzgada⁵⁴⁹.

Según dispone la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria⁵⁵⁰ se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a «los actos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derecho e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse por un proceso contencioso (art. 1.2 LJV)»; además, la propia Ley 15/2015, de 2 de julio, tiene

⁵⁴⁷ Vid., MORENO CATENA, V., «La oficina judicial, los secretarios...», op. cit., p. 164-166; COLOMER HERNÁNDEZ, I., y DE ÁLVARO MONTERO, Á., «El núcleo de la reforma: la función jurisdiccional...», op. cit., pp. 153-158.

⁵⁴⁸ DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción voluntaria», <http://almacenederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>.

⁵⁴⁹ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción...», op. cit.

⁵⁵⁰ Vid., la Ley 15/2015, de 3 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

como objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales (art. 1.1 LJV), aunque dicha afirmación, a nuestro entender, es poco afortunada, puesto que en la Exposición de motivos de la propia Ley, se dice que: «*se opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales (que empezarán a denominarse Letrados de la Administración de justicia), Notarios, y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento*»⁵⁵¹. Por lo tanto, después de ver lo que se invoca en la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria 15/2015, de 2 de julio, debemos decir que ambos procedimientos judiciales encajarían, perfectamente, dentro de los dominios de la jurisdicción voluntaria. Lo que nos sorprende —enormemente— es que el legislador actual, no haya introducido el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) dentro de los procedimientos de jurisdicción voluntaria mercantiles regulados en la reciente Ley 15/2015 de 2 de julio, *de Jurisdicción Voluntaria*, puesto que como ya hemos avanzado, el precurso (ex art. 5 bis) tiene, indiscutiblemente, una clara naturaleza de *jurisdicción voluntaria*. Es cierto que este «olvido» del legislador deberá subsanarse, y para aportar más claridad al asunto, sería más que recomendable que se incluyera el procedimiento precurso (ex art. 5 bis), al menos, en el propio Título VIII, «de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia mercantil» de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Siguiendo con el fundamento de la jurisdicción voluntaria, es importante traer a colación la tesis del profesor DAMIÁN MORENO⁵⁵², «(...) *la tutela de derechos e intereses (...)*» que predica el artículo 1.2 (LJV), no es tal, puesto que el Juez no está declarando derechos subjetivos —*como si de un conflicto intersubjetivo se tratara* (la cursiva es nuestra)—, el juez ante una suspensión de

⁵⁵¹ Véase el apartado «V» de la Exposición de motivos de la ley 15/2015, de 3 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁵⁵² DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción...», op. cit.

pagos (de antaño) o ante el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) no declara derechos subjetivos del deudor (ya que ese no es el objeto de la denominada *jurisdicción voluntaria*), sino que en dicha intervención se realizan actos jurídicos que permiten o facilitan el ejercicio de los derechos del deudor (un beneficio del deudor⁵⁵³); en este caso el deudor que solicita al Juez el «precurso», pide que dicho órgano jurisdiccional le constituya en la *situación de precurso*, para que durante la moratoria temporal que se le concede (ex art. 5 bis LC) pueda negociar su acuerdo de refinanciación (sin la presión que, en ocasiones, provoca el mal entendido deber de solicitud de concurso –art. 5 LC–), busque adhesiones a un propuesta anticipada de convenio, o pueda estar protegido mientras se tramita el acuerdo extrajudicial de pagos (AEP), el juez que lo concede crea situaciones jurídicas idóneas para que el deudor promotor de la solicitud de precurso pueda constituirse en un estado jurídico nuevo o, garantizar otros para el futuro⁵⁵⁴.

3.3. Objeto y finalidad

El objeto de aquel procedimiento de *suspensión de pagos* (arts. 270 y siguiente Anteproyecto) ideado por el profesor ROJO, era la consecución de un convenio de continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor común frente a sus acreedores⁵⁵⁵. De la configuración de aquel procedimiento se desprendía una clara finalidad *preventiva* del concurso de acreedores, pues si se lograba el *convenio de continuación* con los acreedores, se conseguiría pagar a todos los acreedores en los términos pactados (espera máxima de tres meses, sin

⁵⁵³ Decimos que es «un beneficio del deudor», porque entendemos que, tanto el viejo procedimiento preventivo de suspensión de pagos (LSP) –también lo era la suspensión de pagos del profesor ROJO–, como el vigente procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), eran beneficios a los que se podían acoger los deudores que pudieran cumplir los presupuestos objetivos exigidos por la ley; por lo tanto desde el mismo momento en que el deudor decidiera acogerse a tales beneficios, ningún acreedor podría hacer nada para impedirlo; el deudor se sitúa en un posición de beneficio para intentar negociar un convenio con el que remover o prevenir el estado de insolvencia.

⁵⁵⁴ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción...», op. cit.

⁵⁵⁵ Véase el criterio básico número 6º, para la elaboración de la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal, comunicado por el Ministro de Justicia e Interior de 23 de junio de 1994, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 3479.

admitir quitas ni convenios de cesión de bienes⁵⁵⁶) en el mismo y, por ende, se conseguiría conservar la actividad empresarial o profesional; asimismo, en muy parecidas condiciones en el procedimiento judicial de precurso (ex art. 5 bis LC) también aflora una auténtica finalidad *preventiva* del concurso, puesto que el deudor que se encuentra acogido al precurso (ex art. 5 bis LC), intenta por todos los medios alcanzar los negocios que el precepto pone a su alcance: i) la consecución de un convenio (art. 71 bis y Disposición Adicional 4ª LC) que remueva su estado de insolvencia; o, ii) la búsqueda de adhesiones a un propuesta anticipada de convenio; en los casos en los que el deudor común no haya solicitado el precurso inicialmente, y, opte alternativamente por solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), en el que el mediador concursal configurará un calendario de pagos que le permita reorganizar la situación patrimonial del deudor insolvente (art. 236), removiendo dicha situación a través del cumplimiento de una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos (art. 236 LC), que deberá ser votada y aceptada por los acreedores afectados en los porcentajes legalmente exigidos (art. 238). El acuerdo extrajudicial de pagos se presenta en nuestro sistema concursal como la tercera alternativa a la solicitud de declaración de concurso (arts. 5 bis y 231 y ss.), e, inevitablemente siempre va de la mano del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), puesto que aunque la incoación del acuerdo extrajudicial de pagos, se produce con la aceptación del cargo por parte mediador concursal, por lo tanto, la fecha en la que el mediador acepte dicho cargo, se tendrá por incoado el procedimiento⁵⁵⁷.

En la suspensión de pagos del profesor ROJO, a la hora de negociar el convenio, hay que decir que no admitía convenios liquidatorios, ni convenios cuyo contenido consistiera en una cesión de bienes en pago o, para pago de los

⁵⁵⁶ Vid., el Apartado III, punto 1º *in fine* de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 3487. «(...) de este modo disponer de las condiciones necesarias para poder negociar con los acreedores ordinarios un convenio para pago de las deudas en el plazo máximo de tres años, sin que sea admisible, quita o condonación de clase alguna».

⁵⁵⁷ CONDE FUENTES, J., *Los sujetos del proceso concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 116.

acreedores⁵⁵⁸. En otro orden de cosas, la finalidad de la suspensión de pagos de 1995 también coincide con la finalidad del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), puesto que, como ya hemos adelantado, el deudor acogido al precurso (art. 5 bis), tiene dos alternativas que sirven para buscar el convenio de continuación de la actividad profesional o empresarial; en primer lugar: i) tiene la posibilidad de buscar adhesiones a una *propuesta anticipada de convenio* para que pueda ser aprobado judicialmente en un concurso posterior, del que se saldrá en un tiempo relativamente corto y de forma «airosa» (eludiendo la temida liquidación en sede concursal) asegurando la refinanciación y la viabilidad del deudor⁵⁵⁹; ii) también tendrá la posibilidad de negociar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis y Disposición adicional cuarta de la LC) con el que remover su estado de insolvencia y, por ende, conseguir la conservación de la actividad empresarial. En el caso de que el deudor no se acoja inicialmente al precurso (art. 5 bis 1), y, decida instar alternativamente el acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss.) podrá conseguir reorganizar su situación patrimonial de la empresa (remoción de la insolvencia), a través de un calendario o plan de pagos con posibilidades reales de ser cumplido, que se irá ejecutando en los plazos de pagos acordados, pudiendo continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional (art. 235.1 LC).

Como ha venido entendiendo la doctrina, la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss.) se presenta en nuestro Ordenamiento como una nueva institución preconcursal (al igual que los acuerdos de refinanciación), puesto que se configura como una evidente alternativa al concurso de acreedores⁵⁶⁰. Además, la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos es incompatible con la comunicación al juzgado (art. 5 bis 1) de la negociación de una propuesta anticipada de convenio o, con la comunicación al juzgado, en la que se comunica que se está negociando un acuerdo de

⁵⁵⁸ Vid., el Apartado III, punto 1º *in fine* de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, AA-VV, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 3487.

⁵⁵⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 175.

⁵⁶⁰ CONDE FUENTES, J., *Los sujetos...*, op. cit., p. 114.

refinanciación (231.4 LC). Por lo tanto, siempre que el deudor se haya acogido inicialmente al precurso para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o, esté negociando un acuerdo de refinanciación, no se podrá acoger al acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231.4). Sin embargo, debemos decir que la comunicación al juzgado también puede y debe convivir y discurrir –en paralelo– al acuerdo extrajudicial de pagos una vez se ha incoado⁵⁶¹ éste (art. 5 bis 1); decimos lo anterior puesto que cuando se solicita el acuerdo extrajudicial de pagos, la comunicación al juzgado del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis 1) la *realiza ex officio* –una vez que el mediador designado haya aceptado el cargo– el Notario o el Registrador Mercantil que haya solicitado la designación del mediador concursal, ordenando su publicación en el Registro Público Concursal (arts. 5 bis 1 y 233.3 LC).

Finalmente, como podemos observar, la suspensión de pagos de la Propuesta de ROJO presentaba bastantes características en común con el actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC).

3.4. Los requisitos formales y procedimentales. Requisitos sustantivos y Requisitos documentales en el procedimiento de suspensión de pagos de la propuesta de anteproyecto de 1995.

El profesor ROJO configuró un procedimiento de suspensión de pagos notablemente muy restringido⁵⁶², solo podría acogerse a tal «beneficio⁵⁶³» los deudores serios de buena fe⁵⁶⁴ (de mérito) que presentaran muchas

⁵⁶¹ Siguiendo la interpretación de CONDE FUENTES, también entendemos que procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos se tiene por incoado con la aceptación del cargo del mediador concursal designado. Vid. CONDE FUENTES, J., *Los sujetos...*, op. cit., p. 120, concretamente, vid, la nota a pie de página núm. 233.

⁵⁶² Vid. BELTRÁN, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., p. 314; GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho concursal español...», op. cit., 899.

⁵⁶³ FERRER MARTÍN, D., «Naturaleza jurídica de la suspensión de pagos», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 89, vol. XXXVI, julio-agosto, 1963, p. 95. Afirma que la doctrina ha entendido que la suspensión de pagos es un *beneficio* del deudor; así lo entiende también PRIETO-CASTRO, L., *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria y medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 83;

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 99; También sobre la concurrencia de la buena fe del deudor para poder acogerse al *beneficio* de la suspensión de pagos, vid., RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concursos de*

posibilidades de lograr un *convenio de continuación*, en ningún caso se podrían acoger a la suspensión de pagos aquellos sujetos que no se encuentren en un situación de *regularidad jurídica*⁵⁶⁵; el presupuesto objetivo de la suspensión de pagos de ROJO consistía en la situación de *iliquidez* temporal del deudor solicitante; en palabras de BELTRÁN, el deudor debía ser «manifiestamente solvente⁵⁶⁶»: el activo debía ser claramente superior al pasivo⁵⁶⁷, pero dicho deudor atravesaba por serios problemas de *iliquidez temporal* que no le permitían cumplir con sus obligaciones a sus respectivos vencimientos. Para saber a ciencia cierta cuando el pasivo era manifiestamente superior al pasivo del deudor, se preveía la regla consistente en determinar que el valor del activo fuera de al menos un tercio superior al pasivo (art. 272.1.6º Propuesta ROJO).

Además del cumplimiento del presupuesto objetivo, el deudor que pretendía que se le constituyera en estado de suspensión de pagos a través del correspondiente *acta notarial*, deberá cumplir unos *requisitos sustantivos* que consistían en manifestar en el acta notarial: i) que se encontraba al corriente de pago de los tributos y cuotas de la seguridad social (art. 271.1), que no tenía obligaciones vencidas por importe superior al cinco por ciento del pasivo ni de vencimiento superior a los tres meses (art. 271.2), y, finalmente, debía expresar en el acta que era titular de un activo real manifiestamente superior al pasivo exigible (art. 272.1.6º)⁵⁶⁸.

Además de todo los *requisitos sustantivos* anteriores, el que pretendiera ser constituido en suspensión de pagos, también debía cumplir con los requisitos documentales complementarios, por lo tanto, deberá adjuntar al acta notarial un amplio conjunto de documentación entre los que destaca la

acreedores y quiebras, ed. Instituto editorial Reus, Madrid, 1954, p. 22; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, 4ª edición, ed. Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962, p. 548.

⁵⁶⁵ GARRIDO, J.Mª., «La reforma del Derecho concursal español...», op. cit., 900.

⁵⁶⁶ BELTRÁN, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., p. 314.

⁵⁶⁷ El artículo 272.1.6º *in fine* de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, disponía que: «se considera que el activo real es manifiestamente superior al pasivo exigible cuando el valor del primero sea, al menos, un tercio superior al valor del segundo».

⁵⁶⁸ GARRIDO, J.Mª., «La reforma del Derecho...», op. cit., p. 899.

certificación del auditor de cuentas que certifique que el activo del solicitante sea claramente superior al pasivo exigible (art. 272.1.6º), y que, según la contabilidad del deudor –diligente y ordenadamente llevada (art. 25.1 CCo)– no exista acreedor o crédito que se haya omitido de la relación que se adjunta al acta notarial (art. 272.3º y 4º)⁵⁶⁹.

Por otro lado, también era preceptivo adjuntar –al acta notarial– una memoria expresiva de la historia jurídico-económica del deudor solicitante, donde se reflejen las actividades que vienen desarrollando el deudor, así como las oficinas, establecimientos o explotaciones de las que viene siendo titular (art. 271.1.1º); si el deudor fuera un persona casada será necesario indicarlo en dicha memoria, indicando el nombre del cónyuge y el régimen económico matrimonial por el que se rige dicho matrimonio (art. 272.1.1º). Por otro lado, es importante decir que si el deudor fuera un persona jurídica, se deberá indicar en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores sociales y, en su caso, de los auditores de cuentas (art. 272.1.1º); Asimismo, si la persona jurídica forma parte de un grupo de empresas, será necesario enumerar e identificar todas y cada una de las entidades que estén integradas en el mismo, y, si tuviera valores admitidos a cotización en mercado secundario oficial (art. 272.1.1º).

Junto a lo anterior no podía faltar el inventario de los bienes y derechos del deudor, con expresión de su valor y el lugar donde se encuentran e identificación registral (art. 272.1.2º). Asimismo, era necesario presentar una relación de acreedores clasificados conforme a lo dispuesto en el Título V, por orden alfabético dentro de cada grupo, con la expresión de la identidad y la cuantía y los vencimientos de sus créditos, además de las garantías personales o reales constituidas (art. 271.1.3º).

Otro punto importante que no debía dejarse en el olvido, era la relación de los créditos y préstamos concedidos, renovados o cancelados durante el año anterior por cualquier clase de entidad de crédito o financiación, así como las

⁵⁶⁹ *Ibidem*.

garantías constituidas para el pago de los mismos (art. 272.1.4º). Si se hubieran dado operaciones realizadas durante el año anterior al de la solicitud sobre bienes inmuebles y demás derechos inscritos o inscribibles en Registros públicos, ya sea a título oneroso o lucrativo, se deberá indicar en una relación *ad hoc* (art. 271.1.5º).

Finalmente, si el deudor está obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, deberá acompañar, también, las cuentas anuales, el informe de gestión y, en su caso, el informe del auditor correspondientes a los tres últimos ejercicios antes de la solicitud de suspensión de pagos (art. 272.2).

Como podemos comprobar la cantidad de documentación a adjuntar al acta notarial era tan extensa y pormenorizada, que parecía que estuviéramos solicitando la *declaración judicial de concurso* actual (art. 6 LC), ya que muchos de los documentos que se exigían entonces en la *suspensión de pagos* de ROJO, se exigen actualmente al solicitar la declaración judicial de concurso (art. 6 LC). Además, hay que reconocer que el cumplimiento de los fuertes requisitos exigidos por la propuesta para poder constituirse en suspensión de pagos eran, en muchas ocasiones, difícilmente cumplidos por los deudores, teniendo en cuenta, además, que el profesor ROJO introducía un elenco de prohibiciones que impedían poder constituirse en *suspensión de pagos* (art. 274). El procedimiento se presentaba cuanto menos restrictivo (muy estricto con respecto a los requisitos de acceso al mismo), pero sobre esta cuestión y, a colación de la pregunta que introduce GARRIDO, ¿Qué hubiera ocurrido con los deudores que no hubieran podido cumplir con todos o con alguno de los fuertes requisitos exigibles para poder ser constituido en suspensión de pagos?; pues siguiendo lo expuesto por el autor, la respuesta era fácil: éstos deberán solicitar la declaración judicial de concurso (art. 5 propuesta ROJO), cuyo objeto era distinto al de la declaración judicial de quiebra (vigente en aquellos años), el concurso ideado por ROJO, presentaba notables mejoras y diferencias con el proceso de declaración judicial de quiebra vigente en aquella época⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ GARRIDO, J.Mª., «La reforma del Derecho concursal...», op. cit., 901.

En conexión con todo lo anterior, era razonable pensar que la finalidad esencialmente *preventiva* (para evitar el concurso de acreedores) que subyace del procedimiento «de *suspensión de pagos* de la propuesta del 95, quizá fuera la causa de la exigencia de fuertes requisitos documentales, sustantivos y formales, para poder ser constituido en situación de *suspensión de pagos*⁵⁷¹. Esa intensidad a la hora de exigir documentación el deudor en la suspensión de pagos de ROJO, choca frontalmente con lo que ocurre en el actual procedimiento judicial de precurso (ex art. 5 bis LC), puesto que – actualmente – la Ley no exige adjuntar documentación alguna a la solicitud del mismo; como ya es sabido basta con la mera «comunicación» para que el órgano jurisdiccional otorgue los efectos (*rectius*: beneficios) del precurso (entre otros: concesión de la moratoria temporal –2+3+1–, bloqueando las solicitudes de concurso necesario y, *suspendiendo* las ejecuciones que recaigan sobre bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional y empresarial), no hay que acreditar el estado de insolvencia, ni el inicio de las negociaciones para la búsqueda de adhesiones a un propuesta anticipada de convenio o, las negociaciones de un acuerdo de refinanciación. Por lo tanto, choca el hecho de que teniendo ambos procedimientos la misma finalidad: la preventiva, el *procedimiento de suspensión de pagos* ideado por ROJO estableciera tanta restricción y una rigidez tan marcada para poder constituirse en suspensión de pagos y, nuestro actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) no establezca ni la más mínima obligación legal de presentar ningún tipo de requisito ni documentación adicional a la solicitud de precurso (art. 5 bis).

Como se puede observar en la actual *práctica forense concursal*, cuando se trata de solicitar el *procedimiento de precurso* (art. 5 bis): «¡todo vale!, ¡todo es admitido!, ¡al precurso accede todo deudor independientemente de las intenciones o la estrategia que se tenga frente a los acreedores! ¡no es necesario acreditar en el momento de la solicitud que no se está incurrido en ninguna a de

⁵⁷¹ GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho...», op. cit., 901.

las prohibiciones para presentar *propuesta anticipada de convenio* (art. 105 LC)!, así lo permite la norma: (tanto en el art. 5.3 como al actual 5 bis LC).

Otra cuestión será ver cuál será el desenlace una vez llegado el vencimiento de la moratoria otorgada por el precurso (art. 5 bis) – en el caso de que no haya conseguido evitar/remover su estado de insolvencia – y, sus posibles consecuencias en un ulterior concurso (ya declarado), donde habría que «depurar responsabilidades» en la *sección de calificación* de concurso (art. 163 y ss. LC); ¿es realmente bueno establecer el control del procedimiento de precurso (art. 5 bis) a posteriori (tras la declaración judicial de concurso), en lugar de exigir unos requisitos iniciales – al menos mínimos – para poder acceder al mismo en fase de admisión de la solicitud?; la respuesta es compleja como veremos en la segunda parte de este trabajo de investigación.

Seguramente, en la doctrina científica haya respuestas en ambos sentidos, pero lo que si es cierto es que en la *práctica forense concursal* no puede valer todo; decimos lo anterior, porque en la actualidad cualquier deudor con un «mero escrito de comunicación» (*rectius*: solicitud) al juzgado de lo mercantil competente para su declaración judicial de concurso (art. 5 bis) consigue bloquear las solicitudes de concurso necesario (instadas por su acreedores) – al menos hasta que venza el plazo de la moratoria temporal (2+3+1) –, y, desde que es concedido el precurso, consigue la *suspensión* de las ejecuciones sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, ¡y todo esto lo consigue con una mera solicitud dirigida al órgano jurisdiccional competente!; el régimen legal actual del precurso (ex art. 5 bis) es, cuanto menos, para reflexionar sobre él.

A pesar que los juzgados de lo mercantil han admitido de forma quasi unánime que es válido simplemente presentar una mera comunicación escrita para comunicar al órgano jurisdiccional que se han iniciado las negociaciones oportunas para lograr un convenio de refinanciación (art. 5 bis LC), lo cierto es que resulta chocante que no se haya introducido algún requisito que filtre el acceso al precurso (ex art. 5 bis) en la fase inicial de su solicitud, aunque

fuera un mínimo conjunto documental para adjuntar con la solicitud de precurso, como ocurría en la suspensión de pagos de ROJO (art. 272). Debemos recordar que en la presente memoria doctoral defendemos la idea de que el precurso es un procedimiento de corte preventivo y, por tanto, si el deudor que solicita el precurso (art. 5 bis), va a obtener unos efectos o, mejor dicho, unos *beneficios* que pudieran coadyuvar a prevenir o, a remover su estado de insolvencia, qué menos que presentar su verdadera situación económico-patrimonial –mediante aportación de documentación– y presentarla de forma transparente como *principio de prueba* junto a la solicitud del precurso, para presentar, al menos, como ya hemos apuntado, un *principio de prueba* que deje entrever las buenas intenciones –buena fe– del deudor que utiliza el procedimiento de precurso para intentar, por todos los medios, resolver su situación de insolvencia o de preinsolvencia y, con ello, evitar el concurso, conservando, además, la actividad profesional o empresarial (art. 5 bis). Es cierto que la doctrina más crítica intentará desmontar esta tesis aduciendo que ya existe un control de legalidad de la comunicación *a posteriori* (tras la declaración judicial de concurso), dentro de la sección de calificación (art. 163 y ss. LC), en los casos en los que el precurso se haya tramitado sin éxito.

Pero, ¿por qué esperar a que se declare el concurso posterior para depurar responsabilidades en la sección de calificación en los casos en los que el deudor haya utilizado fraudulentamente el procedimiento de precurso (art. 5 bis)?; como ya hemos insinuado en esta primera parte de la tesis, el precurso es un procedimiento preventivo totalmente independiente, separado y autónomo del proceso concursal, que en ningún caso funciona como una fase del propio concurso ni, como procedimiento del mismo.

El procedimiento de precurso (art. 5 bis) es un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, cuya finalidad –preventiva– esencial es la de evitar y prevenir el proceso concursal, se configura en nuestro Ordenamiento jurídico concursal como una verdadera *alternativa* al proceso de declaración judicial de concurso. Todo deudor podrá optar por acudir al procedimiento de

preconcurso para intentar buscar, durante la moratoria temporal que le concede la norma, una solución para remover o prevenir su estado de insolvencia –sin la presión del plazo del mal llamado deber de solicitud del concurso (art. 5 LC)⁵⁷²–, en lugar de acudir a buscar la solución estrictamente concursal, es decir a través de del proceso jurisdiccional de declaración de concurso.

3.5. Plazo de tramitación

El procedimiento de suspensión de pagos se tramitaba en un plazo relativamente corto: alrededor de dos meses (vid., arts. 279.1 y 284 y ss.). Dentro del mes siguiente al de la fecha de la publicación de la suspensión de pago, cualquier interesado disconforme con la solicitud de *suspensión de pagos* planteada, podrá solicitar al juez competente para la declaración judicial de concurso, el sobreseimiento de la misma por concurrir alguna de las causas previstas en el artículo 279.1 de la Propuesta de Anteproyecto de 1995. El *dies a quo* del plazo (de un mes) para proceder a la impugnación de la suspensión de pagos comenzaba a contar, desde el día siguiente al de la fecha de publicación de la suspensión de pagos (arts. 278.2 y 279). El acreedor interesado que impugne la suspensión de pagos, podrá, solicitar del juez competente la inclusión de sus créditos no incluidos y, además, solicitar del juez el nombramiento de interventor (art. 281.1)⁵⁷³.

⁵⁷² Sobre el impropio denominado *deber de solicitud de concurso* (ex art. 5 LC), consultar los trabajos de CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», op. cit., p. 32; MAGDALENO A., y BENEYTO K., *Aspectos procesales de la práctica concursal*, ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 24-25; en dichos trabajos se defiende –acertadamente– la idea de que, en realidad, lo que vino a imponer el legislador de 2003 en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, no era un deber sino que, más bien, introdujo una *carga procesal* para el deudor: la *carga procesal* de instar el concurso de acreedores (art. 5 LC); por otro lado, sobre el deber de solicitud de concurso en términos generales es interesante consultar los trabajos de MORILLAS, M^a.J., «El deber de solicitar la declaración de concurso», (art. 5), en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 229-241; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Deber de solicitar la declaración de concurso» (art. 5), en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, ed. Lex Nova, Madrid, 2004, pp. 191-216; GALLEGU SÁNCHEZ, E., «Deber de solicitar la declaración de concurso» (art. 5), en GALLEGU (dir.), *Ley Concursal, Comentarios, Jurisprudencia y formularios*, ed. La Ley, Madrid, 2005; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., «Deber de solicitar el concurso», (art. 5), en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Tecnos, Madrid, 2004, pp. 81-87.

⁵⁷³ El artículo 281.1, de la Propuesta de Anteproyecto de ROJO preveía que: «Dentro del mes siguiente a la fecha de publicación de la suspensión de pagos, acreedor o acreedores que representen,

3.6. Efectos de la suspensión de pagos: la paralización de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales

Como ya hemos adelantado los efectos de la suspensión de pagos comenzaban a surtir efecto desde la publicación de la misma en el Boletín oficial del Registro Mercantil (art. 282). Desde que se publicase la suspensión de pagos quedará suspendido el curso de los intereses legales o convencionales, salvo los créditos hipotecarios y los pignoratícios hasta donde alcance la respectiva garantía (art. 283.1). Además, desde que se publicare la suspensión de pagos en el BORME, ningún acreedor, ordinario o legalmente postergado podrá iniciar ejecuciones por deudas anteriores (art. 283.2). Finalmente, también desde la publicación en el BORME de la suspensión de pagos, *quedarán suspendidas* las ejecuciones judiciales y extrajudiciales por créditos ordinarios o legalmente postergados iniciados antes de la publicación de la suspensión de pagos, así como los embargos que se hubieran practicado, quedará en suspenso desde la fecha de esa publicación (art. 283.3)⁵⁷⁴.

La suspensión de ejecuciones judiciales y extrajudiciales por créditos ordinarios y o legalmente postergados desde la publicación en el BORME de la suspensión de pagos, era un gran acierto en el procedimiento de suspensión de pagos de ROJO, puesto que, a nuestro entender, si se dejaba «respirar» al deudor en el plazo concedido, en el cual estaba negociando las adhesiones a su propuesta de convenio, sin la presión que supone saber que existen varias ejecuciones individuales *litispendentes* frente a su patrimonio, se evita que esas ejecuciones individuales lleguen a «esquilmar» el patrimonio con el que cuente el deudor en dicho momento, dejándole un paréntesis (o balón de oxígeno) mientras logra conseguir las adhesiones al convenio y lo someter la misma a la aprobación judicial (art. 283.3). Si observamos el tenor literal del apartado 3º del artículo 283 de la propuesta ROJO, se refiere a: «*Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales por créditos ordinarios o legalmente postergados iniciados antes de la*

al menos, el cinco por ciento del total del pasivo, podrán solicitar del juez competente para declaración de concurso el nombramiento de un interventor con las funciones del artículo 53».

⁵⁷⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un derecho...*, op. cit., p. 60.

publicación de la suspensión de pagos, así como los embargos que se hubieran practicado, quedarán en suspenso desde la fecha de esa publicación»; por lo tanto, como podemos observar las ejecuciones que tuvieran por objeto ejecutar créditos públicos, no estarían dentro de esta prohibición establecida (art. 283.3), puesto que los mismos son considerados créditos con preferencia general (art. 125.1.5º y 6º Propuesta ROJO), y, por tanto no estaban incluidos en el tenor literal del artículo 283.3 de la Propuesta.

Al igual que en la suspensión de pagos de ROJO, en el actual procedimiento de concurso (art. 5 bis 4 LC), desde que se presenta la comunicación al juzgado competente, *no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales* de bienes y derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca una de las siguientes circunstancias: i) se formalice un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1; ii) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial de un acuerdo de refinanciación; iii) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; o, ii) tenga lugar la declaración de concurso (art. 5 bis 4).

En su comunicación, *rectius: solicitud*, de concurso (art. 5 bis LC), el deudor comunicará las ejecuciones que se siguen frente a su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere que son necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se hará constar en el decreto del secretario judicial por el que tenga por efectuada la comunicación de expediente (art. 5 bis 4). En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien o derecho se podrá recurrir aquel decreto ante el juez de lo mercantil competente para conocer del concurso (art. 5 bis 4. e); por otro lado si hubiera ejecuciones en tramitación (litispendentes), se suspenderán por el juez competente que estuviera conociendo de la ejecución con la mera presentación del decreto del Secretario Judicial⁵⁷⁵ dando constancia de la comunicación (art. 5

⁵⁷⁵ Actualmente a los antiguos Secretarios Judiciales se los denomina: Letrados de la Administración de Justicia, en virtud de la reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Del

bis 4. e LC). Finalmente, tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales, o extrajudiciales promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la *Disposición adicional cuarta* sobre cualquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al cincuenta y uno por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción de un acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia (art. 5 bis 4 LC).

Todo lo anteriormente dispuesto, no es óbice para que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas en el primer párrafo del artículo 5 bis 4, o haya transcurrido el plazo de tres meses desde la comunicación presentada (art. 5 bis 5 LC). Además, otro punto que es necesario remarcar, al igual que ocurría en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, los procesos de ejecución que tengan por objeto la ejecución de créditos públicos quedan excluidos de todas las normas anteriormente relacionadas (art. 5 bis 4). Como podemos observar, la «poda de privilegios» entre los acreedores de un concurso, tan perseguida por los nuevos postulados del Derecho concursal moderno e invocada por la doctrina más especializada, sigue sin conseguir que las ejecuciones que recaigan sobre créditos públicos queden sometidas a las normas de suspensión establecidas (art. 5 bis 4 LC)⁵⁷⁶.

Poder Judicial, operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la ley Orgánica del poder Judicial.

⁵⁷⁶ Sobre el *privilegio general* de los créditos públicos en sede concursal *vid.*, ALMOGUERA, J., «La actuación de loa acreedores públicos ante un empresario en crisis económica», en *RcP*, núm. 15, 2011, pp. 167-181; URÍA GONZÁLEZ, F., «La hacienda pública ante la reforma concursal, en *Crónica tributaria*, núm. 102, 2002, pp. 97-118; LINARES GIL, M.I., «Comunicación, reconocimiento y graduación de créditos públicos en el proyecto de ley de

Como podemos ver, en el procedimiento de precurso desde el momento que se presenta (art. 5 bis 4), se obtienen unos *beneficios* muy importantes que, de alguna manera, coadyuvan a blindar la integridad patrimonial del deudor, mientras que el mismo, en el plazo que le otorga la moratoria temporal de (2+3+1), negocia evitar o remover su estado de insolvencia mediante alguna de las actuaciones que le brinda el precepto (ex art. 5 bis LC).

En definitiva, como vamos viendo, ambos procedimientos (tanto la suspensión de pagos de ROJO como el procedimiento de *precurso* del artículo 5 bis de la Ley Concursal), tienen en común muchas características y, como hemos podido ir comprobando, la finalidad preventiva y *alternativa* que se desprende de ambos procedimientos va quedando patente cada vez que avanzamos a lo largo de este capítulo.

3.7. Incoación y tramitación del procedimiento

Cualquier deudor, sea persona física o jurídica, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, mediante *acta notarial* que presentará el mismo día en que hubiera sido otorgada en el Registro Mercantil en el que figure inscrito o, si se trata de un sujeto no inscribible en el Registro Mercantil, se presentará en el Registro Mercantil de la provincia donde radique su domicilio o el centro efectivo de sus actividades (art. 270); en este sentido, según se podía comprobar, la tramitación de la constitución en suspensión de pagos se llevaba a cabo entre la sede del Registro Mercantil –ante el Registrador Mercantil

reforma concursal», en *RcP*, núm. 15, 2011, pp. 145-151; del mismo autor, véase «Incidencia de los créditos públicos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica», en *RcP*, núm. 11, pp. 133-144; GÓMEZ DE LAS ROCES, H., «Los créditos públicos y el concurso de acreedores», en GARCÍA-CRUCES/QUINTANA/BONET (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 459-475; GONZÁLEZ BILBAO, E., «Tipos de privilegios de los créditos públicos en el concurso. Un caso practico» en *Revista general informática de derecho*, núm. 2, 2004.

competente⁵⁷⁷ —, y el juez competente para declarar el concurso (arts. 277 y 279 y ss.)⁵⁷⁸.

En caso de que el juez se declarase competente para conocer de la suspensión de pagos, asignaba número de autos, incorporando todos los documentos recibidos. Pero, si dicho juez no se estimara competente, dictará auto absteniéndose de conocer, remitiendo al Registrador al juzgado que corresponda (art. 277.2).

Por tanto, el deudor, además de adjuntar los documentos complementarios al acta notarial (art. 272), también debía presentar una *propuesta de convenio* y un *plan de continuación viable* (art. 271.2). El mismo día que era presentada el acta —o el siguiente día hábil— el Registrador mercantil competente lo calificaba y comprobaba que no tenía ningún defecto (art. 276.1); si así fuera, procedía a anotar la constitución de estado de suspensión de pagos en la hoja abierta del deudor (art. 276.2)⁵⁷⁹, y el mismo Registrador —*ex officio*— lo ponía inmediatamente en conocimiento del juez competente para declarar el concurso, remitiéndole certificación del acta y de los documentos adjuntos (art. 277.1).

⁵⁷⁷ Vid., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen legal preconcursal...*, op. cit., p. 170.

⁵⁷⁸ La tramitación de la suspensión de pagos se llevaba a cabo entre el Registrador (art. 270 y ss) y el Juez competente para declarar el concurso (arts. 8, 277.1 y 279). Vid., el primer inciso del expositivo III de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, donde se dice: «*La tramitación de este expediente se reparte entre el Registrador mercantil y el Juez competente para la declaración de concurso. Al primero corresponde la calificación de los documentos que debe presentar el deudor —sea sujeto inscribible o no en ese Registro— para poder gozar de los beneficios de la suspensión de pagos. Al segundo corresponde conocer de eventuales impugnaciones, el nombramiento de interventor cuando lo solicite un porcentaje determinado de pasivo, así como la aprobación del convenio*». También para constatar la participación del juez en la constitución de suspensión de pagos, consúltese el artículo 277.1: «*Una vez abierto el expediente, el Registrador mercantil lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Juez competente para declarar el concurso, remitiendo certificación del acta y de los documentos adjuntos*», y, finalmente, en el tenor literal del artículo 279 se regula la impugnación de la suspensión de pagos: «*Dentro de mes siguiente a la fecha de la publicación de la suspensión de pagos, cualquier interesado podrá solicitar del Juez competente de la declaración de concurso el sobreseimiento de la suspensión de pagos por concurrencia de alguna de la siguientes causas...*».

⁵⁷⁹ La anotación de la constitución del estado de suspensión de pagos en la hoja abierta del deudor (art. 276.2) era también publicada en el borme, momento jurídico —el de la publicación— donde empieza a surtir los efectos la suspensión de pagos (art. 282).

Como podemos observar, algo parecido a lo anterior, pasa cuando se insta el *acuerdo extrajudicial de pagos* (AEP) previsto en los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal: «*en el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso*». En nuestro actual acuerdo extrajudicial de pagos, el Registrador mercantil o el Notario hacen la misma función que hacía el Registrador mercantil en la suspensión de pagos de ROJO, puesto que, una vez que haya aceptado el cargo el mediador concursal éstos deberán comunicar, *ex officio*, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración judicial de concurso (art. 5 bis 1).

Como ya hemos adelantado, era importante tener en cuenta que, dentro del mes siguiente a la publicación del acta notarial en el BORME, cualquier interesado podrá solicitar del juez competente para la declaración judicial de concurso, el sobreseimiento de la suspensión de pagos constituida, alegando existencia de prohibición legal (art. 274), inexactitud o falsedad en las manifestaciones del deudor o falsedad de cualquiera de los documentos complementarios adjuntados al acta notarial por el *suspense* (art. 279 Propuesta ROJO).

Dentro de los dos meses desde la publicación de acta notarial en el BORME, los acreedores podían adherirse al convenio propuesto por el deudor que debía constar en escritura pública o comparecer ante el Registrador mercantil (art. 284); dicha propuesta se tendría por aceptada, si hubiera sido aceptada por acreedores que fueran titulares de dos tercios (2/3) del pasivo ordinario (art. 287). Posteriormente, si dicha propuesta fuera aceptada, el juez aprobaba el convenio; ante dicha aprobación judicial, cualquier acreedor no adherido al mismo podía oponerse a dicha aprobación judicial, dentro del plazo de cinco días siguientes a contar desde la publicación en el BORME del resultado de las adhesiones (art. 289.1).

Para cerrar el sistema, se introdujo el *concurso consecutivo* que se declaraba por el juez competente cuando no se consigan las adhesiones suficientes o, el deudor incumplía el convenio (art. 294.1), que, en todo caso, tendría la consideración de necesario (art. 294.2).

El procedimiento de suspensión de pagos terminaba cuando, i) se haya aprobado y cumplido el convenio; ii) cuando expiraba el plazo máximo establecido por la norma y no se hubieran obtenido las adhesiones requeridas o, si se incumplía el convenio por parte del deudor. En estos casos, el juez declara el concurso consecutivo, con la consideración de concurso necesario (art. 294.1 y 2).

3.8. Quorum necesario para la aprobación del convenio de continuación

En lo que concernía a las mayorías necesarias para la aprobación del convenio por adhesiones, hay que decir que era necesaria una mayoría cualificada, es decir, se deberá adherir al convenio acreedores titulares de al menos dos tercios (2/3) del pasivo ordinario (art. 287).

3.9. Las prohibiciones

Como así reza en el artículo 274 de la Propuesta *de Anteproyecto* de 1995, no se podrán acoger al estado de suspensión de pagos, las personas que hayan sido condenadas por cualquier delito contra el patrimonio o contra el orden socio-económico o, por falsedad documental y, si el deudor fuera una persona jurídica, no podrá concurrir esta prohibición en sus administradores sociales. Tampoco podrán optar por constituirse en estado de suspensión de pagos los sujetos inscribibles en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos al menos en los tres años anteriores a la fecha en que se constituyan en suspensión de pagos. Asimismo, no se podrá constituir en estado de suspensión de pagos las personas que, durante los tres últimos ejercicios, estando obligados legalmente a cumplir con dichos deberes, no hubieran llevado contabilidad, no hubieran

sometidos a auditoría las cuentas anuales o, incluso, no hayan procedido a depositarlas en el Registro Mercantil. Para terminar, tampoco podrá acceder a la suspensión de pagos los deudores que dentro de los tres últimos años se hubieran constituido en estado de suspensión de pagos o, hubieran sido declarados judicialmente en concurso (art. 274).

Como podemos observar dichas prohibiciones nos recuerdan a las prohibiciones para poder presentar *propuesta anticipada de convenio* del artículo 105 de la Ley Concursal Vigente, pero, incluso, en el caso de la suspensión de pagos de la propuesta de 1995 son aún más rigurosas, si cabe. Creemos que dichas prohibiciones eran los límites que imponía dicho procedimiento de suspensión de pagos, para intentar evitar los abusos y fraudes de los deudores que quisieran acogerse a dicho procedimiento con la mera intención de dilatar el pago de sus créditos, como así ocurría en la suspensión de pagos de 1922.

4. Comparativa del procedimiento de suspensión de pagos del Anteproyecto de 1995 y el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC).

Para concluir, diremos que el procedimiento preventivo⁵⁸⁰ de suspensión de pagos, ideado por el profesor Ángel ROJO, también era –salvando algunas diferencias– un claro antecedente del procedimiento judicial de precurso (ex art. 5 bis), con una marcada finalidad *preventiva* del concurso. Al comparar con más minuciosidad ambos procedimientos, hemos de advertir, que llama poderosamente la atención el hecho de que el procedimiento de suspensión de pagos de ROJO, sea tan restrictivo a la hora de poder acogerse al mismo, exigiendo muchos requisitos sustantivos, documentales y formales o procedimentales, teniendo en cuenta que también se preveía en la *propuesta*, un elenco de prohibiciones por las cuales no puede un sujeto acogerse al *beneficio* de la suspensión de pagos (art. 274); mientras en el precurso (ex art. 5 bis LC), cualquier deudor puede solicitar el mismo, obteniendo el beneficio con una «mera» solicitud al juzgado, comunicándole que ha iniciado las

⁵⁸⁰ GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho concursal español...», op. cit., 901

negociaciones con su acreedores, sin tener que presentar documentación alguna junto a la solicitud, ni acreditar su estado de insolvencia o, que hubiera iniciado las negociaciones con los acreedores (art. 5 bis).

Actualmente, en la práctica forense, parece que todo vale a la hora de acogerse al precurso (ex art. 5 bis LC), pues, no hay control *ab initio*, por parte del Letrado de Administración de Justicia, de las solicitudes que llegan al juzgado; quizá dicho procedimiento para tener mayor virtualidad debería tener un control a priori, en lugar de dejarlo a posteriori, en la sección de calificación del posterior concurso declarado, y, que el mismo, exigiera algún requisito adicional en fase de presentación de la solicitud de precurso, para filtrar las posibles solicitudes infundadas o dilatorias.

Estudiando este tipo de procedimientos tan sencillos y lineales, a veces da por pensar qué pasaría si algún «deudor profesional» bien asesorado tuviera en sus manos un arma tan potente como el precurso (ex art. 5 bis); si alguien con la mera presentación de la solicitud de precurso (que puede ser de un folio por una simple cara dirigido al juzgado de lo mercantil competente) puede obtener *ipso iure* el beneficio de bloquear la solicitudes de concurso necesario (art. 15.3 LC⁵⁸¹), y suspender las ejecuciones judiciales y extrajudiciales que fueran a iniciar⁵⁸², que tengan por objeto la ejecución de un bien o derecho necesario para la continuidad profesional o empresarial (art. 5 bis 4); imaginemos en dicha situación a ese «deudor profesional» con intenciones fraudulentas, es decir, con el ánimo de dilatar las ejecuciones (simplemente), para intentar no pagar sus créditos, con ánimo de entorpecer el concurso, con ánimo de alzar los bienes durante el plazo en el que discurre el precurso,

⁵⁸¹ Desde que se presenta la solicitud de precurso y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto (art. 5 bis 4), serán inadmitidas *ad limine* cualquier solicitud de concurso necesario instadas por cualquier persona distinta del deudor; y, en caso de que se hay instado dentro del precurso un acuerdo extrajudicial de pagos (AEP) también será inadmitida *ad limine* cualquier solicitud de concurso instada por personas distintas al propio deudor o al mediador concursal debidamente designado (art. 15.3 LC).

⁵⁸² La ejecuciones de dichos bienes que estuvieran en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la mera presentación de la resolución del Secretario (actual Letrado de la Administración de justicia), dando constancia de la comunicación de precurso (art. 5 bis 4).

con ánimo de vaciar el patrimonio de la persona jurídica deudora, con el ánimo de deshacerse de sus participaciones sociales (o paquete accionarial) de dicha sociedad en situación de precurso (ex art. 5 bis), etc.

Es cierto que es un gran avance el hecho de que se haya introducido el precurso (art. 5 bis LC) como procedimiento preventivo del concurso y, es necesario que los deudores puedan optar por acogerse a este procedimiento como *alternativa efectiva* al concurso, para poder resolver sus problemas de insolvencia en un procedimiento preconcursal, que les evite tener que acudir al concurso. Pero, a nuestro juicio, este beneficio y las ventajas que concede el precurso a los deudores, no pueden conseguirse a toda costa y, de cualquier manera. A continuación, después de haber estudiado los posibles antecedentes del precurso actual (ex art. 5 bis LC), en la segunda parte del presente trabajo, procederemos a estudiar y analizar el procedimiento de precurso desde su introducción en nuestro Ordenamiento jurídico.

Por otro lado, debemos recordar, como acertadamente lo hace el profesor GARRIDO, que la función esencial del procedimiento de suspensión de pagos de ROJO era más limitada que la del precurso actual, pues, servía para la resolución de problemas de endeudamiento (ilíquidez) con carácter *preventivo* y, es por ello, por lo que se le exigía al deudor que dispusiera de toda su información de su situación jurídico financiera y, además, se encuentra al corriente de todas sus obligaciones legales⁵⁸³.

En nuestra opinión, el sistema de *merecimiento* que establecía el profesor ROJO a la hora de acceder al *beneficio* de la suspensión de pagos era muy *restringido* porque según establecía la «Propuesta» sólo podrían optar a él los deudores «buenos» que presentaran cierta seriedad y que se encontraran en una situación de completa «regularidad jurídica⁵⁸⁴»; pero a pesar de ello, esta medida –aunque restrictiva– era una magnífica medida que hubiera

⁵⁸³ GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho...», op. cit., p. 901

⁵⁸⁴ GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho concursal español...», op. cit., p. 900.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L, *El régimen jurídico preconcursal*, op. cit., p. 168.

coadyuvado a evitar los abusos y las corruptelas que se venían dando en la praxis, a la hora de utilizar el procedimiento de suspensión de pagos vigente en aquella época⁵⁸⁵.

Por lo tanto, como ya hemos adelantado, los deudores que quisieran hacerse acreedores del beneficio, no solo debían cumplir con los requisitos sustantivos, sino, también, con los formales y con los documentales complementarios al acta notarial (art. 272). En caso de no cumplir alguno de los requisitos exigidos en el acceso, debían acudir a la declaración judicial de concurso. Además, otro «óbice» que *cercena* la posibilidad de que cualquier deudor *in mala partem* acudiera «desesperadamente» al beneficio de la suspensión de pago con la única intención de obtener un quita de su deuda viva, es que el convenio – con muy buen criterio – no admitía quita de ninguna cuantía, solamente se podía pactar una moratoria temporal (*rectius*: espera) de 3 años como máximo (art. 272.2) que, en todo caso, debía ser votada al menos por los dos tercios de los acreedores (art. 287)⁵⁸⁶.

A pesar de que nos parezca un sistema restringido de acceso al *beneficio* de suspensión de pagos (ideado por ROJO), creemos que era una magnífica solución que podría haber evitado todos los abusos – y corruptelas – que se venían dando en aquella época al utilizar el procedimiento de suspensión de 1922 (vigente hasta el año 2004) de una manera, cuanto menos, cuestionable. Asimismo, a pesar de que la suspensión de pagos de 1922 ha sido el procedimiento judicial que más se ha utilizado para resolver las grandes crisis de empresas de envergadura en España, el éxito cosechado por la misma venía debido al fracaso de proceso de declaración judicial de quiebra; la falta de delimitación del presupuesto objetivo, hacía que en muchas ocasiones, se ventilaran por la vía de la suspensión de pagos verdaderas situaciones de quiebra; dicho procedimiento no gozaba de una buena fama, ya que «todo valía», y más bien, gozaba de un gran descrédito generalizado debido a los

⁵⁸⁵ Sobre esta cuestión, vid. por todos. a GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 1272.

⁵⁸⁶ GARRIDO, J.M^a, «La reforma del Derecho concursal español...», op. cit., p. 901.

abusos de los deudores, que la utilizaban para eludir el cumplimiento de sus obligaciones⁵⁸⁷, puesto que cuando los acreedores accedían a efectuar un quita o aplazamiento, en ocasiones de forma exagerada y desproporcionada (convenio draconiano)⁵⁸⁸, lo hacían por el convencimiento de que los trámites judiciales dilatarían indefinidamente la apertura del procedimiento para satisfacer dichos créditos (el proceso de declaración de quiebra); en muchas ocasiones, los acreedores preferían realizar una quita desproporcionada y cobrar pronto lo resultante (aunque fuera un mínima parte del crédito), que negar la rebaja y prolongar indefinidamente el momento del cobro de sus créditos por la vía del proceso de declaración de quiebra⁵⁸⁹.

Además como ya apuntara el profesor GUASP, el frecuente recurso al uso del procedimiento de suspensión de pagos vigente en aquella época, no era debido a que fuera un impecable y excelente procedimiento que produjera beneficios siempre y en todo caso, sino que, dicho procedimiento se ponía al servicio de maniobras antijurídicas que desgraciadamente la legislación vigente en aquella época no lo podía cortar⁵⁹⁰, por eso debió ser muy valorable la propuesta de ROJO (*vid.* su artículo 275⁵⁹¹), pues en gran parte buscaba cerrar esos «resquicios» permitidos por la Ley, por donde los habilidosos «deudores profesionales» se intentaban colar con cierta soltura para dar rienda suelta a los abusos más sonados: en puridad, dicho procedimiento se lo dejaba fácil a los

⁵⁸⁷ GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil...*, op.cit., p. 1272.

⁵⁸⁸ ALCOVER GARAU, G., «Quiebra versus...», op. cit., p. 90.

⁵⁸⁹ En contra de los que piensan que el proceso de quiebra era un procedimiento de ejecución general o universal, seguimos –firmemente– la tesis de CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Aproximación al proceso de declaración de quiebra», en *RdM*, núm. 146, 1977, pp. 146 y ss., que fue uno de los primeros autores procesalistas en exponer y defender se manera magistral la naturaleza declarativa y jurisdiccional del *proceso de declaración de quiebra*.

⁵⁹⁰ GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 1272.

⁵⁹¹ Como dispone el artículo 275 de la Propuesta de Anteproyecto de 1995: «No podrá constituirse el deudor en estado de suspensión de pagos desde que el juez competente hubiera admitido a trámite la solicitud de declaración judicial de concurso en tanto no desestime la solicitud o no transcurran tres años a contar desde que hubiera recaído resolución declarando la conclusión de concurso de acreedores».

deudores *in malam partem*, que en connivencia con algún acreedor buscaban posponer indefinidamente el pago de sus créditos a todos los acreedores.

Además, como continuaba diciendo el profesor de GUASP, el procedimiento de suspensión de pagos vigente en aquellos momentos, se llegase a avenencia o no, se convertía, casi siempre, en el «implacable» *bloqueo* de la quiebra⁵⁹². En este sentido, hay que decir que en la práctica forense se dieron muchos casos en los que acreedores solicitaban la declaración judicial de quiebra *necesaria* de un determinado empresario y, éste, en el plazo que va desde la presentación de la solicitud de quiebra a su efectiva declaración judicial, se «defendía⁵⁹³» – simultáneamente⁵⁹⁴ – instando el procedimiento de *suspensión de pagos*, con la intención de bloquear – injustamente – toda opción a los acreedores instantes de la quiebra, al no poder el Juez de declarar la misma (artículo 9.3 LSP)⁵⁹⁵. Pero la aplicación del artículo 9.3 LSP, solo preveía la

⁵⁹² En la misma línea que GUASP, véase el trabajo de ALCOVER GARAU, G., «Quiebra versus suspensión de pagos», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 223, enero-marzo, 1997., pp. 59-93; véase también sobre el análisis de esta cuestión a HERRERA CUEVAS E.J., «De la prevalencia entre el juicio de quiebra y el expediente de suspensión de pagos», en *Diario La Ley*, Sección doctrina, 1997, tomo IV, ref. D. 204, pp. 1-9.

⁵⁹³ Decimos se defendía, porque dicho deudor, utilizaba la solicitud de suspensión de pagos con la única intención de *enervar* la declaración judicial de quiebra.

⁵⁹⁴ Esta simultaneidad es denominada relativa por la doctrina.

⁵⁹⁵ En este sentido *vid.*, el interesante comentario que hace ALCOVER GARAU sobre una sentencia del Tribunal Supremo que versa sobre la prevalencia de la Suspensión de pagos versus la quiebra en ALCOVER GARAU, G., «Quiebra *versus*...», op. cit., p. 59-93. El autor plantea una cuestión nada exenta de polémica: la preferencia entre la quiebra y la suspensión de pagos en caso de solicitudes simultáneas; el problema que el autor expone, afloraba cuando se instaba la quiebra necesaria por parte de un acreedor legitimado y el empresario – en el plazo que va desde la solicitud y la efectiva declaración judicial de la misma – se defendía, simultáneamente, solicitando la suspensión de pagos. En estos casos si la constitución en suspensión de pagos llega antes que la efectiva declaración judicial de la quiebra, bloquea a ésta y, el juez competente que estuviera conociendo de la misma, no la podrá declarar. El problema se estuvo planteando en la práctica forense, y, la vieja legislación concursal vigente guardaba silencio, no regulando nada sobre tal conflicto; solamente, en la Ley de Suspensión de pagos, su artículo 9.1º, 2º y 3º. LSP, dispone que una vez admitida a trámite la solicitud de declaración de suspensión de pagos, los acreedores de ese *suspensio* no podrán instar la quiebra necesaria. Sobre esta cuestión se ha pronunciado en diversas sentencias el Tribunal Supremo, entre otras: Sentencia de 3 de julio de 1933: «(...) Considerando que este Supremo Tribunal tiene declarado que existe un estado preliminar al de quiebra para cuando el comerciante, teniendo un activo superior al pasivo o estando al menos nivelados, por dificultades del momento no le es posible atender a todas sus obligaciones; que el artículo 871 del CCo hay que relacionarlo con los artículos 2 y 9 de la LSP de 26 de julio 1922, para de sus declaraciones deducir, por interpretación auténtica, que la suspensión goza de prioridad a la quiebra como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el

prioridad entre resoluciones, en concreto: entre la providencia de admisión a trámite de la suspensión de pagos y el auto de declaración de la quiebra. No da prioridad entre solicitudes, el verdadero problema se planteaba cuando la solicitud de quiebra precede a la suspensión de pagos.

Cuando el deudor utilizaba este mecanismo «no lo hacía para evitar la destrucción del patrimonio a que la quiebra conlleva y, así, salvar la empresa» (como se pronuncia la STS de 3 de julio de 1933), sino que, como más acertadamente señala la STS de 26 de noviembre de 1976, «lo que buscaba era evitar los duros efectos personales y patrimoniales de la quiebra, no ser inhabilitado, la retroacción de la quiebra, agotar la paciencia de los acreedores con el fin de que se conformen con un convenio abusivo (draconiano), con una quita desproporcionada, intentando que se culmine el convenio de la suspensión cuanto antes para que se convalidasen muchos actos dispositivos y se conviertan en inatacables» (objetivo principal de la denominada retroacción)⁵⁹⁶.

Antiguamente la quiebra y la suspensión de pagos presentaban presupuestos objetivos diversos y bien delimitados: la suspensión de pagos era el procedimiento idóneo para las situaciones de *iliquidez* del deudor y servía para intentar conseguir un *acuerdo de continuación* con los acreedores que le permitiera al deudor restablecer la normalidad de sus pagos, mientras que la quiebra tenía como causa la *insolvencia definitiva* y, su finalidad era la liquidación y el reparto del patrimonio del empresario entre sus acreedores⁵⁹⁷.

Sin embargo desde la promulgación de la Ley de Suspensión de pagos de 1922, que fue aprobada *ad hoc* para resolver un caso concreto: la quiebra del

demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras sí las quiebras...» En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 5 de julio de 1985 (RJ 1985,3641): «(...) medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras de sí las quiebras». También es recomendable, entre otras, la lectura de la STS de 26 de noviembre de 1976 (RJ 1976, 5057).

⁵⁹⁶ ALCOVER GARAU, G., «Quiebra versus...», op. cit., p. 90.

⁵⁹⁷ Vid., URÍA, R./MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E, «Quiebra y suspensión de pagos», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2001., p. 872.

Banco de Barcelona⁵⁹⁸, la cuestión empezó a difuminarse, puesto que con dicha Ley en vigor, el presupuesto objetivo volvió a «mutar»: «cualquier deudor comerciante, cualquiera que sea su situación económica (ya estuviera el deudor en estado de preinsolvencia o de iliquidez (*insolvencia provisional*, según la Ley), podría acceder a la suspensión de pagos; según dicha situación legal, y la «nueva» configuración de los nuevos presupuestos objetivos, era posible que una misma situación de crisis pudiera tramitarse por el procedimiento de suspensión de pagos, o por el de quiebra. El desconcierto a la hora de concretar y delimitar los presupuestos objetivos de ambos procedimientos, hizo que muchos aprovecharan la norma para tramitar a través de la suspensión de pagos auténticas situaciones de quiebra con la única intención de imponer un convenio «desproporcionado» con el fin de dilatar el pago de los créditos e intentar eludir el cumplimiento de sus obligaciones.

Como ya hemos apuntado anteriormente, la normativa de suspensión de pagos facilitaba a los deudores *in malam partem* acudir a dicho *beneficio* para intentar proponer un quita extraordinariamente desproporcionada sin espera, o con una espera ínfima, para que los acreedores accedieran a votar el convenio, aceptando cobrar una cuantía mucho menor a su crédito inicial, pero mucho antes que si acudiesen a la quiebra donde el cobro de sus créditos se prolongaría en el tiempo *sine die*, convirtiéndose el cobro del crédito en algo utópico. A pesar de lo anterior, es cierto que ambos procedimientos no podían coexistir (tramitarse) en paralelo sobre el patrimonio de un deudor comerciante, eran incompatibles entre sí, por lo tanto se excluían mutuamente⁵⁹⁹, por eso, una vez declarada la quiebra, el deudor no puede solicitar la suspensión de pagos, entre otras razones porque la declaración de quiebra comportaba su inhabilitación o desapoderamiento y, en tales condiciones personales, sería

⁵⁹⁸ CABANA I VANCELLS, F., *La fallida del Banc de Barcelona (1920): el fracàs financer de la burgesia catalana*, ed. Pòrtic, Barcelona, 2007; edición escrita en catalán donde el autor se adentra en los motivos por los cuales el Banco de Barcelona entró en quiebra en 1920; véase el artículo «La quiebra del Banco de Barcelona: el fracaso de la burguesía catalana», en *Revista Fomento de la producción*, núm. 1270, 2007, p. 31.

⁵⁹⁹ CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra: una visión jurisprudencial*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 24 y ss.

imposible proponer un convenio a los acreedores al margen del procedimiento de quiebra (aunque si dentro de ella, se podía llegar a un convenio de masa, con determinadas condiciones)⁶⁰⁰. Lo que se pretendía buscar por parte de la doctrina era intentar descifrar cuál de ellos prevalecía en el caso de concurrencia de solicitudes⁶⁰¹.

Es cierto que la concurrencia de solicitudes de quiebra y de suspensiones de pagos se presentaba como una cuestión conflictiva, ya que si bien es cierto que la lógica procesal debía actuar en este caso dando preferencia a la quiebra por ser el primer proceso instado en el tiempo, el Tribunal Supremo en sus *míticas* sentencias de 29 de diciembre de 1927 y de 3 de julio de 1933⁶⁰², parecía pronunciarse en sentido contrario, dando prioridad a la suspensión de pagos, aduciendo:

«(...) en la actualidad esta prioridad corresponde a la suspensión de pagos como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras sí las quiebras (...).»

Argumento que se volvió a repetir en la STS de 3 de julio de 1933:

“(...) Considerando que este Supremo Tribunal tiene declarado que existe un estado preliminar al de quiebra para cuando el comerciante, teniendo un activo superior al pasivo o estando al menos nivelados, por dificultades del momento no le es posible atender a todas sus obligaciones; que el artículo 871 del CCo hay que relacionarlo con los artículos 2, 4 y 9 de la LSP de 26 de julio 1922, para de sus declaraciones deducir, por interpretación auténtica, que la suspensión goza de prioridad a la quiebra como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y

⁶⁰⁰ Vid. CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos...*, op. cit., p. 24 y ss.

⁶⁰¹ URÍA, R./MENÉNDEZ. A./BELTRÁN E., «Quiebras y...» op. cit., p. 872. En puridad el verdadero problema se planteaba en los supuestos de simultaneidad de solicitudes de suspensión de pagos y de quiebra.

⁶⁰² Sobre las sentencias señaladas, consúltese a CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra: una visión jurisprudencia*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1995, pp. 24 y ss.; CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 343 y ss.

el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras sí las quiebras (...)».

Esta prioridad de la suspensión de pagos invocada por Alto tribunal, que también se ha reproducido en la sentencia del Alto tribunal de 5 de julio de 1985⁶⁰³ y se extiende, incluso, a los supuestos en los que se haya iniciado antes el procedimiento de quiebra, si el mismo no se practicado todavía la información testifical o, en general, la prueba que se proponga para justificar el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones, esto es, antes de adquirir la petición de quiebra estado legal por aquellas diligencias preliminares⁶⁰⁴; preferencia de la suspensión de pagos que, según la misma sentencia (STS de 5 julio 1985) y la STS 26 de noviembre de 1976, a la que también alude, desaparece si al tiempo de presentarse la solicitud de suspensión de pagos, la quiebra estuviera completamente concluida.

La STS de 26 de noviembre de 1976⁶⁰⁵, era una resolución muy importante porque, desde la aprobación de la Ley de Suspensión de pagos, es la primera que el Tribunal Supremo se pronunciaba sobre la *prioridad* entre suspensión de pagos y quiebra (*ratio decidendi*), sin decidir sobre otras cuestiones conexas o relacionadas, en la que, entre otras cosas, se dice que no existe la oposición a la quiebra declarada como tal, sino que se puede *impugnar* el auto declarativo que decide la no declaración de la quiebra por prioridad temporal de la suspensión de pagos»⁶⁰⁶.

Además, por otro lado, también esgrimía que: «no pueden los acreedores pedir la declaración de quiebra necesaria en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 9 de la Ley especial, planteando como soluciones para casos concretos, en caso de simultaneidad entre la solicitud de suspensión de pagos y la providencia

⁶⁰³ URÍA. R./MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E., «Quiebra y...», op. cit., p. 874.; CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I, *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 344 y ss.

⁶⁰⁴ Vid., la STS 5 de julio de 1985, que se remite a la sentencia anterior de STS de 3 de julio de 1933.

⁶⁰⁵ Cfr. en CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos...*, op. cit., 24 y ss.; y CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho concursal*, op. cit., p. 346.

⁶⁰⁶ Vid., HERRERA CUEVAS, E.J., «De la prevalencia entre el juicio...», op. cit., p. 5.

teniéndola por admitida y la petición de quiebra necesaria, no podría dar prioridad a la primera, más una vez instada por los acreedores y admitida a trámite de información la quiebra necesaria de un comerciante, no podría éste evitar la oportuna declaración judicial solicitando la suspensión de pagos, y entonces el deudor puede oponerse al auto declarativo de quiebra y obtener su revocación». En el caso de que el quebrado se oponga (*rectius*: impugne) al auto declarativo de quiebra (por haber sido mal declarado), consiguiendo su revocación, el «quebrado repuesto» tendría acción frente a los acreedores que infundadamente promovieron la declaración judicial de quiebra necesaria, para exigirles la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado declaración de quiebra indebida⁶⁰⁷.

Otro de los recurrentes argumentos esgrimidos por las sentencias del SSTS de 3 de julio de 1933 y de 5 de julio de 1985, en el que se dice que el artículo 871 del CCo hay que relacionarlo con los artículos 2, 4 y 9 de la LSP, para deducir que la suspensión de pagos gozaba de preferencia frente al proceso de quiebra, no es sostenible por ningún tipo de fundamento jurídico-lógico, puesto que como dice la doctrina⁶⁰⁸, después de hacer un lectura de dichos preceptos, de ninguno de ellos se desprendía la tan pretendida preferencia de la suspensión de pagos y, además, el artículo 871 CCo quedaba derogado de hecho por la Ley de Suspensión de Pagos de 1922⁶⁰⁹, por lo tanto dicho argumento carecía de sentido.

Por otro lado, nuestro Alto Tribunal declaraba en la sentencias arriba referenciadas⁶¹⁰, que la suspensión de pagos gozaba de preferencia siempre que

⁶⁰⁷ Sobre la acción de daños y perjuicios como consecuencia de la revocación del auto de declaración judicial de quiebra, véase en la doctrina los trabajos de RAMÍREZ, J.A., *La quiebra*, Tomo I, 2ª edición, ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 789-807; TORRES DE CRUELLS, J., «La reposición de la declaración de quiebra», en *RDP (publicación Iberoamericana y Filipina)*, segunda época, núm. 4, 1957, pp. 19-44; y de DAMIÁN MORENO, J., «Aspectos procesales de la acción de daños y perjuicios como consecuencia de la revocación del auto de declaración de quiebra», en *RUDP (UNED)*, núm. 0, 1988, pp. 127-136.

⁶⁰⁸ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E., «Quiebra y...», op. cit., p. 874; ALCOVER GARAU, G., «Quiebra versus...», op. cit., pp. 88 y ss.

⁶⁰⁹ ALCOVER GARAU, G., «Quiebra versus...», op. cit., p. 88.

⁶¹⁰ Véase las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1933 y de 5 de julio 1985.

no hubieran finalizado las diligencias preliminares de la quiebra (antes de que se procediera a practicar la información testifical en el proceso de quiebra, o que no se hubieran obtenido); este argumento tampoco es suficiente para defender a «capa y espada» la preferencia de la suspensión de pagos, puesto que hacía depender la preferencia de la suspensión de pagos o de la quiebra de la diligencia en la actuación de cada juez, de las pruebas aportadas por el acreedores instante y de la propia complejidad del presupuesto objetivo⁶¹¹.

Después de todo lo visto, desde un punto de vista procesal, entendemos que ante situaciones de simultaneidad relativa⁶¹² en la que la suspensión de pagos se insta al conocer que existe una *solicitud de quiebra necesaria* admitida a trámite, hemos de decir que lo más apropiado para saber cuál de los dos procedimientos es preferente, habría que estar al momento de la presentación (prioridad temporal); por otro lado, no podemos olvidar que los efectos de *litispendencia*⁶¹³ que genera la presentación de la solicitud de declaración de quiebra, si ésta era luego admitida, podrían haber sido un argumento contundente para decantarse por dar prioridad a la quiebra sobre la suspensión de pagos y acabar con el problema, a pesar de que la suspensión de pagos no es un proceso jurisdiccional *stricto sensu*⁶¹⁴. En estos casos el Tribunal Supremo ha sido tajante a la hora de otorgar preferencia a la suspensión de pagos, pero, bien es cierto que, al igual que no se podía instar la quiebra cuando se estuviera

⁶¹¹ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E., «Quiebra y...», op. cit., p. 874.

⁶¹² Se habla de simultaneidad relativa cuando el deudor presenta la solicitud de suspensión de pagos en el periodo que media entre la solicitud de quiebra por algún acreedores y su declaración judicial.

⁶¹³ DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español: organización judicial, proceso civil*, 3ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 175-176. «La admisión a la demanda da lugar a la *litispendencia* que es el efecto propio que determina el hecho de que una demanda haya sido admitida a trámite y que supone la manifestación de que con la controversia a traspasado la frontera de extrajudicial para pasar a forma parte del ámbito de lo judicial, lo cual acarrea importantes consecuencias jurídicas (...), entre otras: la de impedir que pueda estar simultáneamente pendiente más de un proceso con el mismo objeto (*litispendencia*)».

⁶¹⁴ En nuestra opinión, la suspensión de pagos ideada por el profesor Ángel ROJO, era un verdadero *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria (preventivo del concurso)*.

tramitando la suspensión de pagos (art. 9.3 LSP), tendría que pasar lo mismo con la suspensión de pagos instada posteriormente (prioridad temporal)⁶¹⁵.

En lo casos en los que la simultaneidad sea absoluta, es decir, que ambas solicitudes hayan sido presentada de forma simultánea (el mismo día), no se podría utilizar el criterio de *prioridad temporal*, pero se han invocado otros argumentos para seguir otorgando preferencia a la suspensión de pagos, como por ejemplo: i) el *favor debitoris*; ii) la ausencia del perjuicio de acreedores; iii) el carácter preventivo de la suspensión de pagos y a la extensión de la regla del art. 9.3 de la LSP⁶¹⁶, aunque dichos argumentos a juicio de la doctrina no son del todo contundentes⁶¹⁷; en primer lugar, se decía que la suspensión de pagos no era, en ningún caso, un procedimiento de carácter más preventivo que la quiebra, sino que, más bien, era alternativo o sustitutivo (cosa no acorde con la realidad). Con respecto a la extensión del artículo 9 de la LSP al caso, tampoco se podía decir que de dicho tenor literal se pudiera desprender la preferencia de la suspensión de pagos frente a la quiebra en situaciones en las que las solicitudes se han presentado de forma simultánea. Con respecto a la invocación del principio *favor debitoris*, cuyo contenido se agota en la facultad que tiene el deudor para acogerse a la suspensión de pagos y adelantarse a los acreedores, obteniendo el beneficio de la suspensión de pagos cualquiera que fuera su situación económica y su grado de merecimiento⁶¹⁸. Por todo ello, según opinaban algunos autores, en caso de coincidencia temporal de las solicitudes de suspensión de pagos y la quiebra, deberá prevalecer la quiebra por la distinta naturaleza de las pretensiones que deducen el deudor y el acreedor: sobre la pretensión del deudor de obtener un *beneficio*, debe prevalecer el derecho de los acreedores a instar la quiebra del deudor insolvente⁶¹⁹.

⁶¹⁵ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E., «Quiebra y...», op. cit., p. 873.

⁶¹⁶ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995.

⁶¹⁷ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E., «Quiebra y...», op. cit p. 874.

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 875.

⁶¹⁹ *Ibidem*. p. 875.

Sobre esta «espinosa» cuestión, el profesor ROJO también reparó en su propuesta de 1995, introduciendo el artículo 275, en el que se disponía la incompatibilidad radical entre la suspensión de pagos y el concurso de acreedores, para evitar que los deudores que tuvieran conocimiento de que un acreedor le hubiera instado una solicitud de concurso necesario, no pudiera dicho deudor enervar dicha declaración judicial de concurso, con la mera solicitud de suspensión de pagos, como venía ocurriendo en la práctica con la vigente suspensión de pagos; en dicho precepto rezaba lo siguiente:

«No podrá constituirse el deudor en estado de suspensión de pagos desde que el juez competente hubiera admitido a trámite la solicitud de declaración judicial de concurso en tanto no desestime la solicitud o no transcurran tres años a contar desde que hubiera recaído resolución declarando la conclusión de concurso de acreedores».

Como podemos ver, si analizamos bien la normativa concursal vigente en relación a los anteriores casos sobre la preferencia o prioridad de la suspensión de pagos *versus* la quiebra, tenemos que decir que también pasaba algo parecido a lo que ocurre con el *procedimiento de precurso* (ex art. 5 bis LC) frente al proceso concursal; en el momento que un deudor se acoge al beneficio del precurso (art. 5 bis), las solicitudes de concurso necesario instadas posteriormente no son admitidas a trámite hasta que no trascurra el plazo de tres meses establecidos dentro de la moratoria temporal otorgada por el artículo 5 bis de la Ley Concursal (art. 15.3 LC). En los casos en los que se esté ante un acuerdo extrajudicial de pagos (AEP), tampoco se admitirán solicitudes de concurso necesarias hasta que no transcurran tres meses desde el inicio del procedimiento (art. 235.3). Además, las solicitudes de concurso que se presenten posterioridad a la solicitud de precurso (art. 5 bis), solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor una vez finalizado el plazo del mes hábil, solicitase el concurso, se tramitará en

primer lugar como concurso voluntario (art. 14 LC); una vez declarado judicialmente el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes (art. 15.3 *in fine*).

Con el paso del tiempo es fácil hacer críticas sobre una determinada norma, sobre algún precepto o, sobre alguna propuesta de anteproyecto de Ley; en este sentido, la propuesta de anteproyecto elaborada por el profesor de ROJO en 1995 que, a pesar de que su contenido tenía grandes avances y magníficas ideas, se la sigue sometiendo a prueba, tratándola de forma injusta por la doctrina⁶²⁰. Además, para finalizar, no podemos dejar pasar por alto otra cuestión «capital» que había que «alabar» del sistema de *suspensión de pagos* de ROJO, como lo era el haber pensado en reducir los altos costes (potencial ahorro de los costes de insolvencia sin merma de la seguridad jurídica⁶²¹) de impulso procesal inherentes a toda judicialización de soluciones concursales, reduciendo la intervención de juez *al mínimo* dentro del procedimiento de suspensión de pagos⁶²² —lo que en palabras de Beltrán sería una desjudicialización parcial del procedimiento de *suspensión de pagos*⁶²³—, por lo tanto, como hemos podido comprobar a lo largo de todos los expositivos anteriores, la suspensión de pagos de ROJO era un procedimiento *preventivo* cuyo objeto: la *constitución en suspensión de pagos* podía ser calificado de judicial (parcial) y registral⁶²⁴, pues a pesar de que el juez intervenía en determinadas ocasiones, la tramitación del procedimiento se dejaba en manos del Registrador Mercantil competente (arts.

⁶²⁰ Vid., algunos de los defectos de «calado» que, según la doctrina, se identificaban en la propuesta de ROJO, en FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal...*, op. cit., p. 169.

⁶²¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un Derecho preconcursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 61.

⁶²² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal...*, op. cit., p. 169.

⁶²³ BELTRÁN, E., «Ideas Básicas de la propuesta de anteproyecto...», op. cit., p. 314.

⁶²⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido...*, op. cit., p. 60.

270 de la Propuesta ROJO), lo que permitiría un potencial ahorro de costes de insolvencia sin merma de la seguridad jurídica⁶²⁵.

⁶²⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido...*, op. cit., p. 61.

SEGUNDA PARTE: LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL
«PRECONCURSO»: DESDE SU NACIMIENTO HASTA LA INSTITUCIÓN
VIGENTE (2009-2015)

Capítulo 1º: Acercamiento a la institución del «Preconcurso» introducida por el legislador a través del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo.

Como es sabido, la promulgación del *Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*⁶²⁶, vino a introducir, entre otras medidas, el apartado 3º del artículo 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (en adelante, «Ley Concursal» o «LC»), que regulaba la «comunicación del inicio de negociaciones y sus efectos» (vid., los artículos 5.3, actualmente derogado, 15.3 y 22.2 LC).

Desde el nacimiento de la «comunicación del inicio de negociaciones» (ex viejo art. 5.3 LC), algunos autores –entre los que nos encontramos– y algunas sedes judiciales optaron por denominar a dicha *comunicación* con la «conflictiva» expresión de: «preconcurso»⁶²⁷. En lo que se refiere al empleo del

⁶²⁶ Vid., el artículo 10.1 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de noviembre, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

⁶²⁷ Dentro de la doctrina científica, es de justicia reconocer a uno de los primeros autores que vino a introducir la expresión «preconcurso» a la hora de hablar del *procedimiento* que –ya entonces– se vislumbraba tras el tenor literal del (derogado) artículo 5.3 de la Ley Concursal, fue el profesor VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, en su trabajo: «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva disposición adicional cuarta de la misma: ¿la figura del concurso?», en ARIZA-GALÁN (coords.) y otros, *Reflexiones para la reforma de la legislación concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167-181; en este sentido, *vid.*, también, los pocos autores que han venido utilizando la expresión «preconcurso» –sin complejo alguno– para denominar la *comunicación del inicio de negociaciones* del viejo artículo 5.3 y el vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal, en OLIVENCIA RUIZ, M., *Concurso y concurso*, en *RcP*, núm. 22, 2015, pp. 11-18; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento de “pre-concurso” en la reforma de la Ley Concursal», en *Diario económico Expansión*, sección opinión, 10 de enero de 2011, p. 31; MEGÍAS LÓPEZ, J., «Competencia orgánica y crisis económica de sociedades de capital: disolución, concurso y concurso», en *RcP*, núm. 22, 2015, pp. 443-456; CAMACHO MIÑANO, M.ª.M., y SEGOVIA VARGAS, M.J., «Las variables económicas de las empresas que condicionan el éxito del concurso», en ARIAS VARONA, F. J., (coord.), *Conservación de empresas en crisis: estudios jurídicos y económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013, monografía núm. 17, pp. 134-156; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática en torno a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 56-61; Del mismo autor, *Institutos concursales y refinanciación de deudas*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 72-76; *ibidem*, «El concurso como método para evitar el concurso de acreedores», en *Economist and Jurist*, vol. 21, núm. 171, pp. 68-73; MUÑOZ DE BENAVIDES, C., «La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal a la luz de la jurisprudencia», en *Diario de la Ley*, núm. 7419, sección tribuna, 8 de junio de 2010, año XXXI; BERTRAM HERNÁNDEZ, M., «Pre-concurso de acreedores», en www.legaltoday.com, 29 de mayo de 2013, pp. 1-2; Por otro lado, también existen algunas resoluciones judiciales en las que se utiliza la expresión: «preconcurso» para denominar al procedimiento del artículo 5.3 de la Ley Concursal, entre otras, *vid.*, AAP Barcelona [15ª]

vocablo «preconcurso» para denominar a la *comunicación del inicio de negociaciones* (ex viejo art. 5.3 y actual art. 5 bis LC), es idóneo traer a colación – como haremos a continuación – algún argumento que justifique el empleo de dicha denominación a la hora de referirnos al procedimiento que se albergaba en el viejo artículo 5.3, y en el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal.

En relación al uso de la palabra «preconcurso» para denominar al *procedimiento* regulado en el derogado artículo 5.3 y actual artículo 5 bis de la Ley Concursal, pueden deslindarse (en la literatura especializada) dos tesis contrapuestas; por un lado estaban los autores⁶²⁸ que relacionaban *directamente* el «preconcurso» con el propio «concurso de acreedores⁶²⁹», teniendo a aquél

18.06.2012, AC (2012, 85), Ponente: Ilma. Sra. Marta RALLO AYEZCUREN; AJ de 1ª instancia y mercantil 9 de Córdoba 10.09.2009, Ponente: Ilmo. Sr. Fernando CABALLERO GARCÍA; MAGDALENO, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales de la práctica concursal*, ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 23-40 passim, 41 y ss.; ÁVILA DE LA TORRE, A., «El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial», en GARCÍA-CRUCES (dir.), VV.AA., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 45 y ss.

⁶²⁸ Vid, entre otros, a SÁNCHEZ-CALERO, J., «La reforma de la propuesta anticipada de convenio: apunte de un fracaso y su posible enmienda» en *RcP*, núm. 11, 2009, pp. 89 y ss.; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «La nueva fase preconcursal», en *Diario La Ley*, núm. 7272, 29 de octubre de 2009, pp. 16 y ss.; AZNAR GINER, E., *Los acuerdos de refinanciación y la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

⁶²⁹ A nuestro juicio no se puede identificar el «preconcurso» con el propio proceso de declaración de concurso (ni siquiera como mera fase preliminar), puesto que la solicitud de concurso pone en marcha un auténtico proceso jurisdiccional que, en ningún caso, se puede identificar con el procedimiento preconcursal de «preconcurso» (ex viejo art- 5.3 y actual 5 bis LC). Siguiendo la postura que sostiene el profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ, entendemos que el concurso tiene una clara naturaleza *jurisdiccional*; «el proceso concursal no se puede considerar, en ningún caso, un procedimiento de *jurisdicción voluntaria*, puesto que el órgano jurisdiccional no actúa en el proceso *completando* normas jurídicas, sino que, con su actividad jurisdiccional *stricto sensu*, crea nuevas situaciones jurídicas, declara derechos y tutela la actuación de los poderes y facultades que el ordenamiento jurídico concede a las distintas personas que actúan en este proceso», vid., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.) y VV.AA., *Derecho procesal concursal*, tratado de Derecho mercantil, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 20.; en el mismo sentido se muestran SENÉS MOTILLA, C., «Concurso y Proceso», en *TEORDER*, núm. 12, 2012, p. 25; VEGAS TORRES, J., «El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del proceso», en QUINTANA/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 83 y ss.; CONDE FUENTES, J., *Los sujetos del proceso concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 41. En contra de los anteriores autores se encuentra los que defienden, de forma contundente, que el concurso es un proceso de ejecución universal o general, véanse los trabajos de GUASP DELGADO, J., y ARAGONESES P., «Nociones generales y requisitos del concurso de acreedores», en *RdP*, núm. 1-3, 2004, p. 333; CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, 3ª edición, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 36 y 37; donde el autor dice

como una fase preliminar o, pre-procesal del propio concurso, en la que el deudor afrontaba su situación de *insolvencia actual* en un fase más preliminar o temprana (justamente anterior a la declaración judicial de concurso); en este sentido, según lo que afirma el profesor DAMIÁN MORENO, parecía que el legislador a la hora de introducir el «viejo» artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), «partía de la idea de que la mejor manera de afrontar el fenómeno de la insolvencia era aumentar las oportunidades para la consecución de un convenio anticipado y facilitar una solución negociada que evite las incomodidades y los gastos que genera el proceso concursal⁶³⁰».

Además de la anterior afirmación, el profesor DAMIÁN MORENO también apuntaba la idea de que el denominado «preconcurso» (ex viejo artículo 5.3) tenía una eminente naturaleza *instrumental*, ya que dicha moratoria temporal se convertía en el *prolegómeno* (la cursiva anterior es nuestra) perfecto para la *preparación* del concurso que se declararía posteriormente, donde, sin evitar la declaración judicial de concurso, se podrían *reflejar* los efectos positivos conseguidos en la tramitación del «preconcurso» (*verbi gratia*: la adhesiones suficientes para aprobar judicialmente un convenio en el seno del concurso, la evitación del concurso necesario o, incluso, la evitación de la posible responsabilidad del deudor –o de sus administradores– por incumplimiento

que: «aunque cada vez resulta menos clara la naturaleza ejecutiva del concurso, apunta que es esta la naturaleza que tradicionalmente se le ha venido asignar del proceso concursal»; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., «Algunas cuestiones sobre la petición de concurso necesario», en *RcP*, núm. 2004, p. 73; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Los procesos de ejecución universal», en GIMENO SENDRA (dir.) *Derecho procesal civil: Los procesos civiles especiales*, 4ª edición, ed. Colex, Madrid, 2014, pp. 622 y ss.; por otro lado, tampoco faltan autores que defienden una naturaleza jurídica mixta (en vistas a la naturaleza material de las pretensiones que se deducen en el proceso concursal) del concurso de acreedores, es decir, una mezcla de proceso declarativo y de ejecución, *vid*, a GÓMEZ COLOMER, J.L., «El proceso concursal», en *VV.AA, Derecho Jurisdiccional II*, proceso civil, 22ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 871.

⁶³⁰ DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009: (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad de concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 157.

del *impropiamente* denominado: «deber de solicitud de concurso» (*rectius*: carga de solicitar el concurso⁶³¹) dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Concursal.

Además, en estos casos, la consecución de las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en sede de «preconcurso» (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC), servía para tramitar un posterior concurso en un tiempo relativamente *corto* al contar con las adhesiones suficientes que respaldaran la

⁶³¹ Lo que el legislador del año 2003 quiso introducir en el artículo 5.1 de la Ley Concursal (lo que denomina: «el deber de solicitar el concurso») no era un *deber* en sentido estricto, sino que más bien estamos ante una *carga procesal*. Desde la óptica del Derecho procesal, entendemos que más bien nos encontramos ante una *carga*: el deudor tiene la *carga* de instar el concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debiera conocer su estado de insolvencia (art. 5.1), sino quiere encontrarse con unas consecuencias negativas dentro del proceso concursal, como pudiera ser la declaración culpable del concurso en la sección de calificación (arts 163 y ss. LC) cuando la generación o la agravación del estado de insolvencia se hubiera producido con dolo o culpa grave del deudor (at 164 LC), presumiéndose que existe dolo o culpa grave, cuando los representantes legales de las entidades concursadas hubiesen incumplido el deber de solicitar el concurso (art. 165 LC). Como dice el profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ: «Sabemos que el Ordenamiento jurídico, sobre todo en materia procesal, establece cargas, que no son sino poderes de llevar a cabo una determinada actividad y deberes de hacerlo; ese poder-deber es carga en el sentido técnico jurídico, se actúa con base en un poder jurídico, para propiciar una consecuencia favorable dentro del proceso; se actúa ese poder, cumpliendo un deber, para evitar las consecuencias desfavorables que están previstas en la Ley para supuesto de inactividad». (...) «La no sujeción de la carga de pedir el concurso voluntario hace perder al deudor una serie de posibilidades, por lo que, en realidad, le conviene presentar la solicitud de concurso voluntario sin que sean los acreedores los que lo soliciten. En otras palabras, el legislador potencia, mediante la figura de la carga procesal, que el deudor insolvente afronte cuanto antes la situación de insolvencia, pues ello clarifica el mercado y el tráfico jurídico», vid., «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso» en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.) *Derecho Procesal Concursal*, Tratado de Derecho Mercantil, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 32; también entienden que estamos ante una carga procesal, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Derecho Concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 37. MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales de la práctica concursal*, ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 24-25.

Sobre el *incumplimiento* del deber de solicitar el concurso véase a GARCÍA-CRUCES, J.A., «Presunciones de dolo o culpa grave» (art. 165), en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Ed. Thomsom-Civitas, Madrid, pp. 2536 y 2537. El profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ también hacía hincapié sobre la evitación, delimitación o atenuación de la responsabilidad de los administradores societarios, *verbi gratia*: frente al *incumplimiento* del deber de solicitar el concurso (art. 165.1 LC), un vez se había instado el «preconcurso» (ex viejo art. 5.3 LC) y, aunque era consciente de que no era el efecto más importante que se desprendía de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, afirmaba de forma sarcástica que con la introducción del viejo artículo 5.3 de la Ley, al legislador «se le ve el plumero»; pues parece que lo que se buscaba con dicha norma (aunque no es el único efecto positivo que aflora al activarse el preconcurso ex art. 5.3 LC, el paréntesis es nuestro), era «aliviar la responsabilidad de los administradores societarios durante esos días que son necesarios para llevar a cabo las negociaciones pertinentes a fin de salir de la insolvencia, sin recurrir a la vía concursal, que siempre es traumática (pues entre otras cosas el deudor pierde, normalmente, toda posibilidad de crédito)». Vid., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del artículo 5.3 de la Ley Concursal...», *op. cit.*, p. 172.

aprobación judicial del *convenio anticipado* en sede concursal⁶³². En consecuencia, la única finalidad que parecía desprenderse del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal era la de crear —y propiciar— las condiciones materiales y procesales que le posibiliten alcanzar una propuesta anticipada, que será aprobada (posteriormente) en sede concursal; A pesar de todo, el procedimiento del «preconcurso» (ex viejo art. 5.3) no se debía utilizar con la mera intención de prolongar el estado de insolvencia de forma deliberada y fraudulenta en perjuicio de sus acreedores, ni tampoco para evitar la responsabilidad (por el incumplimiento del deber de solicitar el concurso) por no solicitar la declaración judicial de concurso de forma *tempestiva* en los plazos legalmente establecidos⁶³³. Según lo que invoca esta línea doctrinal, parecía que se tenía al preconcurso (ex viejo art. 5.3 y actual art. 5 bis LC), como una mera fase preliminar o previa al concurso, de naturaleza *instrumental*, cuya finalidad esencial era la preparación del proceso concursal.

Por otro lado, estaban los autores⁶³⁴ que sostenían que la comunicación del viejo artículo 5.3 y actual 5 bis de la Ley Concursal (*rectius*: «preconcurso»), no debía identificarse, en ningún caso, con el concurso de acreedores, ni con la preparación de la solicitud de declaración judicial de concurso, por entender que dicho procedimiento es autónomo e independiente del proceso concursal en sentido estricto. Además, estos autores sostienen que el uso de la palabra «preconcurso» parecía *conectar* dicha comunicación (ex viejo art. 5.3 y actual art. 5 bis LC) a la preparación y, posterior declaración del concurso con los posibles efectos *adversos* que el empleo de esta expresión podría conllevar, sobre todo porque los proveedores, ante la alarma que genera hacer alusión a la palabra «preconcurso» (al que algunos identifican —erróneamente— con el propio concurso), podrían dejar de suministrar al deudor común al entender que dicho

⁶³² Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del artículo 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., p. 181.

⁶³³ Cfr. DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas...» op. cit., p. 161.

⁶³⁴ PULGAR EZQUERRA, j., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 374, concretamente la nota al pie de página núm. 342.

vocablo significa que el deudor ya se encuentra en situación de concurso (afirmación no acorde con la realidad práctica)⁶³⁵.

Después de haber expuesto las dos tesis anteriores, somos conscientes de que el uso de la palabra «preconcurso» para denominar al procedimiento del viejo artículo 5.3 y del actual art. 5 bis de la Ley Concursal, sigue siendo demasiado «atrevida» y «provocadora», sobre todo por las dudas que pudiera suscitar desde un punto de vista técnico-concursal, ya que, al utilizar el prefijo «pre-» pudiera pensarse que estamos ante una fase previa o preliminar (anterior), que siempre y, en todo caso, dará paso (desemboca) al concurso de acreedores (afirmación, a nuestro juicio, errónea); es cierto que la utilización de la expresión «preconcurso» para definir la comunicación del inicio de negociaciones y sus efectos (viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC), nos la podrán tachar de *impropia*, pero, no obstante, en nuestra opinión, todo dependerá del significado y el alcance que le demos a dicha expresión; en este sentido, mantenemos una tesis distinta a las dos existentes: en esta obra utilizamos la expresión «preconcurso» para definir el procedimiento preconcursal que subyace del viejo art. 5.3 y, actual 5 bis de la Ley Concursal, pero por distintas razones a las aducidas por los que creen que el «preconcurso» es una «mera» fase preliminar del concurso.

En primer lugar, a pesar de la *unidad de procedimiento* que rige en nuestra Ley Concursal desde su entrada en vigor⁶³⁶, sostenemos la idea de que el

⁶³⁵ *Ibidem*.

⁶³⁶ La Exposición de Motivos, II, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, invoca una de las novedades más importantes de la Ley (en aras a la deseada unidad del Derecho concursal), que la diferencia del disperso, caótico y arcaico sistema concursal anterior (del siglo XIX); se trata del importante *principio de unidad* (unidad legal, unidad de disciplina y, unidad de sistema). La justificación de la *unidad de sistema* o, mejor dicho, *la unidad de procedimiento* consiste en la regulación de un único —y común— procedimiento denominado: *concurso de acreedores*. Sobre la unidad de sistema, véase, por todos, los trabajos de SENÉS MOTILLA, C., «La tramitación del procedimiento concursal», en *RPJ*, núm. especial XVIII, 2004, pp. 559-560; de la misma autora, véase también: «Concurso y proceso», en *Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 12, diciembre, 2012, p. 27; CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, op. cit., pp. 25 y ss.; VÁZQUEZ SOTELLO, J.L., «La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 5856, sección doctrina, 24 de septiembre de 2003, año XXIV, ref. D-209, p. 4; *ibidem*, en VV.AA, *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco de Derecho procesal, San Sebastián, 2004, pp. 16-17., el

procedimiento del –derogado– artículo 5.3 (actual 5 bis de la Ley Concursal), al que nosotros denominamos «preconcurso», es un procedimiento judicial *preventivo* –independiente y autónomo– del propio concurso de acreedores, y, en ningún caso, se debe tener al mismo por un *proceso preliminar*⁶³⁷ ni, tampoco,

autor afirma que, con indudable acierto, en contraste con la vieja legislación, se compatibiliza la *unidad institucional o procesal* con el principio de *dualidad procedimental*, introduciendo una tramitación simplificada o abreviada, para los concursos de menor complejidad; RIFÁ SOLER, J.M^a., *La declaración de concurso*, en QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES (dirs.), AA.VV, *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 50; GÓMEZ COLOMER, J.L., «El proceso concursal», en MONTERO AROCA, J./BARONA VILAR, S./CALDERÓN CUADRADO, M.P./GÓMEZ COLOMER, J.L., (autores) *Derecho jurisdiccional II: proceso civil*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 867; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El proceso concursal», en GIMENO SENDRA(dir.), AA.VV, *Derecho procesal civil*, ed. Colex, Madrid, 2012, p. 625; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad», en *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, AA.VV, tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 371; donde el autor resalta que: «la propia unidad de sistema (unidad de procedimiento) se presenta como una muestra más de la unidad del Derecho concursal nuevo, al lado de la “unidad legislativa” y la “unidad de disciplina”»; también del mismo autor véase MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: la anticipación de la apertura del procedimiento», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 5940; OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, ed. Iustel, Madrid, 2005, Discurso leído el día 7 de noviembre de 2005 en el acto de su recepción pública como académico de número, por el EXCMO. SR. D. Manuel OLIVENCIA y contestación del EXCMO. SR. D. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ; OTERO LASTRES, J.M^a., «Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 432-425; ROJO, Á., «La reforma del derecho concursal español», en ROJO (dir.), *La reforma de la Legislación concursal*, ed. Marcial Pons-Colegio de Registradores, Madrid, 2002, p. 93; del mismo autor *vid.*, ROJO, Á., «Presupuesto objetivo», (art.2), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 178 ; y de CORTÉS DOMINGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* p. 19.

⁶³⁷ Siguiendo la tesis de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Noción de los procesos preliminares»; En nuestra opinión, afirmamos con todo rigor, que el preconcurso (ex art. 5.3 y art. 5 bis LC) es un procedimiento preconcursal «preventivo», pues, si el deudor común que está acogido al preconcurso remover o evitar su estado de insolvencia, el mismo no vendrá obligado a solicitar el concurso (evitando la declaración judicial del mismo). ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO hace un fabuloso trabajo sobre los procesos preliminares, en busca de una genuina construcción dogmática sobre los procesos preliminares, haciendo una clasificación de todas las especies que podrían encajar dentro de dicha denominación: «procesos preliminares». Pero nosotros, a pesar de haber estudiado en profundidad el trabajo de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, no compartimos el hecho de que los procedimientos preventivos estén encuadrados dentro de los procedimientos preliminares, puesto que por definición, los procedimientos preventivos, tienen la finalidad esencial de evitar o prevenir otro proceso principal ab initio, independientemente de si se consigue esa (finalidad) prevención o no, los procedimientos preventivos no puede quedar clasificados dentro del esquema de los procedimientos preliminares elaborado por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, como si de una subespecie de éstos se tratara. Para estudiar correctamente dicha cuestión es muy ilustrativa la lectura del trabajo del profesor ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, números 1-11, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1974, pp. 453 y ss.

por una fase preliminar o pre-procesal del propio concurso, sino que, más bien nos encontramos ante un procedimiento preconcursal *alternativo* al concurso, donde el deudor común tiene la *facultad* de acudir al procedimiento de «preconcurso» (ex viejo art 5.3 y actual 5 bis LC) en lugar de acudir directamente al propio proceso concursal, para dar tratamiento a su estado de insolvencia (actual o inminente) o, incluso, de preinsolvencia⁶³⁸; debemos remarcar la idea (desde la que parte nuestra tesis) de que lo que vino a introducir el legislador con la introducción del artículo 5.3 y, el posterior artículo 5 bis, es una suerte de procedimiento preconcursal «alternativo al concurso» y de corte *preventivo* que, como veremos posteriormente, se debe encuadrar dentro del ámbito de la denominada *jurisdicción voluntaria*⁶³⁹.

⁶³⁸ En nuestra opinión, Así lo permite el artículo 5 bis de la Ley Concursal desde la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

⁶³⁹ Decimos que el precurso (ex viejo art. 5.3 y, actual art. 5 bis LC) es un procedimiento judicial de *jurisdicción voluntaria* porque en el mismo se solicitaba la intervención del Órgano jurisdiccional (inicialmente el juez, actualmente los Letrados de la Administración de Justicia), comunicándole el inicio de negociaciones, sin existir contienda o cuestión controvertida entre partes determinadas; nos encontramos ante un procedimiento en el que no existe contenciosidad y, además, el Órgano jurisdiccional competente para conocer de la petición de precurso (ex viejo art. 5.3 y el actual art. 5 bis LC) no ejerce función jurisdiccional alguna. El deudor común que insta el procedimiento de precurso (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC) no se le puede considerar parte (procesal), sino que, más bien, estamos ante un interesado (*rectius*: solicitante o promotor del precurso), además, la resolución (los autos o las providencias por las que se entiende solicitado el precurso carece de autoridad de cosa juzgada. Como ya hemos indicado, el procedimiento de precurso (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC) se incoa con una *solicitud de precurso*, que en ningún caso se debe identificar con un verdadero escrito de demanda (ex art. 399 LEC), se trata más bien de una «solicitud», por lo tanto, cuando hablamos de precurso no estamos, ni mucho menos, ante un proceso jurisdiccional; el deudor que pide el precurso no es una parte procesal sino un «interesado» que insta la solicitud ante el Organo Jurisdiccional competente (actualmente es el Secretario Judicial el que deja constancia de la comunicación del inicio de comunicaciones) para dejar constancia de hechos o situaciones patrimoniales (insolvencia actual, insolvencia inminente o, incluso, preinsolvencia) y, partir de dicha resolución obtener simultáneamente los efectos jurídicos que se anudan al precurso: se le permite al deudor acudir al precurso para conseguir un espacio temporal (2+3+1) en el que pueda negociar: i) adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o, ii) un acuerdo de refinanciación, o, iii) incoar un acuerdo extrajudicial de pagos (AEP), sin la presión que ejercería el ya conocido plazo establecido para el deber de solicitud de concurso (art. 5 LC) y sus graves consecuencias (art. 165.1 LC). Por lo tanto, el auto o la providencia que tenga por solicitado el precurso, crea una situación nueva (como ocurre en todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria), un espacio temporal de seis meses (2+3+1) en los que el deudor deberá realizar –si quiere remover o prevenir su estado de insolvencia– los actos o actuaciones preconcursales que le permite el propio art. 5 bis de la Ley Concursal. A pesar de que se ha aprobado recientemente la nueva Ley de jurisdicción voluntaria, el concepto nuclear de la misma, no ha cambiado, ni mucho menos, a pesar de que

En puridad, la operatividad práctica de dicho procedimiento preconcursal (con finalidad preventiva del concurso —ya sea necesario o voluntario—) tiende a *proteger* o *facilitar* un «proceso negociador» de un posible acuerdo extrajudicial entre el deudor y sus acreedores, que podría conducir a la declaración judicial de concurso, o no⁶⁴⁰.

Además, la utilización del prefijo «pre-» soldado a la palabra concurso, esto es: «preconcurso», no tiene por qué significar que dicho procedimiento va a ser siempre y, en todo caso, previo, preliminar o, inmediatamente anterior al concurso (como si de un proceso *preliminar* se tratara⁶⁴¹), sino que, debe identificarse con un procedimiento autónomo cuyo objeto es la *prevención* o la *evitación* del mismo (ya sea necesario o voluntario).

Debemos recordar que en un primer momento, según la reforma del año 2009⁶⁴², el presupuesto objetivo del precurso era únicamente el estado de insolvencia actual (*ex antiquo* art. 5.3 LC), por lo que solo podía instar el

se hayan ampliado las competencias en esta materia a otros funcionarios públicos distintos del Juez (secretarios judiciales, notarios y registradores). Sobre la jurisdicción voluntaria, nos referiremos más adelante con mayor profundidad, cuando nos centremos en el estudio de la naturaleza jurídica del precurso (*ex art. 5.3 y actual 5 bis LC*), pero, desde nuestro punto de vista, para ir entendiendo las líneas generales sobre las que descansa el concepto dogmático-jurídico de la denominada «jurisdicción voluntaria», es muy recomendable leer los magníficos trabajos de HERCE QUEMADA, V., «El procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria» en GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA (autores), *Derecho procesal civil*, vol. II, ed. Madrid, 1979, pp. 377-381; DE LA OLIVA SANTOS, A., y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, 3ª edición, ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 60-62; En la actualidad, con respecto al precurso (*ex viejo art. 5.3 y actual art. 5 bis LC*) algún autor se ha atrevido a apuntar —meramente y sin mayor fundamento— que el precurso (*ex viejo art. 5.3, actual 5 bis LC*) es jurisdicción voluntaria, *vid.*, a PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462; de la misma autora véase también, de la misma autora, véase «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal, en *Diario la Ley*, núm. 8271, sección doctrina, 14 de marzo de 2014, p. 6; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática en torno a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 58-59.

⁶⁴⁰ Seguimos la postura que viene defendiendo la profesora PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, *op. cit.*, p. 374, concretamente, *vid.*, la nota al pie de página, número (342).

⁶⁴¹ Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general...*, *op. cit.*, pp. 453 y ss.

⁶⁴² *Vid.*, el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal introducida por el famoso *Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*.

preconcurso el deudor que estuviera en dicha situación, pero, con la reforma operada en octubre de 2011⁶⁴³, con la derogación del viejo artículo 5.3 y, la consiguiente introducción del artículo 5 bis de la Ley Concursal, el legislador suprimió la expresión: «insolvencia actual» en la redacción del actual precepto (art. 5 bis), dando a entender que el «frontispicio» de la norma configuraba un presupuesto objetivo más «amplio» y «flexible» a la hora de poder acogerse al procedimiento de concurso; desde el año 2011⁶⁴⁴, según la redacción que se desprende del artículo 5 bis, cualquier deudor común que estuviera en estado de insolvencia actual, insolvencia inminente o, incluso, en estado de preinsolvencia⁶⁴⁵, podría solicitar el concurso y poner en marcha la suspensión temporal del deber de solicitar el concurso, para que durante dicha moratoria temporal (2+3+1), pueda realizar los actos o actuaciones concursales establecidas (ex art. 5 bis), que le permitan, entre otras cosas, evitar el concurso. Para ello, puede optar por: i) comunicar el inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; ii) negociar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis o Disposición adicional cuarta); o, iii) de forma alternativa: solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 5 bis LC).

En puridad, entendemos que tanto el viejo artículo 5.3 (derogado) como el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal contienen un procedimiento concursual – preventivo – cuya naturaleza jurídica descansa en el ámbito de la *jurisdicción voluntaria*⁶⁴⁶; la puesta en marcha del concurso (ex art. 5.3,

⁶⁴³ Vid., el artículo 5 bis de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, concursal, que vino a derogar el viejo artículo 5.3 de la Ley.

⁶⁴⁴ La reforma concursal de año 2011, fue operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, concursal, que introdujo, entre otros en polémico artículo 5 bis.

⁶⁴⁵ A pesar de las reservas que nos puedan oponer, somos partidarios de la sugerencia que hace el profesor ROJO a este respecto, y entendemos que, desde la introducción del artículo 5 bis, en el año 2011, operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, cualquier deudor común que sea «consciente» y pueda demostrar y acreditar que se encuentra en estado de preinsolvencia, podría solicitar el concurso (ex art. 5 bis LC), para evitar entrar en estado de insolvencia (ya sea inminente o actual), evitando con ello, el concurso. ROJO, Á., «El Derecho concursual», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs), VV.AA, *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 12ª edición, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 589-590.

⁶⁴⁶ Vid., nota al pie de página núm. 13.

actual art. 5 bis LC) activaba unos efectos positivos para el deudor común, tanto si conseguía salir de estado de insolvencia y evitaba la declaración de concurso, como si, al final, tuviera que acudir a solicitar su declaración judicial y tramitarse el concurso posterior⁶⁴⁷.

En segundo lugar, denominamos «preconcurso» al procedimiento regulado en el viejo artículo 5.3 (derogado) y actual artículo 5 bis de la Ley, cuyo desarrollo o tramitación se desenvuelve en un periodo temporal justamente anterior (que precede o es previo) a una «posible» declaración judicial de concurso, al que se puede denominar periodo *preconcurso*. Como ya hemos adelantado, en dicho periodo preconcursal, durante la tramitación de dicho procedimiento (ex art. 5 bis LC) el deudor *puede y debe* optar por realizar ciertas actuaciones preconcursales⁶⁴⁸ tasadas por el contenido de la norma: (i) La búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; ii) La suscripción de un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis y disposición adicional cuarta) o, iii) instar alternativamente un acuerdo extrajudicial de pagos (AEP); si lo que quiere es evitar tener que solicitar su propio concurso (art. 5 bis LC).

Por lo tanto, en conclusión, cuando hablamos del «preconcurso» (ex art. 5 bis LC), sostenemos que se trata de un procedimiento independiente y autónomo (distinto) del proceso concursal, que se desarrolla o desenvuelve en un periodo inmediatamente anterior a una posible (o ulterior) declaración judicial de concurso, que sirve al deudor (aún no declarado en concurso) para intentar realizar todo tipo de *actuaciones* preconcursales «preventivas» (las previstas por el art. 5 bis LC) que puedan evitar tener que solicitar la declaración de concurso⁶⁴⁹. Por lo tanto, no es descabellado afirmar que el

⁶⁴⁷ DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas...», op. cit., p. xx; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma de la Ley Concursal», en *Diario Económico Expansión*, 10 de enero de 2011, Sección opinión, p. 31.

⁶⁴⁸ OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso y precurso», en *RcP*, n.º 22, 2015, p. 12.

⁶⁴⁹ Dentro del procedimiento regulado en el artículo 5 bis de la Ley Concursal, la norma prevé que el deudor común durante la tramitación del «precurso» (art. 5 bis) puede optar por realizar actuaciones preconcursales, es decir, puede optar por: i) un acuerdo de refinanciación ordinario de carácter colectivo; iii) un acuerdo de refinanciación homologado;

preconcurso (ex art. 5 bis LC) es un procedimiento de clara finalidad *preventiva* del concurso (tanto necesario como voluntario), puesto que el legislador ha querido que la *moratoria temporal* (2+3+1) otorgada por el artículo 5 bis, sirviera para que el deudor común pudiera realizar actuaciones preconcursales (negociaciones preconcursales) con las que conseguir remover su estado de insolvencia (en los casos en los que el deudor común esté incurso en ella) o, como veremos más adelante, incluso, podría servir para *prevenir* el estado de insolvencia, puesto que, como ya hemos apuntado, entendemos que un deudor en estado de *preinsolvencia* –es decir, aquél que todavía no se encuentra, siquiera, en estado de insolvencia actual o inminente–, podría acudir al «preconcurso» (ex art. 5 bis LC), para evitar y prevenir su «potencial» estado de insolvencia⁶⁵⁰.

Con la entrada en vigor de la Ley Concursal, el legislador del año 2003, quiso romper con la cuestionada *dualidad procedimental*⁶⁵¹ existente en el viejo y disperso Derecho concursal español –vigente desde el pasado siglo XIX hasta

iiii) adhesiones necesarias para presentar una propuesta anticipada de convenio; si no opta por dichas actuaciones, también puede, en el mismo periodo preconcursal, solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss LC).

⁶⁵⁰ ROJO, Á., «El derecho preconcursal», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 12ª edición, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 589-590.

⁶⁵¹ Desde antiguo, la doctrina ya venía cuestionando la vigencia de la denominada *dualidad procedimental* predominante en el Derecho concursal anterior (actualmente derogado), en la que se preveía el concurso para el deudor no comerciante y la quiebra para el deudor comerciante; sobre la dualidad procedimental anterior, véase por todos, ILLESCAS ORTIZ, R., «Apuntes para un reforma del Derecho concursal español», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, enero-abril, 1977, pp. 6 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho procesal civil. Parte especial*, 2ª edición, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 198-199; del mismo autor en «Procesos concursales: el concurso de acreedores y la quiebra», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho procesal civil. Parte especial*, 2ª edición, ed. Colex, Madrid, 2000, p. 214; FERRÁNDIZ, J.R., «Presupuesto subjetivo», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), VV.AA, *Derecho concursal práctico: Comentarios a la Nueva Ley Concursal*, ed. La Ley-Iurgium editores, Madrid, 2004, p. 23; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 763; REVILLA GONZÁLEZ, J.A., «Líneas generales del procedimiento concursal. Breve descripción de su contenido», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AA.VV, *Derecho procesal concursal*, Tratado de Derecho Mercantil, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 127;

el primero de septiembre de 2004⁶⁵²—, apostando por un nuevo sistema concursal basado en la *unidad de sistema*⁶⁵³, entendiendo a ésta como el principio

⁶⁵² En el viejo Derecho concursal (actualmente derogado) vigente hasta el día 1 de septiembre de 2004 (fecha en la que entró en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal), se regulaba una pluralidad (o amalgama) de procedimientos para dar tratamiento a las diversas situaciones de: i) *iliquidez*: la quita y espera (arts. 1130 y ss. LEC de 1881) y suspensión de pagos (arts. 870 y 871 CCom y Ley de Suspensión de Pagos de 1922); ii) *insolvencia*: el concurso de acreedores (1319 y ss. LEC de 1881) y la quiebra (arts. 874 y ss. CCom.) para el deudor comerciante. Para un correcto —y general— entendimiento del «arcaico» y «caótico» panorama concursal vigente antes de la promulgación de la Ley 22/2003, 9 de julio, concursal, en el que se regulaba una dualidad *vid.* las obras de GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, tomo I, ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1951, pp. 645-708 (parte elaborada por HERCE); RIVES Y MARTÍ, F., *Concurso de acreedores y quiebras*, ed. Instituto editorial Reus, Madrid, tomos: I y II, 1954; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho concursal procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 21-141; ROJO, A., «Notas para la reforma de la legislación concursal», en *RdM*, 1975, pp. 509-532; *ibídem*, «Crisis de empresa y procedimientos concursales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1981; DE BROCA y MAJADA, *Práctica procesal civil*, ed. Bosch, Barcelona, tomo II, 1975; OLIVENCIA, M., «La suspensión de pagos y la quiebra en el código de comercio», en *Centenario del Código de Comercio*, tomo II, ed. Ministerio de Justicia, 1986, pp. 343-387; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, ed. J.M. Bosch editor, tomo II, Barcelona, 1992, pp. 1167-1190; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Aproximación al proceso de declaración de quiebra», en *RdM*, núm. 146, 1977, pp. 461-517, *ibídem*, *Derecho procesal civil. Parte especial*, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 213-214; *ibídem*, «la declaración judicial de concurso», en *RPJ*, núm. 18, extraordinario, 2004, pp. 11-24; *ibídem*, «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.) *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008; PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del Derecho concursal comparado y español: los nuevos institutos concursales y reorganizativos*, ed. Civitas, Madrid, 1994; de la misma autora véase, *El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español*, ed. Servicio de Publicaciones universidad de Almería, El Ejido, 2000, y «Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (Ley 22/2003 y LORC 8/2'3, de 9 de julio)», en *Diario La Ley*, núm. 6094, sección doctrina, 27 de septiembre, 2004, año XXV, ref. D-191, pp. 1-12; CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1995, pp. ; véase, también, del mismo autor su obra: *Proceso concursal*, ed. Thomsom Reuters-Aranzadi, Cizur menor, 2013, 3ª edición, pp. 19-22; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Lo "sumario" y lo "plenario" en los procesos...*, op. cit., p. 853 y ss.

⁶⁵³ La Exp., de Motivos, II, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, invoca una de las novedades más importantes de la nueva Ley (en aras a la deseada unidad del Derecho concursal), que la diferencia del disperso, caótico y arcaico sistema concursal anterior (del siglo XIX); se trata del importante *principio de unidad* (unidad legal, unidad de disciplina y, unidad de sistema). La justificación de la *unidad de sistema* o, mejor dicho, *la unidad de procedimiento* consiste en la regulación de un único —y común— procedimiento denominado: *concurso de acreedores*. «La Ley Concursal equipara unidad procedimental a unidad de sistema, pero esta equiparación no exacta, puesto que l unidad de sistema abarca también la unidad legal y la unidad de disciplina, y no solo a la unidad de procedimiento». En este sentido se pronuncia OLIVENCIA RUIZ, M., «Los principios de unidad de disciplina, subsistencia de la persona jurídica concursada, continuación de la actividad y conservación de la empresa en la Ley 22/2003» en *El concurso de sociedades en el Derecho Europeo, (una experiencia comparada)*, monografía, núm. 1, 2004, *RcP*, ed. La Ley, Madrid, 2004, pp. 11-27. *Sobre la unidad de procedimiento en general véase por todos, los trabajos de SENÉS MOTILLA, C., «La tramitación del procedimiento concursal», en RPJ, núm. especial XVIII, 2004, pp. 559-560; de la misma autora, véase también: «Concurso y proceso», en Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico, núm. 12, diciembre, 2012, p. 27; CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, op. cit., pp. 25 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «La*

de *unidad de procedimiento*⁶⁵⁴ que consiste en la regulación de un único —y común— procedimiento judicial (el concurso de acreedores) para dar

situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 5856, sección doctrina, 24 de septiembre de 2003, año XXIV, ref. D-209, p. 4; ibídem, en VV.AA, *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco de Derecho procesal, San Sebastián, 2004, pp. 16-17., el autor afirma que, con indudable acierto, en contraste con la vieja legislación, se compatibiliza la *unidad institucional o procesal* con el principio de *dualidad procedimental*, introduciendo una tramitación simplificada o abreviada, para los concursos de menor complejidad; CORTÉS DOMINGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», op. cit. p. 19; RIFÁ SOLER, J.M^a., *La declaración de concurso*, en QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES (dirs.), AA.VV, *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 50; GÓMEZ COLOMER, J.L., «El proceso concursal», en MONTERO AROCA, J./ BARONA VILAR, S./CALDERÓN CUADRADO, M.P./GÓMEZ COLOMER, J.L., (autores) *Derecho jurisdiccional II: proceso civil*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 867; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El proceso concursal», en GIMENO SENDRA(dir.), AA.VV, *Derecho procesal civil*, ed. Colex, Madrid, 2012, p. 625; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad», en *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, AA.VV, tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 371; donde el autor resalta que: «la propia unidad de sistema (unidad de procedimiento) se presenta como una muestra más de la unidad del Derecho concursal nuevo, al lado de la “unidad legislativa” y la “unidad de disciplina”»; OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, ed. Iustel, Madrid, 2005, Discurso leído el día 7 de noviembre de 2005 en el acto de su recepción pública como académico de número, por el EXCMO. SR. D. Manuel OLIVENCIA y contestación del Excmo. SR. D. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ; OTERO LASTRES, J.M^a., «Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley concursal», ROJO, Á., «La reforma del derecho concursal español», en ROJO (dir.), *La reforma de la Legislación concursal*, ed. Marcial Pons-Colegio de Registradores, Madrid, 2002, p. 93.

⁶⁵⁴ Con respecto a la *unidad de procedimiento* que predica la exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, y según lo que ya hemos citado en el pie de página anterior, existe algunos autores que sostienen que a pesar de la unidad institucional o procesal, sigue dándose, también, como ocurría en el viejo Derecho concursal, una *dualidad procedimental*; por lo tanto, dichos autores vienen a afirmar, que el Legislador del año 2003, no ha llevado el *principio de unidad de procedimiento* hasta sus últimas consecuencias, ya que permiten que el *principio de unidad institucional o procesal* se compatibilice con el *principio de dualidad procedimental* (concurso abreviado *versus* ordinario, en atención a la mayor o menor complejidad del concurso). Véanse los trabajos de VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «La situación caótica y “laberíntica”...», op. cit., p. 4; en la misma línea el profesor OTERO LASTRES, J.M^a., «Reflexiones sobre el principio...», op. cit., pp. 422-425; CORDÓN MORENO, F., «Aspectos procesales de la reforma concursal», en PULGAR (dir.) y AA.VV, *El concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 659. El profesor OLIVENCIA matizaba las opiniones de lo autores anteriormente referenciados, aduciendo que: «aunque es verdad que se relativiza el denominado *principio de procedimiento*, al existir un procedimiento abreviado regulado en el artículo 190 de la Ley Concursal, en este sentido no es que se haya creado dos tipos de concursos distintos, sino que se introduce dos tipos de tramitaciones procedimentales: «el derecho moderno tiende a la *unidad de procedimiento*, a la tramitación de las situaciones de insolvencia (actual o inminente) en un solo procedimiento (el concurso), flexible, ágil, adaptable a la diversas circunstancias que el estado patrimonial del deudor pueda revestir», véase su trabajo: *La terminología jurídica...*, op. cit., pp. 147 y 148. En este sentido, nos atreveríamos a decir, como ya hemos defendido en otro lugar, que realmente no se regulan dos procedimientos distintos en concurso de acreedores vigente (ordinario *versus* simplificado o abreviado), ni tampoco se da una *dualidad procedimental* como han defendido los profesores VÁZQUEZ SOTELO y OTERO LASTRES más arriba; con respecto a esta cuestión, el mal llamado procedimiento abreviado (*ex arts.* 190 y ss. LC) no es, en puridad, un procedimiento autónomo

tratamiento legal al estado de insolvencia (obviando otras soluciones alternativas a la declaración judicial de concurso); posteriormente, es cierto que, de forma voluntaria o, involuntaria (consciente o no, de lo que realmente venía a introducir), el legislador de la reforma concursal operada en el año 2009, con la promulgación del *Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución económica*, introdujo la «comunicación del inicio de negociaciones» (ex viejo art. 5.3 LC) que, a primera vista, y en virtud de una interpretación literal del precepto, parecía una medida dirigida a incentivar y reforzar el uso de la «infrautilizada⁶⁵⁵» propuesta anticipada de convenio (*rectius*: convenio anticipado⁶⁵⁶).

y distinto al ordinario que goce de sustantividad propia, sino que, más bien, se trata de la introducción de especialidades al procedimiento único general de concurso («ordinario»). Ni siquiera con los grandes cambios introducidos por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se puede decir que los artículos 190 y siguientes de la Ley Concursal alberguen un «verdadero» procedimiento abreviado; parece que la reducción de plazos a la mitad, y la reducción del número de administradores concursales, junto a las especialidades introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no son suficientes, a nuestro juicio, para dotar de sustantividad propia al denominado «procedimiento abreviado» (ex arts. 190 y ss. LC). En esta línea, véase nuestra comunicación publicada en las Memorias del III Congreso Internacional de Derecho procesal, celebrado en La Habana (Cuba), marzo de 2013: GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El nuevo “procedimiento abreviado concursal” en España, tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre», en MENDOZA DÍAZ (coord.) *El Derecho procesal en la encrucijada entre la modernidad y tradición*, ed. Sociedad Cubana de Derecho procesal-Unión Nacional de juristas de Cuba, La Habana, 2013, pp. 10-23; también es importante traer colación, sobre este tema las opiniones (que se alinean con nuestra tesis) de SENÉS MOTILLA, C., «El procedimiento abreviado en el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal», en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 633-634 y 639; y las de FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concurso y contratos con el sector público en el marco del Real Decreto-Ley 3/2009 y de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en *RcP*, núm. 11, 2009, p. 271.

⁶⁵⁵ GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio concursal», en *RcP*, núm. 15, sección ponencias, segundo semestre de 2011, pp. 1 y ss.

⁶⁵⁶ Entendemos que la terminología empleada por el legislador del año 2003 a la hora de denominar la propuesta anticipada de convenio (arts. 104 y ss. LC) no es del todo correcta; pienso, al igual que algunos autores, que se debería denominar propuesta de convenio anticipado, puesto que dicha propuesta inicial (presentada de forma anticipada) del convenio de deviene definitiva si se aprueba judicialmente en el seno del proceso concursal; sobre el *convenio anticipado* es importante tener en cuenta a ROJO, A., *El convenio anticipado*, ed. Thomsom-Civitas, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004; del mismo auto vid., ROJO, A., «La reforma del Derecho Concursal Español» en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 98-99; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y conste económico», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 335 y 336; Sobre la introducción, los beneficios, la incentivación y, todos los perjuicios que caracterizan al instituto de la «propuesta anticipada de convenio», vid., los trabajos de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma

A pesar de que el anterior incentivo pudiera ser uno de los objetivos buscados por el legislador a la hora de redactar el «deficiente» contenido del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), entendemos que dicho precepto iba más allá de una –mera– «comunicación para negociar las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio», pues, a nuestro parecer, tras su tenor literal vislumbraba el atisbo de un «peculiar» *procedimiento preconcursal* (autónomo e independiente), alternativo al propio proceso –jurisdiccional– de declaración de concurso, al que denominamos: «preconcurso». En este sentido y según nuestra opinión, el legislador de la reforma de 2009, sin ser consciente de lo que realmente pretendía, introdujo una suerte de procedimiento preconcursal, que pese a la parquedad –y a la deficiencia técnica– del tenor literal de la norma (ex viejo art. 5.3 LC), bloqueaba las solicitudes de concursos necesarios, y, en ocasiones, también servía para evitar o prevenir el concurso voluntario, puesto que, como es sabido, si el deudor en el plazo que concedía el artículo 5.3, conseguía remover su estado de insolvencia *actual*, no tenía el deber de pedir el concurso (arts. 2.2º y 3º LC). Por lo tanto, con la reforma del año 2009, se introducía, aunque con ciertas deficiencias, una estructura que –ya entonces– se podía identificar con una nueva «especie» de *procedimiento preconcursal* de corte *preventivo*, cuya operatividad bloqueaba las peticiones de concursos necesarios y, además, podría servir como efectivo instrumento para remover el estado de *insolvencia actual* del deudor evitando, por tanto, tener que solicitar la declaración judicial de concurso. El hecho de que nuestro legislador decidiera introducir el preconcurso en la reforma del año 2009, no es un cuestión baladí, puesto que el reconocimiento y la existencia de un procedimiento preconcursal (ex viejo art.

de la propuesta anticipada de convenio; apunte de un fracaso y su posible enmienda», en *RcP*, núm. 11, 2009, pp. 85 y ss.; GARCÍA-CRUCES, J. A., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal: una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 49-61; YACQUET YESTE, T., «Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio», en *RcP*, núm. 4, sección varia, primer semestre 2006, pp. 227 y ss.; *ibidem*, «La propuesta anticipada de convenio en las reformas de la Ley Concursal», en ARIAS VARONA (dir.), *Conservación de empresas en crisis: estudios jurídicos y económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013, monografía núm. 17, pp. 211 y ss.; ENCISO ALONSO-MUÑOMER, M., «Operatividad de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las soluciones negociadas de las crisis económicas», en *RcP*, núm. 8, 2008, pp. 455 y ss.

5.3 y actual 5 bis LC) alternativo al proceso concursal, hace que «quiebre» uno de los importantes *principios* sobre los que venía «pivotando» nuestra Ley Concursal desde el año de su entrada en vigor (2004), el denominado: principio de *unidad de sistema o de procedimiento*, que nos informaba de que el legislador concursal optó por idear un procedimiento único («el concurso de acreedores») para dar tratamiento al estado de insolvencia, abandonando la vieja *dualidad procedimental* existente en la vieja legislación en la que se diferenciaba entre concurso y quiebra, dependiendo de la condición de comerciante o no del deudor común⁶⁵⁷.

Según nuestra prudente opinión, parece que la tan invocada y aplaudida *unidad de procedimiento* predominante en la Ley Concursal ha quedado «desvirtuada» al instaurarse en 2009, el precurso (ex viejo artículo 5.3 actual 5 bis LC) como un nuevo procedimiento «preventivo» y alternativo al concurso, en el que los *deudores comunes* pueden optar por dicho procedimiento para dar un tratamiento *preventivo* a su estado de insolvencia. Por lo tanto, parece que, tras cinco años de rodaje de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, se volvió a la tan criticada *dualidad procedimental* predominante en el viejo –y derogado– Derecho de la insolvencia⁶⁵⁸, no tanto por hacer diferencia entre el régimen aplicable a los deudores comerciantes y a los no comerciantes, sino que, más bien, por la introducción de un nuevo procedimiento preventivo alternativo al concurso de acreedores (ex viejo art. 5.3., y actual art. 5 bis). Con la introducción del «precurso» efectivamente el *principio de unidad de sistema o de procedimiento* queda en entredicho, configurándose dos claras alternativas: i) un procedimiento (preconcurso) preventivo o de remoción de la insolvencia y, ii) un proceso jurisdiccional de declaración de concurso; por lo tanto nos

⁶⁵⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica de la declaración...», op. cit., p. 19.

⁶⁵⁸ En la vieja normativa de quiebras, anterior a la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, predominaba lo que se conocía como «dualidad procedimental» es decir la existencia de dos procedimientos dependiendo si el deudor era comerciante o no; como es sabido, existían el procedimiento preventivo de la quiebra: el procedimiento de suspensión de pagos (procedimientos para deudores comerciantes); y, también preventivos del concurso de acreedores: el procedimiento de quita y espera (procedimientos para deudores no comerciantes).

encontramos, como ya advertimos en el capítulo anterior, que nuestro sistema concursal actual, vuelve a copiar los esquemas de la vieja normativa de quiebras y suspensión de pagos, instaurando una dualidad procedimental en la propia la Ley Concursal.

Es cierto que durante los dos primeros años de vigencia del viejo artículo 5.3 de la ley Concursal, la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales entendían que la moratoria temporal que concedía dicha norma (2+3+1), se configuraba como una especie de fase *instrumental* (o preparatoria) cuya finalidad esencial era preparar el concurso, es decir, el «preconcurso» servía, para que el deudor buscara –de forma anticipada– las adhesiones suficientes que garantizaran la pronta aprobación de un convenio dentro del proceso concursal, que le permitiera salir en poco tiempo del mismo, logrando, con ello, asegurar la refinanciación y viabilidad de deudor⁶⁵⁹; con respecto a la interpretación anterior, hemos de decir que no estamos del todo de acuerdo, puesto que, incluso a sabiendas de las posibles críticas que podamos recibir, creemos que el legislador –sin saber cómo– vino a introducir una suerte de procedimiento *judicial*⁶⁶⁰ (preconcursal) «potencialmente» *preventivo* del concurso voluntario que, además, ya de por sí, bloqueaba *ipso iure* las solicitudes de concurso necesario.

A pesar de que el tenor literal del viejo artículo 5.3 era claro a la hora de establecer que solo sirve para buscar adhesiones a una propuesta anticipada de

⁶⁵⁹ DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, en *ADco*, n.º 21, 2010, p. 173; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», *op. cit.*, pp. 175 y 181. En el trabajo del profesor CORTÉS, ya se empezaban a vislumbrar algunas de las bases a tener en cuenta a la hora de dar carta de naturaleza al procedimiento preconcursal de «preconcurso» (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC).

⁶⁶⁰ Defendemos en el presente trabajo que el preconcurso es un *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria* porque aunque se tramita en un periodo preconcursal anterior o previo a esa «posible» declaración judicial de concurso, su naturaleza jurídica descansa sobre los «cimientos» de la jurisdicción voluntaria judicial, es decir, el preconcurso se incoaba ante el juez de lo mercantil competente (viejo art. 5.3) y, ante el Letrado de la Administración de Justicia (ex art. 5 bis), pero ninguno ejercía la potestad jurisdiccional (ex art. 117.3)

convenio⁶⁶¹, hay que apuntar, como ya algunos⁶⁶² han sugerido, que el viejo artículo 5.3 debía interpretarse (al igual que lo hizo la reforma operada en 2011⁶⁶³) de forma sistemática ⁶⁶⁴, en íntima relación con la Disposición adicional cuarta de la propia Ley Concursal, puesto que entendemos que, al instarse el precurso (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC), la protección debía dispensarse tanto a: i) las negociaciones para la búsqueda de adhesiones a un propuesta anticipada de convenio, como ii) las posibles negociaciones llevadas a cabo – paralelamente – (a la búsqueda de adhesiones suficientes para una propuesta anticipada de convenio) en busca de acuerdo de refinanciación con sus acreedores «estratégicos» en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (1255 CC); por lo tanto, si un deudor común hubiera instado el precurso (ex viejo art. 5.3 LC), en busca de la *moratoria temporal* otorgada por la norma (2+3+1) para proteger la negociación de la búsqueda de adhesiones a un propuesta anticipada de convenio, de forma «refleja», también quedaría protegido el acuerdo de refinanciación llevado a cabo en paralelo – a la anterior negociación y búsqueda de adhesiones – con sus acreedores estratégicos (ex art. 1255 CC)⁶⁶⁵.

Este procedimiento preconcursal regulado en el viejo art. 5.3, y en el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal, al que nosotros denominamos – con todo rigor – «precurso», junto a los acuerdos de refinanciación regulados en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal y en el artículo 71 de la Ley,

⁶⁶¹ AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 17.

⁶⁶² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., pp. 173-174.

⁶⁶³ Véase en este sentido el alcance literal del contenido del artículo 5 bis introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, que vino a derogar el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal.

⁶⁶⁴ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, parte general, tomo I, ed. Casa Martín, Valladolid, 1942, pp. 395-396; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., pp. 173-174.

⁶⁶⁵ Con total acierto, así parecía entenderlo PULGAR EZQUERRA, J., «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC», en *RcP*, núm. 11, 2009, pp. 45-59; también véase, de la misma autora, su trabajo *Preconcursalidad y...*, op. cit., pp. 374 y 375, concretamente la nota al pie de página núm. 343.

fueron, en su día⁶⁶⁶, el primer paso de la incorporación de los denominados instrumentos «preconcursoales» a nuestro Ordenamiento jurídico concursal⁶⁶⁷. Es por ello, por lo que, a continuación, nos adentraremos en un análisis más detallado y minucioso de la palabra que venimos utilizando para denominar a dicho procedimiento preconcursal, para delimitar, en la manera de los posible, su significado y su alcance.

⁶⁶⁶ Desde la promulgación del *Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*.

⁶⁶⁷ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho preconcursal», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), *Lecciones de Derecho concursal*, volumen II, duodécima edición, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 588.

Capítulo 2º: Cuestiones terminológicas «precurso»

1. Delimitación ortográfica

Desde un punto de vista ortográfico, creemos oportuno analizar cómo se debe escribir y presentar –correctamente– la palabra «precurso». Según se puede observar, la palabra «precurso» se compone del prefijo «pre-» y, de la base *univerbal* (formada por una palabra) «-curso»; según las normas de ortografía de la *Real Academia Española*⁶⁶⁸, los prefijos son elementos carentes de autonomía que se anteponen a la base léxica (palabra o expresión pluriverbal) a la que aportan diversos significados.

La norma general para una correcta escritura de expresiones o palabras con prefijo es la escritura unitaria (ambos unidos), que consiste en soldar el prefijo a la base léxica a la que afectan, cuando ésta es *univerbal* (formada por una sola palabra), *verbi gratia*: «preliminar», «precontrato», «precurso». Además, después del tiempo en que se lleva usando dicha expresión (no se trata ya de una palabra tan novedosa como lo fue en el año 2009 –año en el que se empezó a utilizarse por la doctrina–), entendemos que ésta sería la forma correcta de escribir la palabra: «precurso», soldando el prefijo «pre-» a la palabra «curso»⁶⁶⁹, es decir, como ya hemos adelantado, de forma unitaria «precurso».

A pesar de la anterior regla general, es posible admitir –como excepción a la regla general– el uso del guion intermedio para *delimitar* en una palabra la frontera entre el *prefijo* y su *base*, por ser ésta indispensable para la correcta comprensión de un derivado ocasional de sentido peculiar (y/o novedoso), con el fin de evitar confusiones con términos ya asentados y reconocidos⁶⁷⁰; por

⁶⁶⁸ Vid., la *Ortografía básica de la lengua española* (Real Academia Española), ed. Espasa Libros, S.L.U., Barcelona, 2012, pp. 137-138.

⁶⁶⁹ Véase la *Ortografía básica de la lengua española...*, op. cit., p. 138.

⁶⁷⁰ Vid. *Ortografía básica de la lengua española...*, op. cit., p. 138. El uso del guión (medio) para delimitar palabras ocasionales de sentido peculiar «suele aparecer en textos teóricos en los que se requiere en los que se requiere una extremada precisión conceptual o en aquellos que priman la creatividad sobre otras consideraciones, como por ejemplo, las palabras: pre-textos, re-presentación, o, pre-presentación». Dicha regla podría aplicarse a la palabra «pre-curso» en sus primeros meses de rodaje, es decir, en los primeros años en los que se empezó a utilizar

todo ello, la palabra: «preconcurso» en sus primeros años de rodaje – cuando la doctrina comenzaba a introducirla en la literatura jurídica especializada – (2009/2010), podía escribirse o presentarse (de forma escrita) con el guion intermedio (*verbi gratia*: «pre-concurso»⁶⁷¹), ya que, en aquellos primeros años, estábamos introduciendo una *nueva* palabra – por supuesto, novedosa – que debía ser diferenciada de la palabra que ya estaba consolidada y reconocida dentro nuestro *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, como era el caso de la palabra: «concurso»⁶⁷².

En conclusión, después de los primeros años de rodaje de la «comunicación del inicio de negociaciones» (*ex* viejo art. 5.3 y vigente artículo 5 bis LC) y, una vez asentada (y/o reconocida) la palabra o expresión «preconcurso» – actualmente ya no tan novedosa como en el año 2009 –, entendemos que – siguiendo las normas ortográficas de la *Real Academia Española* (RAE)⁶⁷³ –, la forma correcta de escribir dicha palabra sería presentándola de forma *unitaria*, es decir, *soldando* el prefijo «pre-» a la base «concurso», ya que ésta es la regla general que se aplica a la escritura de palabras o expresiones con prefijo cuya base (univerbal) esté formada por una sola palabra⁶⁷⁴.

por la doctrina para denominar a la conocida *comunicación del inicio de comunicaciones* (*ex* viejo art. 5.3 y vigente art. 5 bis LC).

⁶⁷¹ Así lo hemos escrito y presentado en otros trabajos anteriores, *vid.* por todos en GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del “pre-concurso” en la reforma de la Ley Concursal», en *Diario económico Expansión*, sección doctrina, 10 de enero de 2011, p. 31.

⁶⁷² Según el *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española* (DRAE), 23ª edición (Edición del Tricentenario), ed. Espasa, Libros, S.L.U., Barcelona, primera tirada, octubre de 2014, la palabra «concurso» ya estaba asentada en la lengua española y está recogida en el mismo, con diversas voces, entre las que se encuentra: «concurso de acreedores», cuyo antiguo significado literal es: «Juicio universal para aplicar los haberes de un deudor no comerciante al pago de sus acreedores». Dicho significado no ha sido actualizado en la vigesimotercera edición del DRAE, puesto que la anterior definición correspondía, sin lugar a duda, al viejo proceso jurisdiccional de *declaración judicial de concurso* que se aplicaba a los deudores no comerciantes.

⁶⁷³ Vid. *Ortografía Básica de la Lengua española*, ed. Espasa Libros, S.L.U., Barcelona, 2012, pp. 137-138.

⁶⁷⁴ Vid., detenidamente la *Ortografía Básica de la Lengua española...*, *op. cit.*, pp. 137-138, «Cuando se trata de una expresión o palabra con prefijo, cuya base léxica esté formada por una sola palabra (base univerbal), su correcta escritura sería soldando el prefijo a la base léxica

2. Delimitación etimológica y semántica

Como ya hemos indicado en el apartado –inmediatamente– anterior, la palabra «preconcurso» está formada por el prefijo «pre-» que, desde un punto de vista etimológico, proviene del latín, «*prae-*», que significa: *anterioridad local o temporal, prioridad o encarecimiento* y, la palabra: «-concurso», que procede del latín *conkursus*, que se deriva de *concurrere*⁶⁷⁵, que viene a significar, de forma general, *concurrir*; también, entre otras voces, está la de: «concurso de acreedores», cuyo significado es: *el juicio universal para aplicar los haberes de un deudor no comerciante al pago de los acreedores*⁶⁷⁶. Este concepto no está actualizado en la última edición consultada del Diccionario de la Lengua española (DRAE⁶⁷⁷), puesto que, más bien, se está refiriendo al proceso de declaración judicial de concurso regulado en los viejos artículos 1156 y siguientes de la LEC de 1881 (actualmente derogados), destinado a dar tratamiento al estado de insolvencia de los deudores *no comerciantes*.

A pesar de los efectos «negativos» que pudiera volver a generar el «reutilizar» el nombre: «concurso de acreedores» en la práctica forense moderna⁶⁷⁸, el Legislador del año 2003 quiso rescatar dicha denominación para dar nombre al nuevo y único procedimiento de *declaración judicial de concurso* ingeniado, que sirviera para dar tratamiento al estado de insolvencia del

(formada por unas sola palabra), siendo incorrecto escribir dichas expresiones o palabras con guión intermedio o, separado»; por lo tanto, en nuestro caso, no sería correcto escribir: «preconcurso» o «pre concurso».

⁶⁷⁵ Vid., la *Enciclopedia Universal Ilustrada*, ed. Espasa-Calpe, S.A., Europeo Americana, tomo XIV, Madrid, 1988, p. 1013.

⁶⁷⁶ Cfr. LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, ed. J.M^a. Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 47, y toda la doctrina citada por dicho autor en la notas a pie de página número: 54, 55, 56.

⁶⁷⁷ Hemos consultado la 23^a edición del *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, ed. Espasa Libros, S.L.U, edición del tricentenario, segunda tirada, Barcelona, octubre 2014, p. 596; también, puede verse el concepto etimológico de «concurso de acreedores» en la *Enciclopedia universal ilustrada...*, op. cit., p. 1019.

⁶⁷⁸ Véase en ROJO, FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La reforma del derecho concursal...», op. cit., pp. 104-105., el autor apunta los efectos estigmatizadores que podría provocar

deudor común, aunque como afirma el profesor OLIVENCIA el «concurso» no es solo un proceso, es también la «situación» de concurso del deudor común, que se convierte en concursado⁶⁷⁹, pero que, para alcanzar tal condición, dicho deudor debe ser declarado judicialmente en concurso por un juez de lo mercantil competente, puesto que no se puede llegar a tal situación (de concurso) por la exclusiva voluntad de quien lo promueve, sino que es precisa la previa constatación del estado de insolvencia por parte del juez competente para la declaración judicial del concurso⁶⁸⁰.

En relación a lo anterior, los efectos jurídicos que se crean como consecuencia de la declaración judicial de concurso no es posible alcanzarlos fuera del proceso concursal, por ello para poder hablar de la situación jurídica de concurso es necesaria –o imprescindible– la declaración judicial para poder hablar de la situación jurídica de concurso.

El mantenimiento de la palabra «concurso» en nuestra Ley Concursal del año 2003, podría venir justificado por la conveniencia de designar y establecer un *procedimiento único* que acabase con la ya apuntada *dualidad procedimental* existente hasta la fecha; por otro lado, es de justicia apuntar que el uso y el mantenimiento de la expresión: «concurso» en nuestra Ley Concursal, se debe, en gran parte, a las fuertes influencias de los Tratados del salamantino AMADOR RODRÍGUEZ, (edición de 1616⁶⁸¹) y, del gallego FRANCISCO

⁶⁷⁹ OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica en la reforma concursal*, ed.

⁶⁸⁰ DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad...», op. cit., p. 164; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Aproximación al proceso de declaración...», op. cit., p. 461.

⁶⁸¹ Vid., la obra completa de dicho autor procesalista en RODRÍGUEZ, A., *Tractatu de Concursu et privilegiis Creditorum in Bonis Debitorum, et de prelationibus eorum, atque de ordine et gradu. Quo solutio fieri debet, cum debitor non est, et bona eius publicè venduntur*, Madrid, 1616, a quien primero se le debe reconocer el mérito de que la institución sea conocida como «concurso de acredores». Este profesor de la Universidad de Salamanca, de condición procesalista, publicó en Madrid en el año 1613, un *Tractatus de excutione sententiae, et eorum, quae paratam habent excutionem, in quo de modo, et forma procedendi et examinandi processum in causis executiuis agitur*, y, *El Tratatus de concursu* lo presenta el autor como el último libro del *Tractatu de excutione*, vid. las notas sobre dicho autor que hacen VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal (1)», en *Diario La Ley*, núm. 5856, sección doctrina, 24 de septiembre de 2003, año XXIV, ref. D- 209, pp. 3-11; OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica...*, op. cit., pp. 52-54; o, también, el trabajo de GARRIDO, J.M^a., *Tratado de las preferencias del crédito*, ed. Civitas-Thomson, Madrid, 2000, pp.

SALGAZO DE SOMOZA (edición de 1651⁶⁸²), cuyas obras consiguieron introducirse y calar hondo en el ámbito del *Derecho procesal europeo*, al describir y analizar el denominado procedimiento de concurrencia *ad litem* de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común⁶⁸³, haciendo verdadero hincapié en el aspecto procesal o judicial del concurso –como ya subrayara SALGADO DE SOMOZA con la expresión *ad litem*–, puesto que, no es posible hablar de la situación jurídica de «concurso» si no existe un juez que lo declare judicialmente⁶⁸⁴; por lo tanto, en definitiva, el legislador del año 2003, al optar por el sustantivo «concurso» para denominar a la institución, reconoció e hizo

234 y ss., en el que dicho autor también cita –con todo rigor– la obra de Amador RODRÍGUEZ.

⁶⁸² Véase la importante obra de SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem inter illos causatam*, ed. París, 1651, con la que el autor introduciendo e impusiendo en toda Europa el uso de la palabra: «concurso», así, también lo apuntaba PRIETO CASTRO, L., «Naturaleza jurídica del concurso y de la quiebra», en *RdP*, núm. 4, octubre-diciembre, año I, 1945, p. 531, y toda la doctrina allí citada; por otro lado, según apuntan LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza del convenio...*, op. cit., p. 47; y VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «La situación caótica y “laberíntica”...», op. cit., p. 9., –ambos autores parafraseando la afirmación del mercantilista Joaquín RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ–, la edición del año 1646 de la magna obra de SALGADO DE SOMOZA, parecía ser gratuita, ya que ningún autor contemporáneo a dicha obra o inmediatamente posterior la referencia en sus trabajos. También, en el mismo sentido, *cfr.*, la obra de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *Curso de Derecho mercantil*, II, ed., revisada por RODRÍGUEZ DEL CASTILLO, MÉXICO, 1952, p. 291, donde dicho autor mencionaba que la edición de 1646, no fue citada en la edición de Lyon, Amberes, y Francfort; OLIVENCIA RUIZ, M., «Reforma concursal española y doctrina jurídica», en *RcP*, núm. 1, 2004, pp. 19 y ss., en la que dicho autor rectifica la fecha de la obra del gallego SALGADO DE SOMOZA, es decir, tiene como primera edición la de Lyon de 1651, en lugar de la que utilizó a la hora de redactar el prologo a la 2ª edición de la obra de RAMÍREZ, J.A., *La quiebra*, Barcelona, 1998, p. XIII, en la que OLIVENCIA referenciaba como primera obra, la edición de 1646, que como hemos dicho un poco más arriba, era gratuita y no era referenciada por muchos autores (quizá por escasez de ejemplares publicados) o, como en la exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en la que se cita la edición de 1646 (Valladolid), como la primera publicada, quizá siguiendo lo que sostenía ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., que sostenía que la primera edición fue la de 1646 de Valladolid, *vid.*, dicha referencia en VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «La situación caótica y “laberíntica”...», op. cit., pp. 8 y 9.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., también cita la importante obra de SALGADO DE SOMOZA, pero no la publicada en París, sino, la de la edición de 1651 de Lyon, *vid.*, «La naturaleza de la declaración...», op. cit., p. 30.; otros autores citan la famosa obra de SALGADO DE SOMOZA, haciendo referencia a la editada en Valladolid en 1646 (poniendo en duda la fecha y el lugar de la dicha edición) y, la edición de París de 1651, *vid.*, en MONTÓN REDONDO, A., y MONTÓN GARCÍA, M., *El nuevo proceso concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 15.

⁶⁸³ Vid., la E., de M., apartado II, de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

⁶⁸⁴ Vid, a VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «La situación caótica y laberíntica...», op. cit., pp.

3-4.

gala de la fuerte influencia doctrinal que del Tratadista gallego ha supuesto para nuestro vigente Derecho concursal⁶⁸⁵.

3. Delimitación y alcance conceptual

Para un correcto entendimiento del objeto de nuestro trabajo de investigación, creemos que es preciso precisar, con exactitud, un «verdadero» concepto de la palabra «preconcurso», para intentar definir con precisión qué es lo que entendemos por tal expresión. Nuestra intención en el presente trabajo de investigación, no era, sin más, utilizar la expresión «preconcurso», para identificarla con el derogado artículo 5.3 o, el vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal, sin aportar argumento alguno que justifique dicho uso, sino que, más bien, nuestra idea busca consolidar la estructura (que vislumbra) del procedimiento preconcursal (al que denominamos «preconcurso») instaurado por el –derogado– artículo 5.3, y –con mayor precisión– en el actual 5 bis de la Ley, para que se convierta en el instrumento (*rectius*: procedimiento) idóneo para prevenir tanto el concurso necesario como el concurso voluntario.

Como ya hemos adelantado en apartados anteriores, cuando nos referimos al «preconcurso», nos referimos al procedimiento preconcursal albergado en el tenor literal del derogado artículo 5.3 y, en el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal; la *comunicación preconcursal* (del inicio de negociaciones) que insta el deudor, en la que se comunica al Juzgado competente *el inicio de negociaciones previas y sus efectos* (ex viejo art. 5.3 LC y actual 5 bis LC), pone en marcha el procedimiento judicial de «preconcurso», que se tramita en el plazo (o moratoria temporal) que otorga el propio artículo 5 bis de la Ley Concursal, es decir, cuando se insta el «preconcurso» la norma concede al deudor un plazo de hasta seis meses (2+3+1) para que el deudor opte por negociar, de forma tranquila y sin la presión que pudiera provocar una solicitud de concurso necesario (art. 15. LC), cualquiera de las diversas actuaciones preconcursales que prevé el nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, op. cit., p. 3.

Al instar la solicitud de precurso (ex viejo art. 5.3 y actual art. 5 bis LC) deudor «común negociará sin la presión que, en muchas ocasiones, provoca el «inexcusable» y mal concebido *deber de solicitud de concurso* (art. 5 LC)⁶⁸⁶, ya que, una vez instada la solicitud de «precurso», el deudor se *beneficia* de una suerte de aplazamiento temporal del deber de solicitud del concurso (art. 5.1), es decir, dicho deber se prorroga (efecto dilatorio) hasta el mes siguiente hábil, una vez han transcurrido tres meses desde la misma presentación de la comunicación de negociaciones (art. 5 bis 5 LC).

A pesar de la aproximación anterior, también es conveniente entrar a delimitar cuáles son las *actuaciones precursoales* (para negociar) por las que puede optar el deudor dentro del plazo que otorga el «precurso» (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC) y, la verdadera finalidad y operatividad del mismo. En este sentido, y como ya hemos analizado en apartados anteriores, el prefijo «pre-» *soldado* a la palabra «-concurso», significaría: *anterioridad local o temporal, prioridad o encarecimiento*⁶⁸⁷, por lo tanto, al escribir ambos de forma (unida) unitaria, *verbi gratia*: «precurso», dicha expresión no sólo comprendería el periodo o estadio de tiempo que pudiera preceder (previo) a la declaración judicial de concurso (en el que el deudor estuviera en situación insolvencia actual o inminente), sino que, también comprendería el estadio temporal anterior en el que el deudor con dificultades económicas (*rectius*: en estado de insolvencia o preinsolvencia), que no ha sido declarado todavía en concurso, busque evitar el mismo, mediante las diversas *actuaciones precursoales* que prevé el artículo 5 bis LC⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Sobre el importante deber de solicitar el concurso del artículo 5 de la Ley Concursal, véase a MORILLAS, M^a.J., «Deber de solicitar la declaración de concurso», (art. 5), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, ed. Thomson-Civitas, Madrid, pp. 229-241; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El deber del deudor de iniciar el concurso», en MORLES-DE VALERA (coords.), *Comentario al Código de Comercio Venezolano*, ISBN 980-6396-22-7, Caracas, 2004, pp. 2035-2067.

⁶⁸⁷ Según el *Diccionario de la Lengua española de la Real Academia Española*, 23^a edición, (edición del tricentenario), ed. Espasa libros, S.L.U., Barcelona, segunda tirada, octubre 2014, p. 1768, El prefijo: «pre-» (Del Latín prae-), indica anterioridad local o temporal, prioridad o encarecimiento. *Prefijar, prehistoria, prepósito, preclaro*.

⁶⁸⁸ OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso y precurso», op. cit., p. 12

A continuación, proponemos, el siguiente concepto que, a nuestro juicio, es el concepto idóneo por el que nos debemos regir para entender el verdadero significado de la palabra «preconcurso» a la hora de definir al procedimiento regulado en el viejo artículo 5.3 y, actual artículo 5 bis de la Ley Concursal:

«La comunicación del inicio de negociaciones a la que nosotros denominamos concurso (ex viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis LC), es un genuino procedimiento judicial alternativo al concurso de acreedores, de carácter concursal, y de corte preventivo, cuya naturaleza jurídica descansa en los cimientos de la denominada jurisdicción voluntaria».

Decimos que el concurso es un genuino *procedimiento*, porque el procedimiento que se pone en marcha cuando el deudor comunica el inicio de negociaciones (ex viejo art. 5.3 y, actual art. 5 bis LC), en ningún caso es un proceso jurisdiccional, el Órgano jurisdiccional al que se dirige la solicitud de concurso, no ejerce función jurisdicción alguna, simplemente interviene como receptor de la solicitud de concurso (garantía), por eso afirmamos que nos encontramos ante un *procedimiento judicial* –por la mera intervención del órgano jurisdiccional⁶⁸⁹–. Asimismo, decimos que es *alternativo* al proceso concursal, porque el mismo se regula en el viejo artículo 5.3 (hoy derogado), y en el actual art. 5 bis de la Ley Concursal, ofreciendo la posibilidad al deudor común de instar el concurso –el lugar de solicitar la declaración de concurso– para dar tratamiento a su situación de insolvencia o, incluso de preinsolvencia, a través de este procedimiento concursal (*extra muros concurso*) de jurisdicción voluntaria.

⁶⁸⁹ Con la antigua regulación, en el artículo 5.3 de la Ley Concursal, no se decía expresamente quien era el competente para conocer de la solicitud de concurso, pero si acudimos al artículo 10 de la Ley Concursal, nos queda claro que *será competente para conocer del concurso, el juzgado que fuera competente para conocer de la posterior declaración de concurso*. Con la introducción del artículo 5 bis de la Ley Concursal, operado por la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, se derogó el artículo parece que el competente para conocer de la solicitud del concurso (ex art. 5 bis LC), es el Secretario judicial del juzgado de lo mercantil en el que por turno de reparto caiga la solicitud de concurso; por lo menos así se puede llegar a interpretar del tenor literal del apartado 3º del artículo 5 bis: «El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor».

Por otro lado, afirmamos que es un *procedimiento preconcursal*, puesto que se sustancia fuera del concurso (*extra muros* concurso), en un periodo de tiempo anterior o previo a la declaración judicial de concurso, al que también denominamos periodo *preconcursal*. Según el profesor OLIVENCIA⁶⁹⁰, este periodo preconcursal que se configuró con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, se caracterizaba por la inexistencia de instituciones preconcursales para evitar o mitigar un sucesivo concurso y, además, se identificaba con el periodo sospechoso⁶⁹¹ «*proximus tempus decoctionis*», en el que afloraban los hechos «presuntos» reveladores de la insolvencia que habían de servir de base a la solicitud de concurso necesario (art. 2.4 LC), o en que cuenta el plazo para cumplir el deber del deudor de solicitar el concurso voluntario (art. 5.2 LC)⁶⁹².

Asimismo, en ese tiempo preconcursal, se encuadra el periodo de dos años anteriores a la declaración judicial de concurso (periodo sospechoso⁶⁹³), en el que los actos realizados durante él, que resulten perjudiciales para la masa, serán perfectamente rescindibles en el concurso de acreedores posterior. Finalmente, como bien apunta el anterior autor este periodo preconcursal de los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso es relevante a los efectos de la calificación del concurso (art. 164 LC)⁶⁹⁴.

En lo que respecta a su finalidad, decimos que es un procedimiento de corte *preventivo*⁶⁹⁵, porque dicho procedimiento crea (concede) un espacio

⁶⁹⁰ OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso y precurso», en *RcP*, núm. 22, 2015, p. 12.

⁶⁹¹ LEÓN, F., «Acciones de reintegración», (art. 71), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1306.

⁶⁹² Vid., OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso...», op. cit., p. 12.

⁶⁹³ Vid., LEÓN F., «Acciones de reintegración...», op. cit., p. 1306.

⁶⁹⁴ Cfr. OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso...», op. cit., p. 12.

⁶⁹⁵ Al igual que los viejos y derogados procedimientos de quita y espera y, el de suspensión de pagos, el precurso (ex art. 5.3 y el art. 5 bis LC), es un procedimiento preventivo, cuya naturaleza jurídica descansa sobre los postulados de la jurisdicción voluntaria, por lo tanto, los viejos procedimientos judiciales (de quita y espera y, de suspensión de pagos) compartían con el procedimiento de precurso (ex viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis LC), tanto la finalidad (los tres procedimientos tenían un eminente finalidad preventiva) como la naturaleza jurídica, puesto que los tres eran y son procedimientos judiciales de jurisdicción

temporal de seis meses (2+3+1) para que el deudor que haya optado por dar tratamiento a su estado de insolvencia a través del precurso (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC) –en lugar de acudir directamente al proceso concursal–, pueda optar por realizar cualquiera de las *actuaciones preconcursales*⁶⁹⁶ tasadas en el art. 5 bis, tendentes a remover o prevenir su estado de insolvencia y, por ende, a evitar la solicitud de concurso voluntario una vez tramitado el precurso. Junto a lo anterior, no podemos dejar de tener en cuenta que desde que se tiene por presentado el precurso se bloquean *ipso iure* las solicitudes de concurso necesarias instadas por los acreedores (art. 15.3 LC).

La solicitud de precurso (ex art. 5.3, y actual 5 bis LC) pone en marcha el procedimiento, con la comunicación instada del deudor (art. 5 bis), en la que comunica al juzgado competente que ha iniciado firmes negociaciones para buscar: i) un acuerdo extrajudicial de pagos; ii) la negociación y suscripción de un acuerdo de refinanciación ordinario de carácter colectivo; iii) un acuerdo de refinanciación homologado; iiiii) las adhesiones suficientes que sustenten a una propuesta anticipada de convenio, con la finalidad esencial de evitar la declaración judicial de concurso (voluntario o necesario)⁶⁹⁷.

En conclusión, parece que el «precurso» (ex viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis LC) desde su nacimiento en el año 2009, se ha ido configurando (evolucionando) como una «efectiva» *alternativa* al proceso concursal; es decir, se ha convertido en un genuino procedimiento preventivo (preconcursal) que

voluntaria. Para conocer la verdadera esencia de los que se denominan procedimientos judiciales preventivos por excelencia, es imprescindible consultar la obra de HERCE QUEMADA, V., *Procedimientos preventivos del proceso (II)*», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (autores), *Derecho procesal civil*, vol. II, 8ª edición, ed. Artes graficas y ediciones, S.A. , Madrid, 1979, pp. 188-210.

⁶⁹⁶ Cuando nos referimos a *los actos o actuaciones preconcursales* (ex art. 5 bis LC) nos referimos a los actos que debe realizar el deudor acogido al precurso si quiere evitar la declaración judicial de concurso son: i) La búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; ii) Alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos; iii) alcanzar un acuerdo de refinanciación ordinario de carácter colectivo; iiiii) Alcanzar un acuerdo de refinanciación homologado. Por tanto, quedan fuera de la protección de precurso los acuerdos de refinanciación ordinarios no colectivos o singulares (ex art. 71 bis. 2 LC)

⁶⁹⁷ Como ya hemos apuntado, quedan fuera de los actos y actuaciones protegidas por el precurso (ex art. 5 bis LC), los acuerdos de refinanciación ordinarios no colectivos o singulares (art. 71 bis 2 LC).

sirve al deudor – a través de las distintas actuaciones preconcursales tasadas en el artículo 5 bis – para prevenir y/o evitar el concurso, removiendo o, evitando entrar en estado de insolvencia; con el precurso (ex viejo art. 5.3, actual artículo 5 bis) por fin hemos conseguido dotar a nuestro sistema concursal de un procedimiento judicial preventivo de concurso (procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria).

4. La preinsolvencia en relación con el procedimiento judicial de «precurso» (ex art. 5 bis): el verdadero ámbito «preconcursal»

Tanto la palabra «preconcursal» como la palabra «preinsolvencia» han sido expresiones muy utilizadas por la doctrina científica⁶⁹⁸ – con mayor fuerza desde la aprobación del *Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal* – a la hora de referirse y dar tratamiento a las nuevas situaciones o, estados preconcursales y de preinsolvencia, en las cuales, los deudores buscan detectar, prevenir⁶⁹⁹ o, remover

⁶⁹⁸ Vid., por todos, los trabajos de PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma el derecho concursal comparado y español*, ed. Civitas, Madrid, 1994; *Ibidem*, *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, pp. 249 y ss.; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El Derecho concursal» en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.) *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, 2ª edición, Cizur Menor, 2007, pp. 896-897, donde los autores explican y definen lo que debe entenderse por Derecho preconcursal; *ibidem*, en un trabajo más actual de los autores, ya se introduce un capítulo autónomo e independiente sobre el Derecho preconcursal, vid., en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, duodécima edición, ed. Civitas, Madrid, 2014, pp. 587 y ss.

⁶⁹⁹ Con el Derecho de la insolvencia anterior a la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, la prevención del estado de insolvencia mediante los procedimientos de suspensión de pagos no fue muy alentadora, debido al uso indebido y tardío que se venía haciendo de dicho procedimiento de suspensión de pagos como mecanismo preventivo de la quiebra. Por otro lado, es cierto que en los primeros años de rodaje de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, a pesar de haberse introducido y reconocido el estado de insolvencia inminente y de estar reguladas algunas soluciones extraconcursales o preconcursales de forma aislada en todo el cuerpo de la Ley, parecía que no existiera un verdadero y efectivo sistema de prevención de la insolvencia como tal, o lo que existía no era –suficientemente– efectivo, es decir, que las lagunas, la falta de sistemática y coordinación y la deficiente aplicación práctica de las eventuales soluciones extraconcursales o preconcursales venían provocando un situación de incertidumbre desembocando en el determinante incumplimiento la función preventiva, quedando la misma en una mera declaración formal de principios o buenos propósitos y confinada poco menos que a la categoría de mito. Vid., en este mismo sentido el trabajo de Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, tomo II, sexta edición, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 950., donde el profesor Díez-Picazo apuntaba que, con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, no resultaba posible hablar de situaciones preconcursales en sentido estricto, salvando la posibilidad de la presentación de propuesta anticipada de convenio (art. 100 LC); RUBIO VICENTE, P.J., «Prevención de la

el estado de insolvencia por el que atraviesan que, normalmente, aflora en un estadio temporal *extra* muros concurso, es decir, en un momento anterior a la situación del concurso (judicialmente declarado). Por tanto, no es nada descabellado afirmar que, la palabra «preconcurzal», esté en plena relación con la *prevención de la insolvencia*, puesto que, entendemos firmemente que dicha prevención es la «finalidad» esencial del Derecho preconcurzal⁷⁰⁰, o al menos esa es la aspiración que se desprende del moderno Derecho preconcurzal⁷⁰¹.

En nuestra opinión, debemos dejar patente que lo «preconcurzal» es todo aquello que ocurre fuera del proceso de declaración judicial del concurso que busca evitar el mismo. Es cierto que se pueden denominar preconcurzales los hechos o situaciones patrimoniales por las que pueda atravesar un deudor común durante un periodo también denominado preconcurzal (el estado de insolvencia o de preinsolvencia). Por otro lado, también podemos denominar preconcurzales a los procedimientos o instituciones preventivas (*rectius*: preconcurzales) que se regulan para ser utilizados en un periodo preconcurzal con el objeto de intentar *prevenir* o *remover* el estado de insolvencia.

insolvencia y propuestas de reforma», en *RcP*, núm. 4, 2006, pp. 191 y 192; también el trabajo de ZABALETA DÍAZ, M., «El derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», en *ADco*, núm. 30, 2013, p. 200. Donde la autora ya ponía de manifiesto que en la redacción originaria de la Ley Concursal se desconocía cualquier tipo de instituto preconcurzal, con la salvedad de la propuesta anticipada de convenio, que aunque se integra en el proceso concursal, se gesta en una fase previa al mismo; en el mismo sentido vid., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Una lectura preconcurzal del régimen jurídico de lo acuerdos de refinanciación. El expediente registral preconcurzal», en *ADco*, núm. 21, 2010-3, p.11, y toda la doctrina allí citada.

⁷⁰⁰ Cfr. PULGAR EZQUERRA, J, *La reforma del derecho concursal...*, op. cit., pp. 37-38; ROJO, A., «El derecho concursal...», op. cit., pp. 896-897; del mismo autor véase su trabajo «El Derecho preconcurzal» en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), VV.AA, *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 12ª edición, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 587 y ss.

⁷⁰¹ Vid, a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho preconcurzal», op. cit., p. 587., manual donde ROJO ya introduce e incluye una lección dedicada única y exclusivamente al «Derecho preconcurzal», reconociendo (con las últimas reformas operadas desde el año 2011) su existencia y su autonomía de forma paralela al Derecho concursal. Hacemos la anterior apreciación porque como podemos apreciar el profesor ROJO en, URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 2ª edición, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 896-897., analiza el Derecho preconcurzal pero dentro del capítulo 91 que se centra en el estudio del Derecho Concursal en general y, dentro de dicho capítulo, habla –de una forma más general– del Derecho preconcurzal e, incluso del derecho paraconcurzal desde una óptica más general.

Como hemos podido observar, lo que realmente permite encuadrar a todas las situaciones e instituciones anteriores en el ámbito de lo preconcursal es, en todo caso, el periodo de tiempo (preconcursal) en el que se utilizan y afloran las mismas; es decir, la palabra «preconcursal» –nada ajena a la actual literatura concursal–, se refiere de forma general al periodo de tiempo (*extra muros* concurso) anterior a una *posible* declaración judicial de concurso; es decir, será todo aquel periodo fuera de un concurso de acreedores en el que, ante situaciones o hechos preconcursales (estado de preinsolvencia), los deudores deben realizar actos o actuaciones (preconcursales) para prevenir o evitar la temida declaración judicial de concurso. Por tanto, creemos que el periodo *preconcursal* se debe identificar con los dos años anteriores a una posible declaración judicial de concurso, que coincide con el periodo sospechoso previsto en el artículo 71.1 de la Ley Concursal, en el que se prevé el límite temporal de dos años anteriores a la declaración de concurso, en los que el deudor debe haber realizado el acto perjudicial para la masa activa, susceptible de rescisión⁷⁰².

Además la palabra *preconcursal* o, *lo preconcursal* está conectado con la palabra: «preconcurso», puesto que, como ya hemos avanzado, el procedimiento de preconcurso (ex art. 5 bis) se sustancia en un periodo de tiempo –previo o anterior a una *posible* declaración judicial de concurso– que también se puede entender como periodo «preconcursal»; a su vez, ambas palabras pudieran (aunque no siempre) «relacionarse», con la palabra: «preinsolvencia», sobre todo porque este estado patrimonial no definido por la Ley Concursal, aflora en un periodo temporal, incluso «más remoto» que el de la propia insolvencia inminente, y que también se encuentra dentro del periodo denominado «preconcursal» (los dos años anteriores a la declaración de concurso); por todo, hay que remarcar que el periodo preconcursal se trata de un *periodo temporal* anterior o previo a la declaración judicial de concurso (al

⁷⁰² OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso...», op. cit., p. 12; en terminos generales sobre el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso véase el trabajo de LEÓN, F., «Acciones de reintegración», (art. 71), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), VV.AA, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1306.

margen del proceso concursal), en el que el deudor puede ser insolvente o no, pero que pronostica que en un futuro a corto/medio/largo plazo no va a poder cumplir de forma regular con sus obligaciones exigibles (a su respectivo vencimiento). Por tanto, en el periodo preconcursal pueden aflorar tanto en situaciones de insolvencia –actual o inminente– como situaciones de preinsolvencia.

En este sentido y a título ilustrativo, si nos centramos en el denominado periodo «sospechoso» que comprende los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso⁷⁰³, introducido por el Legislador del año 2003 (*ex art. 71.1º LC*), un deudor común (aún solvente) puede pronosticar, en dicho periodo «preconcursal», que en un futuro (a medio/largo plazo) será incapaz de cumplir con sus obligaciones exigibles, y, por tanto, será probable que dicho deudor devenga en estado de insolvencia, ya sea inminente o actual (*art. 2.2º y 3º LC*).

Ese periodo preconcursal, donde el deudor común (que aún no es insolvente) prevé o pronostica que –probablemente– en un futuro a medio o largo plazo no podrá cumplir con las obligaciones exigibles de forma regular, se convierte en el escenario idóneo para que dicho deudor comience a realizar todo tipo de actuaciones *preventivas* (*art. 5 bis LC*) que eviten degradar su situación patrimonial hasta el «temido» estado de insolvencia (*art. 2.2º y 3º LC*), y, por ende, evitar, con ellas, tener que solicitar la declaración judicial de concurso.

Otra cuestión que hay que tener en cuenta a la hora de abordar el estudio de todas estas palabras (íntimamente relacionadas), es que hay tener claro que el periodo preconcursal se identifica con el periodo anterior o previo al concurso de acreedores, es decir, el periodo de tiempo que pudiera preceder a su declaración judicial (si esta última se diera⁷⁰⁴), y, aunque la Ley Concursal no

⁷⁰³ OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso...», *op. cit.*, p. 12.

⁷⁰⁴ Decimos lo anterior, porque si en el periodo preconcursal de los dos años anteriores a la declaración de concurso se consiguiera remover el estado de insolvencia del deudor por la vía del precurso (ex viejo *art. 5.3* y actual *5 bis*), no tendría la obligación de solicitar el

precisa hasta donde se puede extender dicho periodo, es posible hacer una delimitación utilizando (de forma análoga) el contenido temporal del denominado «periodo sospechoso» introducido por el Legislador en el año 2003, es decir, los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso (art. 71.1 LC) para definir a esos dos años como el periodo «preconcurzal», por excelencia⁷⁰⁵; además para perfilar lo anterior, también será necesario estudiar el concepto de insolvencia inminente y el de insolvencia actual (art. 2.2º y 3º LC).

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que el periodo preconcurzal puede extenderse hasta los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso (art. 71.1 LC), debemos apuntar que, durante ese periodo, al que llamamos «preconcurzal», el deudor puede atravesar por diversos estados patrimoniales. En primer lugar, un deudor común podría estar en estado de insolvencia actual o, insolvencia inminente y, por ello, de forma alternativa a la solicitud de concurso, podría optar por instar el «preconcurso» (ex art. 5 bis LC), para intentar remover su estado de insolvencia actual o inminente durante la moratoria de seis meses que concede dicha norma, desde el mismo momento en que se insta la solicitud de comunicación de las negociaciones (art. 5 bis)⁷⁰⁶.

Por otro lado, el deudor común también podría estar en estado de *preinsolvencia*, es decir, dicho deudor es solvente aún (no ha entrado en estado

concurso y por tanto dicho periodo preconcurzal en el que se desarrolla el concurso no precedería a declaración de concurso alguna.

⁷⁰⁵ Seguimos la tesis del profesor OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso...», op. cit., p. 12.

⁷⁰⁶ El derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal preveía que solo el deudor en estado de insolvencia actual podía instar el concurso. Con la reforma operada en 2011, a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se derogó el anterior precepto y se introdujo un nuevo artículo 5 bis, que eludió hacer mención al estado de insolvencia actual; parece desprenderse del propio precepto que, en la actualidad, cualquier deudor que se encuentra en estado de insolvencia actual, como inminente e, incluso, en estado de preinsolvencia, podrá solicitar el concurso (ex art. 5 bis LC); el presupuesto objetivo del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC) se flexibilizó, otorgando un poder (un beneficio) al deudor común que se encuentra en estado de preinsolvencia, o de insolvencia (inminente o actual), para que de forma alternativa al concurso trate de resolver su situación patrimonial, instando el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC).

de insolvencia), pero pronostica que a medio/largo plazo –si el pronóstico «objetivo de probabilidad» fuera inmediato o a corto plazo estaríamos, más bien, en el ámbito de la denominada *insolvencia inminente* «art. 2.3»⁷⁰⁷ – «probablemente» no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, y, por ende, «probablemente» devendrá en estado de insolvencia (art. 2.2º y 3º LC). Es cierto que la doctrina ha manifestado en múltiples ocasiones que el *Derecho preconcursal* es aquel que busca la prevención de la insolvencia del deudor común⁷⁰⁸, por lo tanto, podría inferirse que el *Derecho preconcursal* regula el tratamiento legal que se debe dispensar a las situaciones anteriores al concurso, en las que el estado de insolvencia no se ha *consolidado* todavía (ni siquiera de facto), es decir, el deudor aún no es insolvente pero pronostica que, a «medio/largo» plazo es «objetivamente» probable (juicio de probabilidad) que le sea imposible cumplir con sus obligaciones exigibles; pero no por ello, podemos confundir la situación de «preinsolvencia» con la situación de insolvencia inminente (art. 2.3 LC), puesto que, aunque, la determinación de ambos estados se basa en un «juicio de probabilidad» (y no de posibilidad)⁷⁰⁹, si es cierto que en el estado de preinsolvencia la *prognosis* de esa imposibilidad de cumplir de modo regular las obligaciones exigibles se pronostica a *medio o a largo plazo* (juicio de probabilidad será menos seguro cuanto más alejado en el tiempo se pronostique el estado de insolvencia), mientras que en la insolvencia

⁷⁰⁷ El profesor ROJO afirma, sin falta de razón, que para saber si una insolvencia probable es o no inminente, «hace falta valorar si la imposibilidad de cumplir es objetivamente probable que se produzca de modo inmediato, aunque todavía no se haya producido, porque si esa insolvencia es objetivamente probable que se dé a medio o largo plazo, entonces no estamos ante una insolvencia inminente, y, por ende, no constituye supuesto objetivo para la declaración judicial de concurso». ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de concurso», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.) y AA.VV., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 2ª edición, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 917; también vid., del mismo autor en ROJO, Á., «Presupuesto objetivo», (art. 2 LC), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 176.

⁷⁰⁸ Por todos, véase a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho concursal», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, 2ª edición, tomo II, p. 896; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido...*, op. cit., pp. 49 y ss.; ídem, *El régimen jurídico preconcursal...*, op. cit., pp. 147 y ss.

⁷⁰⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Presupuesto objetivo», (art. 2 LC), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 176.

inminente (art. 2.3) dicha prognosis se proyecta a *corto plazo* (juicio de probabilidad más seguro y cierto, es decir, es objetivamente más probable que se llegue a dicho estado), pudiéndose acudir al concurso a dar solución a dicho estado (art. 2.3); mientras que si dicho estado de insolvencia no es inminente por no preverse la imposibilidad de cumplir las obligaciones a corto plazo, la solicitud de declaración judicial de concurso le está vetada (art. 2 LC)⁷¹⁰.

Por otro lado, a pesar de los anteriores argumentos, era conveniente ver en qué sentido se relacionan las palabras «preconcurso» y «preinsolvencia». En primer lugar, decir que el periodo preconcursal (dos años anteriores a la declaración judicial de concurso), puede abarcar tanto los estados de preinsolvencia como los estados de insolvencia –ya sea actual o inminente (art. 2.2º y 3º LC)–.

El estado de preinsolvencia se refiere –como su propio nombre indica– a una situación patrimonial distinta al propio estado de insolvencia (art. 2 LC)⁷¹¹, ya que el deudor en estado de *preinsolvencia* no es insolvente aún, simplemente *pronostica* que, debido al estado de «crisis» por el que atraviesa, en un periodo de tiempo *futuro* (a medio o largo plazo) le será imposible cumplir con sus obligaciones exigibles, y, por tanto, si dicha situación no se soluciona, podría devenir en estado de insolvencia ya sea inminente (art. 2.3 LC) como actual (art. 2.2); es decir, el deudor que prevé (pronostica) su imposibilidad de cumplir con sus obligaciones exigibles en un futuro más bien alejado; por lo tanto, a nuestro juicio, el periodo de tiempo «preconcursal» define, engloba y abarca tanto el estado de *preinsolvencia* que pudiera aflorar en una fase o estadio temporal previo al de la propia *insolvencia inminente* (art. 2.3), como el estadio temporal que pasa desde que un deudor en estado insolvencia (ya sea actual o inminente –art. 2.2º y 3º LC–) insta la «comunicación del inicio de sus negociaciones» para conseguir removerla» (*ex* art. 5 bis LC) durante la moratoria de seis meses (2+3+1) otorgada por el «preconcurso»; este último

⁷¹⁰ ROJO, Á., «El Derecho...», op. cit., p. 896 in fine.

⁷¹¹ La insolvencia inminente (*ex* art. 2.3 LC), también puede ser calificada como insolvencia amenazante, véase a ROJO, Á., (art. 2) en ROJO-BELTRÁN, *ComLC* p. 175.

estadio temporal que va desde la solicitud de la comunicación del inicio de comunicaciones (art. 5 bis) hasta la fecha en la que la norma fija el deber de solicitar el concurso o no (si no se consigue remover la insolvencia o prevenirla), lo denominamos «preconcurso» (ex viejo art. 5.3, y actual 5 bis LC), que se puede definir como, ya hemos apuntado, un procedimiento preconcursal (preventivo) cuyo desarrollo o tramitación se desarrolla dentro del también denominado periodo preconcursal y, sirve de instrumento para que el deudor negocie la obtención de adhesiones a un propuesta anticipada de convenio, un acuerdo de refinanciación (disposición adicional cuarta y artículo 71) o, incluso, un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 5 bis LC).

Por lo tanto el procedimiento de concurso actualmente cuenta con un presupuesto objetivo bastante flexible (art. 5 bis LC), ya que se puede acoger a él cualquier deudor que se encuentre tanto en estado de insolvencia actual como en estado de insolvencia inminente y, a pesar de la opinión contraria del algún autor⁷¹², según nuestra opinión, también se puede acudir al concurso (art. 5 bis) cuando el deudor se encuentre en estado de preinsolvencia. Este último estado hay que delimitarlo muy bien con respecto al estado de *insolvencia inminente* (pues, sus límites son muy difusos, los separa un delgada línea roja) puesto que, es cierto que La ley Concursal permite que se tramiten a través del concurso situaciones cercanas a las de preinsolvencia: como es sabido, es posible instar el concurso en los casos de insolvencia inminente (art. 2.3 LC)⁷¹³.

Cuando hablamos de insolvencia inminente, se entiende que un deudor prevé la imposibilidad de cumplir con su obligaciones exigibles como algo

⁷¹² PAVÓN NEIRA, C., «Preconcurso como método para evitar el concurso de acreedores», en *Economist & Jurist*, 1 de enero 2013, p. 70. El autor indicaba en su trabajo que parecía difícil que un deudor en estado de insolvencia inminente se intentara acoger al concurso (art. 5 bis LC), al no existir riesgo de que algún acreedor le pueda instar el concurso necesario, puesto que dicho acreedores deberá probar el estado de insolvencia actual del deudor, sin que quepa estimar un solicitud de concurso necesario cuando el deudor se encuentre en estado de insolvencia inminente.

⁷¹³ ROJO, Á., «El derecho concursal», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 2ª edición, ed. Thomsom-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 896-897.

objetivamente probable a corto plazo o, que dicha posibilidad se vaya a dar de forma inmediata (por ejemplo, que se prevea para dentro de un mes⁷¹⁴). El deudor que prevé que en periodo cercano en el tiempo no va a poder cumplir con sus obligaciones y que, además esa imposibilidad (no sea momentánea o temporal) se va a extender/prologar en el tiempo. Por lo tanto, lo verdaderamente nuclear a la hora de hablar de insolvencia inminente es la imposibilidad de poder cumplir en un periodo tiempo muy cercano (corto plazo) y que dicha imposibilidad se prolongue en el tiempo (que no sea momentánea o temporal). En los casos en los que dicha imposibilidad de cumplir se pronostique a medio o largo plazo, no estaremos ante un estado de insolvencia inminente (art. 2.3), debido a que si un deudor común pronostica que no será capaz de cumplir con su obligaciones exigibles a medio/largo plazo, el mismo se encontrará, más bien, en estado de *preinsolvencia*, es decir, en dicho momento de la prognosis, el deudor es solvente, pero prevé que a *medio/largo plazo* será incapaz de poder cumplir con sus obligaciones exigibles.

Como es sabido el legislador no ha quiso establecer ni definir los límites temporales de la insolvencia inminente (art. 2.3) y, menos aún, delimitarlos frente a la delgada línea que la separara de la situación de *preinsolvencia*. Lo que sí está claro es que cuanto más próxima esté dicha *insolvencia* objetivamente probable, más objetivamente (y seguro) será el juicio de probabilidad que se realiza para determinarla. Como ya ha manifestado la doctrina, habrá insolvencia inminente cuando se prevea la imposibilidad de cumplir dentro de un mes, pero no será posible hablar de insolvencia inminente cuando se prevea para dentro de un año⁷¹⁵, aunque es cierto que según esta tesis, se deja margen a una zona intermedia difícil de delimitar entre un mes y un año.

Ante el silencio de la norma (art. 2.3 LC), dicha cuestión quedaría en manos de las diferentes interpretaciones que pudieran realizar los órganos

⁷¹⁴Véase a ROJO, Á., «Presupuesto objetivo» (art. 2), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, p. 176.

⁷¹⁵ Véase a ROJO, Á., «Presupuesto objetivo» (art. 2), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, p. 176.

jurisdiccionales (produciéndose una consiguiente disparidad en las soluciones judiciales), puesto que habrá plazas en las que se entienda que habrá insolvencia inminente cuando la insolvencia se prevea para dentro de un ejercicio, mientras que en otras, entenderán que habrá insolvencia inminente cuando dicha insolvencia se prevea para un trimestre (incluso podrían darse tesis más estrictas o más generosas)⁷¹⁶.

El profesor ROJO⁷¹⁷ sugiere una solución que puede servir para resolver los problemas que se puedan plantear a la hora de deslindar –efectivamente– la insolvencia inminente de la propia preinsolvencia; según su coherente criterio, podría ser considerada inminente la insolvencia que se prevea para dentro de los seis meses inmediatamente posteriores a la presentación de la solicitud de concurso. A pesar de que la aportación de ROJO parece un solución razonable, es cierto que pueden darse situaciones ciertamente dudosas, en las que la insolvencia inminente se pudiera prever para un ejercicio o ciclo económico (*v.gr.*: imaginemos que una compañía mercantil prevea para dentro 11 meses tiene la obligación de pagar una altísima indemnización de cuantía exorbitante, pero, después de realizar un *juicio de probabilidad*, llegan a la conclusión de que es *objetivamente probable* que no podrá cumplir con dicha obligación de pago de forma regular; en este caso ¿no se estaría en insolvencia inminente al pronosticarse cercano en el tiempo el estado de insolvencia inminente, a pesar de haber realizado el juicio de probabilidad a 11 meses vista?; la anterior cuestión pudiera ser resuelta de forma afirmativa si utilizáramos el concepto de *corto plazo* previsto en la normativa contable o en el Código de Comercio⁷¹⁸, que entiende que en todo caso, el corto plazo es aquel

⁷¹⁶ *Ibidem*, pp. 176-177.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 177. El profesor ROJO, sugiere la anterior solución poniéndola en relación con la tesis que regula el legislador del año 2003, al configurar uno de los hechos «presuntos» reveladores de la insolvencia actual (art. 2.4 LC): que se refiere a los incumplimientos que se produzcan dentro de los tres meses anteriores a la solicitud de concurso (art. 2.4-4º).

⁷¹⁸ Como así reza en el apartado 6.1. b de la Tercera parte (Cuentas anuales), dentro de *las normas de elaboración de las cuentas anuales* del Real Decreto 1514, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad*, prevé lo siguiente: «Las obligaciones vinculadas al ciclo normal de explotación señalado en la letra anterior que la empresa espera liquidar en el transcurso del mismo. Las obligaciones cuyo vencimiento o extinción se espera que se produzca en el plazo, es decir, en el

periodo de tiempo por debajo del año⁷¹⁹; por todo ello, en este caso, aportamos otra solución que podría dar luz al problema en este sentido, puesto que en el ámbito de la economía de empresa y, más en concreto, en el de la contabilidad de sociedades, el pasivo corriente (anteriormente denominado pasivo circulante⁷²⁰), comprende las deudas exigibles que deben ser pagadas a *corto plazo*, es decir, en un periodo inferior a un año. Asimismo, en la normativa contable⁷²¹, se dice que nos movemos en el ámbito del *corto plazo* cuando las deudas exigibles (pasivo) deben pagarse en un periodo de tiempo inferior a un año⁷²², por lo que si la insolvencia inminente se pronosticara para dentro de 12 meses –inmediatamente– posteriores a la solicitud de concurso, y se fundara –utilizando la definición de corto plazo que se desprende de la

plazo máximo de un año, contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio». Y, también, en el artículo 35.1 del Código de Comercio, en el que se regula lo siguiente: «En el pasivo se diferenciarán con la debida separación el pasivo no corriente y el pasivo circulante o corriente. El pasivo circulante o corriente comprenderá, con carácter general, las obligaciones cuyo vencimiento o extinción se espera que se produzca durante el ciclo normal de explotación, o no exceda el plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio. Los demás elementos del pasivo deben clasificarse como no corrientes. Figurarán de forma separada las provisiones u obligaciones en las que exista incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento». Para un mejor entendimiento de la composición de un balance contable, consultar el trabajo de GURREA MARTÍNEZ, A., *Contabilidad para juristas*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 97-98.

⁷¹⁹ *Ibidem*

⁷²⁰ Véase el artículo 35.1 del CCo, que prevé lo siguiente: «En el pasivo se diferenciarán con la debida separación el pasivo no corriente y el pasivo circulante o corriente. El pasivo circulante o corriente comprenderá, con carácter general, las obligaciones cuyo vencimiento o extinción se espera que se produzca durante el ciclo normal de explotación, o no exceda el plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio. Los demás elementos del pasivo deben clasificarse como no corrientes. Figurarán de forma separada las provisiones u obligaciones en las que exista incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento». En el año 2007, con la entrada en vigor de la reforma operada por el Real Decreto 1514/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, el pasivo circulante antiguamente denominado pasó a ser denominado «pasivo corriente»; sobre la definición de «pasivo corriente», véase la Parte Tercera de dicha disposición en la que se regula las *Normas de elaboración de las cuentas anuales*, en su apartado 6. b), en el que se prevé el contenido y la composición del Balance, que nos viene a decir que: «Las obligaciones vinculadas al ciclo normal de explotación señalado en la letra anterior que la empresa espera liquidar en el transcurso del mismo». Y, para saber qué es el ciclo normal de explotación en el apartado a) se prevé lo que debe entenderse por ciclo normal de explotación: «(...) los activos vinculados al ciclo normal de explotación que la empresa espera vender, consumir o realizar en el transcurso del mismo. Con carácter general, el ciclo normal de explotación no excederá de un año». Por lo tanto, como sugiere la norma, se entiende por ciclo normal de explotación el periodo inferior a un año. Sobre estas definiciones y los principios básicos contables, consultar GURREA MARTÍNEZ, A., *Contabilidad para juristas*, *op. cit.*, pp. 97-98.

⁷²¹ *Ibidem*.

⁷²² *Ibidem*.

normativa contable— que la misma se produce en un periodo de plazo cercano (o a corto plazo), la misma podría considerarse insolvencia *inminente* (a nuestro juicio).

5. La expresión «preconcurso» versus la expresión «paraconcurso» para denominar al procedimiento preventivo del artículo 5 bis de la Ley Concursal

A pesar de que las dos palabras podrían llegarse a usar de forma indistinta, creemos que es necesario precisar o delimitar correctamente el ámbito de las mismas. En nuestra opinión, para entender bien el por qué denominamos «preconcurso» en lugar de «paraconcurso» al procedimiento del viejo artículo 5.3 y actual 5 bis de la Ley Concursal, hay que explicar y definir bien la diferencia entre lo *preconcursal* y lo *paraconcursal* y su interrelación con lo *concursal*. En primer lugar, hay que decir que al procedimiento instaurado en el viejo artículo 5.3 (actualmente derogado), y el actual artículo 5 bis, no se le puede denominar «paraconcurso⁷²³» y, mucho menos, identificarlo con una institución *paraconcursal*⁷²⁴, simplemente por el mero hecho de entender que es

⁷²³ En el sentido que la utiliza Edorta José ETXARANDIO HERRERA, a la hora de referirse a la calificación del concurso en caso de intervención administrativa (*paraconcurso* administrativo), manteniéndose, conforme a la Disposición adicional segunda de la Ley Concursal, la situación especial de entidades aseguradoras, de crédito o asimiladas, y empresas de servicio de inversión, puesto que la legislación que les concierne y que se relaciona en dicho precepto, se considera ley especial respecto a la legislación concursal, *vid.*, ETXARADIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho concursal*, 2ª edición, ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 914 y ss.

⁷²⁴ El concepto de *paraconcursalidad* es un concepto de creación plenamente jurisprudencial poco delimitado e, directamente relacionado con expresiones del lenguaje jurídico-político: (crisis económico-financiera, dificultades económicas, rescate, conservación, salvamento, saneamiento, intervención, incautación, sanación liquidación, prevención, reflotamiento, reconversión, socorro, ayudas públicas, reorganización). La elaboración de un sistema jurídico *Paraconcursal* (conceptual), se presenta en algunos casos, con grandes dificultades, puesto que las denominadas instituciones *paraconcursales* se presentan difíciles de acomodar a las normas ordinarias (encontrándose con diversos obstáculos), *vid.*, a DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial e instituciones paraconcursales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004. Sobre el concepto de la «*paraconcursalidad*» o, sobre las instituciones o normas *paraconcursales*, se pueden analizar los trabajos de DEL GUAYO CASTIELLA, Í., «*Paraconcursal preventiva y entidades financieras: nacionalizaciones bancarias en Europa («Northern Rock») y Estados Unidos (INDYMAC)*», en *RcP*, núm. 9, 2008, pp. 457-463, del mismo autor, véanse los trabajos: *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, *RcP*, Monografía núm. 14, ed. La Ley, pp. 217-223, y *Sector público empresarial...*, *op. cit.*; GARCÍA VILLAVERDE,

un instrumento o procedimiento *al margen* de lo jurisdiccional (*rectius*: al margen de la declaración judicial del concurso, encomendada a la jurisdicción y, por ende, de plena naturaleza jurisdiccional⁷²⁵).

Como es sabido nuestro Derecho «concursal» actual se configura en nuestro Ordenamiento jurídico como el conjunto de normas de carácter sustantivo y procesal (reguladas en un mismo cuerpo normativo, bajo el *principio de unidad legal, unidad de disciplina y unidad de sistema*⁷²⁶) que vienen a

R., «Instituciones concursales y paraconcursoales: el ámbito de una reforma, en *RFDUC*, núm 8, estudios sobre en anteproyecto de la Ley Concursal, pp. 189-209; CANDELARIO MACÍAS, M.I., «Procedimientos paraconcursoales: ¿regulación administrativa o judicial de los concurso?, en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, Franca, A. 14, núm. 20, 2010, p. 55-85; ROJO, Á., «Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias», en *RDBB*, núm. 29, año VIII, enero-marzo, 1988, pp. 113-162, del mismo autor *vid.*, «El derecho concursal», *op. cit.*, pp. 897-898; ÁLVAREZ VEGA, M.I., «Soluciones concursales y paraconcursoales a la crisis de empresa. La función conservativa del concurso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en *Revista de Derecho privado*, septiembre-octubre 2004, pp. 573-610; LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., y GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, I., «Especialidades del concurso de las entidades financieras tras la nueva Ley Concursal, *RDM*, núm. 254, octubre-diciembre 2004, pp. 1543-1578; TORRALBA, E., «La Ley sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, en *ADco*, núm. 6, 2005, pp. 365-385; MARTÍNEZ ROSADO, J., «Liquidación ordenada de grandes entidades financieras y resolución de entidades de crédito: modelo norteamericano versus modelo español», en *RcP*, núm. 20, 2014, pp. 447-463; ALCOVER GARAU, G., «El Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias», en *RcP*, núm. 10, 2009, pp. 461-463; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., «Las directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis», en *ADco*, núm. 3, 2004, pp. 379-382; de la misma autora también véase «Legislación concursal especial sobre entidades de seguro», en *ADco*, núm. 3, 2004, pp. 371-378.

⁷²⁵ DAMIÁN MORENO, J., «Aspectos generales de la declaración del concurso de acreedores», en VV.AA, *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco De Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, p. 61.

⁷²⁶ En virtud del *principio de unidad legal*, las normas procesales y sustantivas o materiales se encuentran reguladas en un mismo cuerpo legal: la propia Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004. Sobre el *principio de unidad legal*. Véase la Exp., de Motivos, II, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, invoca una de las novedades más importantes de la nueva Ley (en aras a la deseada unidad del Derecho concursal), que la diferencia del disperso, caótico y arcaico sistema concursal anterior (del siglo XIX); se trata del importante *principio de unidad* (unidad legal, unidad de disciplina y, unidad de sistema). La justificación de la *unidad de sistema* o, mejor dicho, *la unidad de procedimiento* consiste en la regulación de un único —y común— procedimiento denominado: *concurso de acreedores*. «La Ley Concursal equipara unidad procedimental a unidad de sistema, pero esta equiparación no exacta, puesto que l unidad de sistema abarca también la unidad legal y la unidad de disciplina, y no solo a la unidad de procedimiento». En este sentido se pronuncia OLIVENCIA RUIZ, M., «Los principios de unidad de disciplina, subsistencia de la persona jurídica concursada, continuación de la actividad y conservación de la empresa en la Ley 22/2003» en *El concurso de sociedades en el Derecho Europeo, (una experiencia comparada)*, monografía, núm. 1, 2004, *RcP*, ed. La Ley, Madrid, 2004, pp. 11-27. Sobre la *unidad de procedimiento en general* véase por todos, los trabajos de SENÉS MOTILLA, C., «La tramitación del procedimiento concursal», en *RPJ*, núm. especial XVIII, 2004, pp. 559-560; de la misma autora, véase también: «Concurso y

regular el «concurso de acreedores», es decir, dichas normas – concursales – instauran un procedimiento de *declaración judicial* de concurso que serviría al deudor común para resolver su estado de insolvencia a través de la tutela jurisdiccional⁷²⁷. Por ello, las consecuencias que ocasionan las situaciones de insolvencia – en los *deudores comunes* – sólo pueden tener lugar previa declaración judicial de concurso que, en todo caso, siempre ha venido siendo encomendada a la *jurisdicción*⁷²⁸; por lo tanto, la *institución procesal* del concurso de acreedores, – *rectius*: el proceso concursal – es el instrumento procesal con el que cuentan los deudores para dar tratamiento legal a su estado de insolvencia

proceso», en *Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 12, diciembre, 2012, p. 27; CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, op. cit., pp. 25 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 5856, sección doctrina, 24 de septiembre de 2003, año XXIV, ref. D-209, p. 4; *ibidem*, en VV.AA, *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco de Derecho procesal, San Sebastián, 2004, pp. 16-17., el autor afirma que, con indudable acierto, en contraste con la vieja legislación, se compatibiliza la *unidad institucional o procesal* con el principio de *dualidad procedimental*, introduciendo una tramitación simplificada o abreviada, para los concursos de menor complejidad; CORTÉS DOMINGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», op. cit. p. 19; RIFÁ SOLER, J.M^a., *La declaración de concurso*, en QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES (dirs.), AA.VV, *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 50; GÓMEZ COLOMER, J.L., «El proceso concursal», en MONTERO AROCA, J./ BARONA VILAR, S./CALDERÓN CUADRADO, M.P./GÓMEZ COLOMER, J.L., (autores) *Derecho jurisdiccional II: proceso civil*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 867; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El proceso concursal», en GIMENO SENDRA(dir.), AA.VV, *Derecho procesal civil*, ed. Colex, Madrid, 2012, p. 625; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad», en *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, AA.VV, tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 371; donde el autor resalta que: «la propia unidad de sistema (unidad de procedimiento) se presenta como una muestra más de la unidad del Derecho concursal nuevo, al lado de la “unidad legislativa” y la “unidad de disciplina”»; OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, ed. Iustel, Madrid, 2005, Discurso leído el día 7 de noviembre de 2005 en el acto de su recepción pública como académico de número, por el Excmo. SR. D. Manuel OLIVENCIA y contestación del Excmo. SR. D. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ; OTERO LASTRES, J.M., «Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley concursal», ROJO, Á., «La reforma del derecho concursal español», en ROJO (dir.), *La reforma de la Legislación concursal*, ed. Marcial Pons-Colegio de Registradores, Madrid, 2002, p. 93. Véase a ÁLVAREZ VEGA, M.I., «Soluciones concursales y paraconcursoales a la crisis de empresas. La función conservativa de concurso de acreedores en la ley 22/2003, de 9 de julio concursa, p. 584.

⁷²⁷ DAMIÁN MORENO, J., «Entre la para paraconcursoalidad y la jurisdiccionalidad...», op. cit., pp. 164-168.

⁷²⁸ DAMIÁN MORENO, J., «Aspectos generales de la declaración del concurso», en VV.AA, *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, p. 61.

pasando por el auto de declaración judicial de concurso⁷²⁹, resolución sobre la que pivota (piedra angular) el proceso de declaración judicial de concurso⁷³⁰.

Como ya ha afirmado la doctrina y se ha podido comprobar en la práctica forense, el Derecho concursal tradicional no ha conseguido, al menos hasta ahora, ser la medicina legal –efectiva– para resolver *per se* las situaciones de dificultades económicas y de crisis empresarial (en sentido general)⁷³¹; asimismo, es también patente que, el Derecho concursal tampoco se adapta bien a las situaciones de insolvencia de las empresas públicas, ni a las empresas concesionarias de servicios públicos, ni a las empresas que operan en sectores de interés general⁷³²; es por ello por lo que, en virtud del *principio de unidad legal*⁷³³ que consiste en haber concentrado en un mismo texto legal la materia concursal con exclusión de que se aprecien determinadas especialidades; por lo que la propia Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, también se regula la *Disposición adicional segunda*⁷³⁴ que, desde los inicios de la

⁷²⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica de la declaración...», *op. cit.*, p.

⁷³⁰ DAMIÁN MORENO, J., «Aspectos generales de la declaración...», *op. cit.*, p. 61.

⁷³¹ CANDELARIO MACÍAS, M.I., «Procedimientos paraconcursales: ¿regulación administrativa o judicial de lo concursos?, en *Revista Estudios Jurídicos UNESP*, año 14, núm., 20, 2010, p. 56.

⁷³² DEL GUAYO CASTIELLA, Í, *Sector público empresarial...*, *op. cit.*, p. 254.

⁷³³ Desde antes de que entrara en vigor la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I, afirmaban durante la etapa pre-legislativa de reforma, que la introducción del principio de unidad legal, de disciplina y de procedimiento (sistema), era muy acertado y razonable, véase, «A favor de la simplificación del procedimiento concursal», en *Diario de noticias La Ley*, febrero de 2002, p. 8.

⁷³⁴ Véase el apartado 2º de la Disposición segunda de la ley concursal: *Disposición adicional segunda Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras*. Se considera legislación especial, a los efectos de la aplicación del apartado 1, la regulada en las siguientes normas: a) Artículos 10, 14 y 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias; b) Artículo 16 del Real Decreto Ley 3/1993, de 26 de febrero, sobre medidas urgentes en materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo; c) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en lo que respecta al régimen aplicable al sistema de compensación, liquidación y registro en ella regulados, y a las entidades participantes en dichos sistemas y, en particular, los artículos 12 bis, 36 quáter, 44 bis, 44 ter, 58 y 70 ter.2.f); d) La disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación bancaria; e) Ley 13/1994, de 1 junio, de Autonomía del Banco de España, por lo que respecta al régimen aplicable a las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros bancos centrales nacionales de la Unión Europea, en el ejercicio de sus funciones; f) La disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero,

Ley Concursal actual, establecía cuál serían las *legislaciones* que debían considerarse *especiales* y cuáles eran las especialidades que debían ser aplicables a las crisis de la entidades –*especialmente*– sometidas a supervisión, como por ejemplo: i) las entidades de crédito, ii) las entidades de inversión y, iii) las entidades aseguradoras y reaseguradoras. La previsión de la *Disposición adicional segunda* de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, cuyo contenido nos remite a las legislaciones sectoriales, aplicables a las situaciones de insolvencia que afloran en entidades de determinados sectores especiales (entidades financieras, de inversión y seguros), se justifica debido a la gran complejidad y trascendencia económica y social que tienen dichas entidades especiales (que operan en sectores en los que predomina un grande *interés económico general*)⁷³⁵. Asimismo, junto al Derecho «concursal», si se nos permite, «tradicional», también conviven –o transcurren en paralelo al régimen ordinario⁷³⁶– el Derecho «preconcursal» y el Derecho «paraconcursal».

reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras; g) Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores; h) Los títulos VI y VII de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación y supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras; y el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre (modificado recientemente por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación y supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras); Los artículos 26 a 37, ambos inclusive, 39 y 59 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, y el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre; i) El Capítulo II del Título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública; j) Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre Saneamiento y Liquidación de las Entidades de Crédito; k) La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; l) El artículo 34 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

3. Las normas legales mencionadas en el apartado anterior se aplicarán con el alcance subjetivo y objetivo previsto en las mismas a las operaciones o contratos que en ellas se contemplan y, en particular, las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones financieras relativas a instrumentos derivados.

⁷³⁵ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial...*, op. cit., p. 254.

⁷³⁶ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial...*, op. cit., p. 255.

El Derecho *preconcurso* se puede definir como el conjunto de normas encaminadas a *prevenir y evitar*⁷³⁷ que las dificultades económicas por las que atravesase un deudor común, puedan constituir el estado de insolvencia del mismo, es decir, su principal finalidad consistiría en evitar que una situación de crisis o de dificultad económica «degenere» en un estado de insolvencia⁷³⁸. Se podría decir, sin ningún tipo de complejo, que las instituciones *preconcurso*les — al contrario que las *paraconcurso*les⁷³⁹— constituyen una verdadera *alternativa* al proceso concursal, cuya operatividad busca, en todo caso, evitar el mismo.

Es cierto que el profesor ROJO en uno de sus magníficos trabajos publicado en el año 1981⁷⁴⁰, vislumbraba la posible existencia de lo que hoy se conoce como *preconcurso*alidad (nuevos instrumentos y soluciones para la patología de la empresa al margen del propio Derecho concursal), al insinuar que el Derecho concursal carecía de los instrumentos técnicos *indispensables* para conseguir financiar la continuidad de la empresa y, así, eliminar la crisis de la misma como medio para posibilitar la *conservación*. Por lo tanto, ya en aquellos tiempos, no se hablaba solo de *convenio-liquidación* como posibles soluciones a la insolvencia de las empresas, sino que ya se empezaba a

⁷³⁷ Así lo entienden ROJO, Á., «El Derecho concursal», *op. cit.*, pp. 896-897, del mismo autor *vid.*, «El Derecho preconcursoal», *op. cit.*, pp. 587-588; y OLIVENCIA, M., «Concurso y preconcurso», *op. cit.*, p. 12, El profesor OLIVENCIA, también hace hincapié en este carácter preventivo el preconcurso y, por ende, de lo preconcursoal, el preconcurso como procedimiento preconcursoal por excelencia, sirve para que el deudor trate de evitar su concurso, a través de las diversas opciones (actuaciones o actos preconcursoales) que le plantean al incoar el preconcursoal (ex art. 5 bis LC), por descontento consultar

⁷³⁸ ROJO, Á., «El Derecho Concursal», *op. cit.*, p. 896.

⁷³⁹ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial...*, *op. cit.*, p. 255.

⁷⁴⁰ ROJO, Á., «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, separata del tomo XXIV, Madrid, 1981, pp. 258 y ss. En este pasaje el profesor ROJO afirmaba que la crisis que sufría nuestro Derecho concursal, en aquella época, no obedecía sólo a causas internas sino que también a causas externas; la patología de la empresa no se agotaba en el concurso mercantil, sino que se abría progresivamente un nuevo espacio para nuevas soluciones al margen del Derecho concursal, que podía servir para dar un tratamiento (reorganización) a la situaciones de crisis de las empresas al margen del Derecho concursal, y en este espacio al margen del Derecho concursal tradicional, tomaría carta de naturaleza el Derecho preconcursoal.

introducir una posible tercera vía: la *reorganización* empresarial⁷⁴¹, dentro del ámbito de lo que se podría denominar Derecho *preconcurzal*.

Por otro lado, no estamos muy de acuerdo cuando ROJO afirmaba que a aquellas nuevas soluciones *preconcursoales* que se iban introduciendo paulatinamente⁷⁴² en nuestro Ordenamiento jurídico concursal venían siendo – formalmente – *paraconcursoales*; con respeto a la afirmación vertida por dicho autor en aquella época – a principios de los años 80 –, es cierto que aquellas soluciones *preconcursoales* – a las que se refería ROJO – situadas fuera de las instituciones básicas: de quiebra y del concurso de acreedores (al margen del Derecho concursal tradicional), podían entenderse – como afirmaba el autor – como algo extraordinario que se situaba al margen o fuera de las normas *concursoales* o del Derecho concursal general – u ordinario –. Pero, a pesar de que en términos formales se las pudiera calificar «impropiamente» como *paraconcursoales*⁷⁴³, entendemos que dicha afirmación había que matizarla para no caer en el error de confundir ambas disciplinas, ya que, a nuestro entender, creemos que la *paraconcursoalidad* es un disciplina verdaderamente diferenciada de la *preconcursoalidad*.

A pesar de que la – principal – finalidad preventiva de del Derecho *preconcurzal*, pueda coincidir, en algunas ocasiones, con la finalidad preventiva del Derecho *Paraconcurzal*, (el Derecho *paraconcurzal* puede tener una doble finalidad: la *preventiva*, cuando el estado de insolvencia no se ha constituido o, la *sanatoria* cuando la insolvencia ya se ha manifestado), no podemos confundir ambas disciplinas, por ello, entendemos que ambas disciplinas deben ser correctamente delimitadas desde un punto de vista conceptual, ya que el ámbito subjetivo donde operan ambos conceptos no es el mismo.

⁷⁴¹ ROJO, Á., «Crisis de la empresa y...», *op. cit.*, p. 258.

⁷⁴² ROJO, Á., «Crisis de la empresa y...», *op. cit.*, p. 258 *in fine*, en este pasaje de su trabajo, el profesor ROJO explicaba con un símil muy apropiado la introducción paulatina de los instrumentos *preconcursoales*: «Si se me permitiera (...) diría que las nuevas soluciones de la crisis económica de la empresa, como los pueblos bárbaros, han comenzado a travesar el limes romano y a acampar en los territorios fronterizos, pero, desconocedores de su fuerza, aún no han atentado contra las instituciones del Imperio».

⁷⁴³ ROJO, Á., «Crisis de la empresa y...», *op. cit.*, p. 258.

El Derecho *paraconcursal* toma carta de naturaleza cuando nos estamos refiriendo a procedimientos, instrumentos, normas y medidas administrativas especiales y específicas⁷⁴⁴ (sectoriales si se prefiere) al margen de la Ley Concursal, que aplican soluciones distintas a las propias de una economía de mercado⁷⁴⁵, tanto para salvar o dar tratamiento a las crisis de entidades sometidas a supervisión especial (sectoriales)⁷⁴⁶ – permitiendo su continuidad empresarial – como para intervenir y liquidar ordenadamente las mismas⁷⁴⁷, al margen de la propia voluntad de los acreedores⁷⁴⁸.

Desde el punto de vista del Derecho *preconcursal*, hay que decir que, a pesar de que el legislador del año 2003 apostó por diseñar – con cierto afán preventivo⁷⁴⁹ – un sistema concursal que incentivase la anticipación⁷⁵⁰ en el tiempo de la declaración judicial de concurso a través del presupuesto de la *insolvencia inminente*⁷⁵¹, lo cierto es que no existía en el Derecho español un

⁷⁴⁴ CANDELARIO MACÍAS, M.I., «Procedimientos paraconcursales...», *op. cit.*, p. 75.

⁷⁴⁵ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial...*, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁴⁶ Como es sabido son entidades sometidas a un control especial: Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las entidades de seguros; a las que se les aplican las nuevas Leyes recientemente publicadas: la Ley 11/2015, de 18 de junio, *de recuperación y resolución de entidades de créditos y empresas de servicios de inversión* y, la Ley 20/2015, de 14 de julio, *de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*; *ambas Leyes se las pueden considerar normas paraconcursales*, puesto que se ocupan de las situaciones de insolvencia de las entidades sometidas a una supervisión o control especial, y buscan procedimientos extraordinarios – al margen de la Ley Concursal – para dar un tratamiento legal las situaciones de insolvencia de estas entidades especiales.

⁷⁴⁷ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial e instituciones paraconcursales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 24.

⁷⁴⁸ GARCÍA VILLAVARDE, R., «Instituciones concursales y paraconcursales...», *op. cit.*, p. 202.

⁷⁴⁹ PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo y las soluciones al concurso en el Anteproyecto de Ley Concursal español de 2001», en *AJA*, núm. 506, año XI, noviembre-2001 p. 3; GALLEGO SÁNCHEZ, E., «El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal», en *Práctica de los tribunales*, núm. 5, sección estudios, mayo 2004, p. 29.

⁷⁵⁰ PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo y...», *op. cit.* p. 3., donde la autora ya apuntaba que en la mayoría de las legislaciones de Derecho comparado se atribuye de manera implícita una finalidad preventiva a los procedimientos concursales. No obstante, ella planteaba si esa prevención hay que encomendársela a los institutos concursales mediante un anticipo en el momento de la apertura del concurso, o bien habría que configurar específicos institutos preventivos (*rectius*: preconcursales), el paréntesis es nuestro.

⁷⁵¹ Como así se desprende de la Exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, se desprende lo siguiente, en referencia a la insolvencia inminente: «*la conveniencia de*

verdadero régimen legal sistemático para *prevenir* la insolvencia⁷⁵². Como veremos a continuación, todo lo más que existía eran algunas normas dispersas que podrían cumplir dicha finalidad. Es cierto que hasta el año 2009, año en el que se reformó la Ley Concursal, por la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo⁷⁵³, no existía (salvo la propuesta anticipada de convenio⁷⁵⁴) ninguna norma o instrumento legal –preconcursal– destinado a prevenir la insolvencia, sino que simplemente se preveían algunas normas dispersas, cuya operatividad podría prevenir el temido estado de insolvencia⁷⁵⁵. Un claro ejemplo de estas normas preventivas –preconcursoales– son: i) la reducción obligatoria del capital social de una sociedad anónima, en los casos en los que se hayan tenido pérdidas que hayan mermado el patrimonio de la sociedad por debajo de las dos terceras partes del capital social de la misma, y hayan pasado un ejercicio sin poder recuperarse (art. 327 LSC)⁷⁵⁶; y, ii) la disolución obligatoria de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en los casos en los que la sociedad tenga una situación de pérdidas cualificadas, y superen la mitad de la cifra del capital social de la mercantil (art. 363.1.d LSC)⁷⁵⁷. Por lo tanto, según dichos preceptos, ante estas situaciones los administradores sociales tienen la obligación legal de convocar junta general

adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores».

⁷⁵² ROJO, Á., «El Derecho concursal», *op. cit.*, pp. 896-897; y, del mismo autor, «El Derecho preconcursal», *op. cit.*, p. 587; ZABALETA DÍAZ, M., «El Derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», en *ADco*, núm. 30, 2013, p. 200.

⁷⁵³ *Vid.*, Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

⁷⁵⁴ ZABALETA DÍAZ, M., «El Derecho concursal de la crisis...», *op. cit.*, p. 200.

⁷⁵⁵ Véase a ROJO, Á., «El Derecho concursal», *op. cit.*, pp. 896-897; del mismo autor también véase a ROJO, Á., «El Derecho preconcursal», *op. cit.*, pp. 587-588; ZABALETA DÍAZ, M., «El derecho concursal de la crisis...», *op. cit.*, p. 200.

⁷⁵⁶ El contenido del artículo 327 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se corresponde con el viejo artículo 163.1. II de la derogada Ley de Sociedades Anónimas.

⁷⁵⁷ El contenido del artículo 363.1.d del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

e la vigente Ley de Sociedades de capital coincide con los viejos artículos 260.1.4ª de la derogada Ley de Sociedades Anónimas y el viejo artículo 104.1. e., de la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

para acordar en la misma la disolución o, que se acuerde aumentar o reducir capital, para intentar sanear dicha situación de desequilibrio financiero. En caso de que no se consigan los acuerdos referidos o, los mismos fueran contrarios a su ejecución, el administrador social deberá solicitar la disolución judicial de la sociedad (arts. 327 y 363.1.d LSC)⁷⁵⁸.

Si cualquiera de las obligaciones o deberes legales (anteriores) que se les impone a los administradores fueran incumplidos, se sancionará con la denominada responsabilidad solidaria a los administradores por las deudas sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la situación legal de disolución (art. 367 LSC), esto significa que nos encontramos ante la denominada «responsabilidad por pérdidas» de los administradores sociales⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ ROJO, Á., «El Derecho preconcursal», *op. cit.*, p. 587.

⁷⁵⁹ Para un correcto entendimiento sobre la *responsabilidad de los administradores* sociales por las pérdidas de la sociedad es recomendable hacer una lectura sosegada del trabajo del profesor BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Las pérdidas y la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales», en *ADco*, núm 4, 2005, pp. 407-423, donde se hace un estudio exhaustivo sobre la materia; también, en sentido más general, véase a ÁLVAREZ VEGA, M.I., «Soluciones concursales y paraconcursales a las crisis de empresa. La función conservativa del concurso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», en *Revista de Derecho privado*, septiembre-octubre, 2004, pp. 585 y ss.; ROJO, Á., «El Derecho concursal», *op. cit.*, pp. 896-897; del mismo autor, «El Derecho preconcursal», *op. cit.*, pp. 587-588; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001; En otro orden de cosas y, en plena conexión con esta cuestión, hay que decir que en el año 2008, el gobierno, ante la crisis real y financiera que azotaba a España en aquellos momentos, promulgó el Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, *que adoptó medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias*, introduciendo un régimen extraordinario y temporalmente limitado, consistente en que determinadas pérdidas por deterioro de valor no se computaran —no a efectos contables sino— a la hora de calcular el patrimonio neto a efectos de la disolución de sociedades y reducción obligatoria del capital (ex arts. 327 y 363 LSC). El Real Decreto 10/2008, ha venido prorrogando su vigencia hasta este 2015 (dejando de estar vigente dicha disposición desde el mes de julio de 2015: el RD-Ley 10/2008, de 12 de diciembre) por lo tanto, ahora si se computarán las pérdidas por deterioro de valor que hasta hace pocos meses no se computaban (temporalmente) para evitar —a nuestro juicio— la responsabilidad de los administradores y que muchas pymes tuvieran que disolver al encontrarse en causa legal de disolución. Por lo tanto, en la actualidad, como consecuencia a la no vigencia de dicha disposición (RD-Ley 10/2008, de 12 de diciembre), habrá más pymes en causal legal de disolución, y, ante la «posible» pasividad de los managers o administradores sociales, éstos podrían incurrir en la *responsabilidad por pérdidas* del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital; sobre lo anterior, véase a ALCOVER GARAU, G., «El Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias», en *RcP*, núm., 10, 2009, pp. 461-463; Sobre la promulgación del Real Decreto-Ley, 10/2008, de 12 de diciembre, también se pronunció el profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ que ya hizo hincapié sobre esta medida (extraordinaria, excepcional y temporal)

Como hemos venido anunciando desde el inicio de la tesis, el procedimiento que se alberga en el viejo artículo 5.3 (actualmente derogado), y en el actual 5 bis de la Ley Concursal, al que nosotros denominamos «preconcurso», es un procedimiento preconcursal, puesto que se3 sustancia fuera del concurso, dentro del periodo preconcursal (*extra muros* concurso), cuya principal finalidad consiste en *prevenir*⁷⁶⁰ o *remover*⁷⁶¹ el estado de insolvencia y, con ello, evitar la declaración de concurso, por eso nos parece apropiado denominarlo preconcurso, puesto que consideramos que dicho procedimiento judicial preventivo (ex viejo art. 5.3 y, el actual artículo 5 bis LC) es un verdadero instrumento *alternativo* a la solicitud de la declaración de concurso, que encaja –perfectamente– dentro del ámbito del denominado Derecho preconcursal, y, por todo ello lo denominamos «preconcurso».

Por otro lado, como ya hemos adelantado, nuestro Derecho concursal tradicional también discurre paralelamente junto al que denominan Derecho *paraconcursal*, cuyas principales características son la *especialidad* (por los sectores a los que se dirige) y la *excepcionalidad* (al aplicarse a empresas o grupos de empresa que por razones de dimensión económica o de complejidad estructural hacían entrar en juego al importante criterio político de oportunidad)⁷⁶². Según el Diccionario de la *Real Academia de la Lengua Española*⁷⁶³, el prefijo «para–» (procedente del griego: para–) significa, entre otros: «*al margen o en contra de...*» (*verbi gratia*: *paranormal*, *paramilitar*, *parafarmacia*, *parapsicología*, *paráfrasis*, *paradoja*). Si soldamos el prefijo «–para» al

en el año 2010, y que, en principio, solo se iba a aplicar excepcionalmente, en los dos ejercicios sociales que se cerrara a partir de la entrada en vigor de dicha disposición (RD-Ley 10/2008, de 12 de diciembre), pero como hemos podido observar, el gobierno ha venido prorrogándolo hasta el mismo año 2015, véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., p. 170.

⁷⁶⁰ Cuando el deudor se encuentra en situación de preinsolvencia.

⁷⁶¹ Cuando el deudor se encuentre en situación de insolvencia (tanto actual como inminente).

⁷⁶² ROJO, Á., «Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias», en *Revista de Derecho bancaria y bursátil*, núm., 29, año, VIII, enero-marzo, 1988, p. 144.

⁷⁶³ *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española*, 23ª edición, edición del Tricentenario, ed. Espasa Libros, S.L.U., Barcelona, 2014, p. 1629.

sustantivo «-concurso», esto es: «*paraconcurso*», podemos afirmar, con todo rigor, que se trata de un procedimiento, *al margen del concurso, es decir fuera de lo común, ordinario o general*. Por lo tanto, todo procedimiento que está al margen del proceso concursal regulado en otra norma legal (sectorial) distinta a la Ley Concursal, significa que se convierte en algo extraordinario y, por ende, se convierte en especial.

En nuestra opinión, los procedimientos paraconcursoales a pesar de que discurren en paralelo junto a lo concursal, también podría tener cabida dentro de lo preconcursal, como así lo afirma la doctrina⁷⁶⁴; lo paraconcursal marca la diferencia entre los procedimientos ordinarios generales de insolvencia (aplicables a cualquier deudor común), y, los procedimientos especiales de insolvencia para determinadas entidades sectoriales que, por razón de su gran dimensión económica, su compleja organización y el fuerte interés público que las rodea, necesitan de un tratamiento legal especial para dar solución a las situaciones de crisis económica.

Algún autor ha defendido que el Derecho *paraconcursal* no debe ser entendido como un campo o disciplina legal *distinta y opuesta* al ámbito concursal (ni siquiera meramente próximos o interconectados), sino que, es o pertenece al mismo campo⁷⁶⁵; por otro lado, tampoco ha faltado quien defiende que el Derecho paraconcursal transcurre en paralelo junto a lo concursal⁷⁶⁶, es decir, las normas paraconcursoales existentes en nuestro Ordenamiento convierten a nuestra Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal en un norma *extra o contraparaconcursal*, es decir un norma fuera del sistema *paraconcursal*⁷⁶⁷. Y, lo cierto es que ambos autores tienen razón, la paraconcursalidad debe entenderse

⁷⁶⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido preconcursal...*, op. cit., p. 51.

⁷⁶⁵ GARCÍA VILLAVERDE, R., «Instituciones concursales y paraconcursoales: el ámbito de una reforma», en *Revista de la facultad de Derecho Universidad Complutense RFDUC*, (Estudios sobre el anteproyecto de la Ley Concursal, Marzo, 1985, p. 207

⁷⁶⁶ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., «Paraconcursalidad preventiva y entidades financieras: nacionalizaciones bancarias en Europa (*Northern rock*) y Estados Unidos (YNDYMAC), en *RdCyP*, núm. 9, 2008, p. 458.

⁷⁶⁷ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial...*, op. cit., p. 27.

como una disciplina distinta a la concursabilidad, pero ambas –junto a la preconcursabilidad– deben estar siempre en plena conexión, interrelacionadas y, sobre todo, *coordinadas*, para evitar los posibles desajustes que puedan generar las normas concursales ordinarias a las situaciones de insolvencia de las entidades sectoriales (especiales) sujetas a supervisión; como se puede observar, se trata de que las normas *paraconcursoales* prevean un régimen legal especial aplicable a aquellas entidades sometidas a supervisión (especiales) que por su especial complejidad económica, sus dimensiones económicas, no se adaptan a las normas concursales ordinarias previstas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

En conexión a lo anteriormente descrito, el Derecho *paraconcursal* se puede definir como todas aquellas normas o medidas legales de carácter o naturaleza administrativa⁷⁶⁸ que regulan las situaciones de crisis de determinadas entidades sometidas a un control administrativo especial⁷⁶⁹, entre

⁷⁶⁸ Aunque, según lo que apuntaba en su día DEL GUAYO CASTIELLA que decía que lo normal es que las medidas implicadas en lo *paraconcursal* sean medidas administrativas, pero, han de reputarse como *paraconcursoales* también aquellas modulaciones que imponga la presencia de intereses generales en el concurso de acreedores y que son adoptadas por el juez del concurso. Un ejemplo claro, continuaba DEL GUAYO, era la medida prevista en la vieja redacción del apartado 1º artículo 100 de la Ley Concursal (actualmente derogada) que rezaba lo siguiente: «Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que el informe emitido al efecto por la administración económica competente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar»; este apartado 1º fue introducido por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de *medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante a evolución de la situación económica* (art. 10.4), y por ello, al entenderse la anterior medida como una medida *paraconcursal*, la doctrina se llegó a plantear la duda de si este Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 podría considerarse una norma *Paraconcursal*, véase a ; finalmente, decir que el apartado 1º del artículo 100 de la Ley Concursal ha sido derogado por el número 8 de apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de *medidas urgentes en materia concursal*, BOE de 26 de mayo, entrada en vigor: el 27 de mayo de 2015. Véase a DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial...*, op. cit., p. 39. Desde nuestro humilde punto de vista, pudiera ser que la anterior medida haya sido eliminada del sistema debido a que pudiera considerarse una ayuda pública de estado, incompatible con los postulados del mercado común europeo, siempre rozando los límites impuestos por la libre competencia del Derecho UE (art. 87, 88 y 89 TCE), invocando el principio de paridad de trato entre empresas públicas o privadas (vid., la Directiva núm. 89/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio del 1980, relativa a la transparencia de las relaciones entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como la transparencia financiera de determinadas empresas.

⁷⁶⁹ ROJO, Á., «El Derecho concursal», op. cit., p. 896; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido preconcursal...*, op. cit., pp. 51 y ss.

otras, destacan: las entidades de crédito⁷⁷⁰, las compañías aseguradoras –y reaseguradoras–⁷⁷¹ o, las empresas de servicios de inversión⁷⁷². Asimismo, el Derecho *paraconcursal* servirá para intervenir a las entidades supervisadas, para sustituir al órgano de administración y dirección de dicha entidad, y, posteriormente, para ocuparse de la liquidación administrativa de las mismas⁷⁷³. Como insistía el profesor GARCÍA VILLAVERDE⁷⁷⁴, la verdadera importancia de las normas o medidas paraconcursoales, radica en la tendencia a *conservar* las empresas *eludiendo* la aplicación del Derecho concursal tradicional; por lo tanto lo que estas normas pretenden es la búsqueda de la conservación de empresas sin contar –o contar escasamente– con la voluntad de los propios acreedores.

Hay que tener en cuenta que las actuaciones de intervención y de sustitución paraconcursoales se realizarán de una manera *preventiva*, antes de que se haya instalado el estado de insolvencia, es decir, cuando amenaza con constituirse éste; mientras que en los casos en los que se procede a liquidar administrativamente una de las entidades supervisadas, normalmente se

⁷⁷⁰ *Vid.*, la recientemente aprobada Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y la Disposición adicional 2ª de la Ley Concursal, que ordena el régimen legal aplicable a los concursos de entidades de crédito, véase en CANDELARIO MACÍAS, M.I., «Procedimientos paraconcursoales: ¿regulación administrativa o judicial de los concursos?», en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, Francia, A. 14, núm. 20, 2010, pp. 61 y ss.

⁷⁷¹ *Vid.*, la derogada Ley 6/2004, de 29 de octubre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados; y la recientemente promulgada Ley 11/2015, de 18 de junio, *de recuperación y resolución de entidades de créditos y empresas de servicios de inversión*; y la actual (vigente) Ley 20/2015, de 14 de julio, *de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras* sobre esta materia véase el trabajo que en su día elaboró CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., «Legislación concursal especial sobre entidades de seguro», en *ADco*, núm. 3, 2004, pp. 371-378.

⁷⁷² *Vid.*, también la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, con sus correspondientes modificaciones llevadas a cabo por la Ley 32/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la anterior, que anticipa y marca las líneas por las que discurrirá el futuro sistema español de compensación, liquidación y registro de operaciones bursátiles.

⁷⁷³ *Vid.*, a ROJO, Á., «El Derecho concursal», *op. cit.*, pp. 897-898.

⁷⁷⁴ *Vid.*, GARCÍA VILLAVERDE, R., «Instituciones concursales y paraconcursoales...», *op. cit.*, p. 202.

presupone el estado de insolvencia de las misma⁷⁷⁵. Es cierto que la doctrina científica⁷⁷⁶ ha entendido que la intención de crear o constituir un sistema legal *paraconcursal* puede ser algo irreal, insinuando, por tanto, que no se puede hablar de un régimen *paraconcursal* legal y sistemático (único) dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, debido a que las normas paraconcursoales se caracterizan por su singularidad o especialidad, a la hora de promulgarse para dar tratamiento a situaciones excepcionales, difícilmente regulables en un norma general, pero, creemos que dicha afirmación no es del todo acertada, puesto que como podemos comprobar han existido y, existen en la actualidad, diversos cuerpos normativos⁷⁷⁷ —aunque bien es cierto que de carácter disperso

⁷⁷⁵ Véase a ROJO, Á., «El Derecho concursal», op. cit., pp. 897-898.

⁷⁷⁶ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial...*, op. cit., p. 28

⁷⁷⁷ *Verbi gratia*, entre otras: la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, con sus correspondientes modificaciones llevadas a cabo por la Ley 32/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la anterior, que anticipa y marca las líneas por las que discurrirá el futuro sistema español de compensación, liquidación y registro de operaciones bursátiles; la vieja Ley 6/2004, de 29 de octubre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; la recientemente promulgada Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de créditos y empresas de servicios de inversión que entró en vigor el pasado 20 de junio de 2015 (salvo algunos preceptos que se les otorga una mayor *vacatio legis*, incluso hasta el mismo 3 de julio de 2017, véase Disposición final decimoséptima de la Ley); y la actual Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que entrará en vigor el día 1 de enero de 2016 (véase Disposición final vigésimo primera de la Ley), concretamente véase el contenido de los artículos 168, 189 y la Disposición final quinta de la ley, que versa sobre la insolvencia y/o el concurso de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Finalmente decir que, en ningún caso es descabellado afirmar que la derogada Ley de Suspensión de pagos de 1922 era considerada una norma *paraconcursal*, debido, como afirma la doctrina, al supuesto concreto que vino a regular (la crisis económica que sufrió el Banco de Barcelona en aquella época); también tenían naturaleza *paraconcursal* las siguientes leyes vigentes en el Derecho concursal anterior (actualmente derogadas): i) Ley 12 de noviembre de 1869, sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles, concesionarias de canales y demás obras públicas análogas; ii) Ley de 19 de septiembre de 1896, sobre convenios entre las compañías de ferrocarriles y sus acreedores sin llegar al estado de suspensión de pagos; iii) Ley de 9 de abril de 1904, sobre aprobación de convenios de sociedades o empresas de canales, ferrocarriles y demás concesionarios de obras públicas; iiiii) Ley de 2 de enero de 1915, sobre suspensión de pagos de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras de servicio público general; Los artículos 930 a 941 del Código de Comercio de 1885 (sobre suspensión de pagos y quiebras de compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas); iiiiii) El capítulo II de la Ley de 21 de abril de 1949, sobre fomento de las ampliaciones y mejora de los ferrocarriles de vía estrecha y de ordenación de los auxilios a los de explotación deficitaria; sobre paraconcursoalidad y normas paraconcursoales antiguas véase a DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial...*, op. cit., p. 29. En contra del autor anterior se manifestaba el profesor ROJO, que insinuaba que la Ley de Suspensión de pagos de 1922, no podía ser una norma especial incardinada en lo que se pudiera denominar el ámbito del Derecho *paraconcursal*, sino que, más bien, dicha ley, había que entenderla como Ley procesal que debía estar en plena conexión con el artículo 873 C. De c., y

y fragmentario⁷⁷⁸ – que regulan esas situaciones excepcionales (concretas) de insolvencia sobre entidades sometidas a supervisión (por lo tanto el sistema *paraconcursal*, aunque disperso, existe), que debido a sus grandes dimensiones económicas y, a los motivos de interés público que aflora sobre las mismas, es necesario que las soluciones que den tratamiento a dichas crisis pasen también por soluciones extraordinarias o excepcionales (atendiendo al caso concreto) y, por tanto, fuera (o al margen) del régimen concursal ordinario o general.

En conexión con lo anterior, es idóneo traer a colación la idea que señala ROJO, que defiende que dentro del Ordenamiento jurídico español, no se puede hablar de un Derecho *paraconcursal* general, sino que, más bien, existen Derechos paraconcursales sectoriales⁷⁷⁹, es decir, dependiendo del sector en el que nos estemos moviendo, habrá unas –u otras– normas especiales de intervención, sustitución y liquidación administrativa (*v.,gr.:* el Derecho *paraconcursal* bancario⁷⁸⁰). Normalmente, las normas o medidas *paraconcursales* entran en juego sin existir declaración judicial de concurso, pero en el caso de que si se hubiera declarado el concurso, dicho proceso se tramitaría sometido a un régimen especial distinto al general, principalmente por los fuertes motivos de *interés público*⁷⁸¹ que subyace en toda crisis por la que atraviesa una entidad supervisada y, sobre todo, con el afán prioritario de mantener la estabilidad de

además, dicha ley no contenía un procedimiento específico y especial para las crisis de las entidades financieras, por lo tanto, parece que ROJO nos venía a decir que dicha Ley se inclinaba más por la solución general (*rectius:* concursal), que por la solución especial o *paraconcursal*; aunque –continúa ROJO– es cierto que dentro de dicha Ley de 1922, se regulaban diversos preceptos pensados para futuras situaciones de crisis bancarias de insolvencia, *vid.*, ROJO, Á., «Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 29, año VIII, enero-marzo 1988, pp. 142-143.

⁷⁷⁸ CANDELARIO MACÍAS, M.I., «Procedimientos paraconcursales...», *op. cit.*, p. 63.

⁷⁷⁹ Así también lo parece entender DEL GUAYO CASTIELLA, Í., Sector público empresarial, *op. cit.*, pp. 36-37

⁷⁸⁰ ROJO, Á., «Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias», *op. cit.*, pp. 143-146; en lo que respecta a las crisis de las entidades financieras, además de las especialidades recogidas en la Ley Concursal, también existen Leyes especiales que introducen modificaciones y especialidades como por ejemplo la Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y la mejora de la contratación pública, *vid.*

⁷⁸¹ GARCÍA VILLAVERDE, R., «Instituciones concursales y paraconcursales...», *op. cit.*, pp. 198-206. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., Posibilidad y contenido..., *op. cit.*, p. 51.

nuestro sistema financiero a pesar de la deficiente técnica jurídica utilizada a la hora de elaborar dichas normas paraconcursoales –no siempre bien diseñadas, apunta ROJO⁷⁸²–, y la descoordinación respecto de otros sectores del ordenamiento, desprotección de los intereses en juego, ruptura del sistema de jerarquía normativa, etcétera⁷⁸³.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, fue promulgada con la idea de respetar todas las normas la legislación especial y específica aplicable a los procedimientos de insolvencia de las entidades financieras, para ello, introdujo la ya mencionada *Disposición adicional segunda* de la Ley Concursal (legislación especial) que venía a ordenar el régimen legal especial aplicable a las entidades financieras, aseguradoras y de servicio de inversión⁷⁸⁴. La tendencia de unificar

⁷⁸² ROJO, Á., «El Derecho concursal», op. cit., p. 898.

⁷⁸³ Vid., GARCÍA VILLAVARDE, R., «Instituciones concursales y paraconcursoales...», op. cit., p. 194.

⁷⁸⁴ Véase la Disposición adicional segunda de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal:

1. *En los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal.*

2. *Se considera legislación especial, a los efectos de la aplicación del apartado 1, la regulada en las siguientes normas:*

a) *Artículos 10, 14 y 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias.*

b) *Artículo 16 del Real Decreto Ley 3/1993, de 26 de febrero, sobre medidas urgentes en materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo.*

c) *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en lo que respecta al régimen aplicable al sistema de compensación, liquidación y registro en ella regulados, y a las entidades participantes en dichos sistemas y, en particular, los artículos 12 bis, 36 quáter, 44 bis, 44 ter, 58 y 70 ter.2.f).*

d) *La disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación bancaria.*

e) *Ley 13/1994, de 1 junio, de Autonomía del Banco de España, por lo que respecta al régimen aplicable a las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros bancos centrales nacionales de la Unión Europea, en el ejercicio de sus funciones.*

f) *La disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras.*

g) *Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.*

h) *Los títulos VI y VII de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras; y el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004 de, 29 de octubre.*

i) *El Capítulo II del Título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.*

j) *Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre Saneamiento y Liquidación de las Entidades de Crédito.*

y centralizar la normativa de insolvencia del deudor común sin olvidar las especialidades que presentan determinados sujetos económicos (sectores supervisados), no ha sido seguida solamente por nuestro Ordenamiento jurídico, sino que, también en Alemania, Brasil, Méjico y Portugal, se ha seguido esta línea unificadora en materia concursal, reconociendo margen de actuación a la normativa especial o legislación especial aplicable a determinados sectores especiales⁷⁸⁵.

En conclusión a todo lo anteriormente apuntado, podemos decir que el procedimiento que se alberga en el viejo artículo 5.3 (actualmente derogado e introducido por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo⁷⁸⁶) y, el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal, no es, en ningún caso, una medida *paraconcursal* y, por lo tanto, no se le puede denominar «paraconcurso», puesto que dicho procedimiento escapa del ámbito de la denominada *paraconcursalidad*; es decir, a pesar de que dicho procedimiento sea un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, cuya principal finalidad es la preventiva del concurso, no se le puede considerar *paraconcursal*, pues no se dirige *ex professo* a entidades sectoriales (especiales) sometidas a supervisión, sino que el artículo 5 bis, de naturaleza eminentemente *preconcursal*, se configura en el sistema como una verdadera alternativa a la solicitud de concurso para el deudor común. En este caso entendemos que, las entidades sectoriales sometidas a supervisión (entidades financieras, de inversión, seguros), debido a sus especialidades, su dimensión económica y al fuerte interés público que las rodea, precisan de

k) La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

l) El artículo 34 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

3. Las normas legales mencionadas en el apartado anterior se aplicarán con el alcance subjetivo y objetivo previsto en las mismas a las operaciones o contratos que en ellas se contemplan y, en particular, las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones financieras relativas a instrumentos derivados.

⁷⁸⁵ CANDELARIO MACÍAS, M.I., «Procedimientos paraconcursales...», op. cit., p. 84.

⁷⁸⁶ Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica actual.

normas especiales, fuera de la Ley Concursal, que se puedan adaptar mejor a sus necesidades cuando se encuentran en estado de insolvencia.

Es cierto que la doctrina puede caer en la «tentación» de rebatir nuestros argumentos aduciendo que la Disposición normativa –el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica actual–, que introdujo el procedimiento del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, ahora artículo 5 bis, era una disposición normativa paraconcursal⁷⁸⁷, y, por ello, a dicho procedimiento preventivo se le podría denominar «paraconcurso».

Pero esta tesis, a nuestro juicio, no tiene mayor fundamento debido a los argumentos que hemos aportado anteriormente. No negamos la naturaleza Paraconcursal que pudieran tener algunas de las medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, pero el artículo 10.1 de dicha disposición (RD-Ley 3/2009), que introdujo en apartado 3º del artículo 5 de la ley Concursal (el precurso), en ningún caso puede ser considerado una medida o procedimiento de corte paraconcursal concebida para determinados deudores sectoriales, puesto que el procedimiento que introducía era (ex viejo art. 5.3 LC) y es (actual art. 5 bis LC) facultativo (es una potestad o facultad exclusiva del deudor), no viene, en ningún caso, impuesto –imperativamente– a determinados tipos de deudores, como si ocurre, por ejemplo, con las entidades sectoriales sujetas a supervisión. Al precurso (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC) se puede acoger todo deudor común –ya sea perdona física o jurídica–, otra cosa es que se utilice de manera adecuada y les pueda reportar los beneficios pretendidos del procedimiento. Por lo tanto, queda patente que aunque el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, pueda ser considerado una norma de carácter paraconcursal⁷⁸⁸, no todas las medidas

⁷⁸⁷ CANDELARIO MACÍA, M.I., «Procedimientos paraconcursales...», *op. cit.*, pp. 71 y ss.

⁷⁸⁸ Al igual que puede considerarse Paraconcursal el Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias (BOE, núm. 300, de 13 de diciembre de 2008)

que introducía (entre otras el apartado 3 del artículo 5 de la LC) eran, a nuestro parecer, «paraconcursoales».

Por otro lado, en la doctrina procesalista moderna, algún autor⁷⁸⁹, al tratar de estudiar y analizar el procedimiento de precurso del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, ha utilizado el siguiente título: «*Entre la paraconcuralidad y la jurisdiccionalidad del concurso...*»; pero después de leer detenidamente su interesante trabajo, nos damos cuenta de que el autor no entiende al procedimiento del viejo artículo 5.3 como si de un procedimiento paraconcural se tratara, sino que de una forma hábil e inteligente el título elegido por el autor nos venía a indicar que el procedimiento del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal era un instrumento que se encontraba en un punto intermedio entre la paraconcuralidad y la jurisdiccionalidad del proceso concursal *stricto sensu*.

Asimismo, entendemos que el procedimiento del viejo artículo 5.3 y el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal no debió, ni debe ser catalogado como un instrumento paraconcural, pero a la vez dicho procedimiento judicial (no jurisdiccional) quedaba fuera del proceso concursal (ya que el precurso es un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria), al que se le otorga carta de naturaleza preconcural. Nos encontrábamos ante un procedimiento preconcural cuya principal finalidad era la de evitar el concurso (previniendo o removiendo el estado de insolvencia) y, en ningún caso, el precurso (ex art. 5 bis), como así lo denominamos nosotros, puede entrar dentro de los esquemas de la paraconcuralidad, puesto que no se dirige exclusivamente a entidades (especialmente supervisadas) sectoriales; además, el precurso (ex viejo art. 5.3 y, actual 5 bis de la Ley Concursal) se presenta en nuestro sistema concursal como una auténtica alternativa procedimental al concurso⁷⁹⁰, cosa que

⁷⁸⁹ DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcuralidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, en *ADco*, núm. 21, 2010, pp. 163-176.

⁷⁹⁰ Decimos que el precurso se configura como un verdadera alternativa (proporciona una alternativa) al concurso alineados con lo que defiende DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial...*, op. cit., p. 255; de modo opuesto, todo aquello que

no ocurre con las normas o medidas paraconcursoales, que, como sabemos, no son una verdadera alternativa al concurso, sino que son especialidades que se imponen por razón de la naturaleza de la empresa a la que se aplican (*verbi gratia*: Disposición adicional segunda LC), y que se introducen al propio concurso de acreedores para ofrecer un tratamiento especial (fuera del procedimiento ordinario) a las particulares situaciones de insolvencia que se plantean en determinadas entidades (sectoriales) sometidas a supervisión y, cuya aplicación es imperativa para este tipo de entidades (legislación especial)⁷⁹¹. En definitiva, por todo lo expuesto en este apartado, es más idóneo denominar «preconcurso» al procedimiento (ex viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis LC), que utilizar la palabra «paraconcurso».

Para concluir, es importante dejar claro que las normas paraconcursoales pueden ser de varios tipos; i) por un lado se consideran paraconcursoales el conjunto de medidas públicas dirigidas al salvamento o rescate de empresas en situación de crisis económica que pueden ser de carácter preventivo o, de carácter paliativo y, ii) por otro lado, estaría las normas administrativas paraconcursoales que son de aplicación a determinados sectores regulados en los que la dimensión económica de la entidad, la compleja estructura y el fuerte interés público que las rodea (en caso de crisis económica) hacen que dicha normas paraconcursoales (especiales) se aplican a los procedimientos de insolvencia de esas entidades supervisadas (seguros, entidades financieras y entidades de inversión. Asimismo, como ya hemos advertido, es importante remarcar que la clave para diferenciar ambas disciplinas radica en que las normas y medidas paraconcursoales introducen especialidades que se aplicarán de forma imperativa en el concurso de acreedores de entidades especialmente sujetas a supervisión administrativa, todo ello debido a la naturaleza de la

introduzca especialidades al proceso concursal por razón de la naturaleza de la empresa a la que se vayan a aplicar (sectores especiales sometidos a supervisión por reguladores) se deben entender como medidas «paraconcursoales».

⁷⁹¹ CANDELARIO MACÍAS, M.I., «Procedimientos paraconcursoales: ¿Regulación administrativa o judicial de los concursos?», en *Revista Estudios Jurídicos UNESP*, Franca, año 14, núm. 20, 2010, pp. 58 y 64-70.

empresa; es decir no es posible eludir dichas especialidades, en el momento en el que estemos dentro del ámbito subjetivo de la medida, se deben aplicar inexorablemente las medias paraconcursoales. Mientras que, en el caso de las instituciones o procedimientos precursoales, a diferencia de los paraconcursoales, no son *imperativos*, ofrecen una alternativa al concurso de acreedores y, por dicha razón, no pueden ser considerados normas o instrumentos paraconcursoales⁷⁹².

6. Alguna confusión terminológica

6.1. El precurso y los contratos del sector público

Como ha puesto de manifiesto la doctrina⁷⁹³ y, en íntima relación con lo anteriormente apuntado, uno de los problemas que se puede dar a la hora de extender el uso de la palabra «precurso» y su –errónea– identificación con el concurso de acreedores, se plantea cuando entran en juego los denominados «contratos del sector público», ya que el artículo 60.1 b del *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público*⁷⁹⁴ (en adelante TRLCSP⁷⁹⁵), *prohíbe* contratar con el

⁷⁹² DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial...*, op. cit., p. 255

⁷⁹³ *Vid.* PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursoalidad...*, op. cit., pp. 374, concretamente la nota al pie de página número (342), y 401-403.

⁷⁹⁴ En virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del TRLCSP son contratos del sector público, todos los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren con cualquier persona física o jurídica, los entes establecidos en el artículo 3 del TRLCSP (ámbito subjetivo del TRLCSP). El artículo 18 del TRLCSP prevé que los denominados: «contratos del sector público» pueden ser de naturaleza administrativa o, de naturaleza privada. El régimen aplicable a los contratos administrativos para su preparación, adjudicación, efectos y resolución, los establecidos en la LCSP y las disposiciones de desarrollo de la misma (supletoriamente se aplicarían las demás normas administrativas y, en su defecto, se aplicarían las normas de derecho privado. Por otro lado, están los contratos privados que se rigen por la LCSP en cuanto a su elaboración y adjudicación (supletoriamente se aplicarían las restantes normas administrativas y, en su defecto, por las normas de derecho privado), en lo que concierne a los efectos y a la resolución de dichos contratos, éstos se regirán por el derecho privado. Para un completo estudio del régimen de los contratos del sector público véase a DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid, 2011, (monografía *RdCyP*, núm. 14), pp. 67-81.

sector público a las personas que: i) hayan solicitado el «concurso voluntario⁷⁹⁶»; ii) hayan sido, alguna vez, declaradas insolventes en cualquier procedimiento; iii) estén declaradas judicialmente en concurso – salvo que este haya llegado a solución de convenio –; iiiii) hayan sido intervenido judicialmente, o, iiiiii) haya sido inhabilitado en la sección de calificación de algún concurso ya tramitado y que todavía no haya pasado el periodo de inhabilitación por el que se le ha condenado en la sentencia de calificación del concurso (art. 172.2.2º LC⁷⁹⁷)⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵ El tenor literal del artículo 60.1 b del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de Sector público (TRLCSF), mantiene el mismo contenido que el viejo artículo 49.1 b de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, el cual fue modificado por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 6 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (BOE, núm. 89, de 13 de abril de 2010).

⁷⁹⁶ Como se desprende del contenido del artículo 60.1 b del TRLCSF, la prohibición de contratar con el sector público opera cuando el contratista solicita la declaración judicial de concurso voluntario (arts. 5.1 y 22.1 LC); en los casos en los que la declaración de concurso haya sido instada por los demás legitimados (art. 7 LC), es decir, se trate de una solicitud de concurso necesario (art. 22.2 LC), la prohibición de contratar no se activaría hasta que no se declarase judicialmente el concurso. Véase en PÉREZ DELGADO, M., y RODRÍGUEZ PÉREZ, R., «Declaración y efectos del concurso. Transcendencia para la contratación pública», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 121, sección reflexiones, septiembre-diciembre, 2012, p. 2.

⁷⁹⁷ Sobre la inhabilitación del concursado y la duración de esta fijada por la sentencia firme de calificación del concurso (art. 172.2.2º LC), véase a GARCÍA-CRUCES, J.A., «Sentencia de calificación» (art. 172), en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la ley concursal*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 2587-2589.

⁷⁹⁸ Sobre la prohibición de contratar en el sector público para deudores que han solicitado la declaración judicial de concurso reguladas en el derogado artículo 49.1.b LCSP y actual artículo 60 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector público, vid., por todos, los trabajos de DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público...*, op. cit., pp. 34-38; LINARES GIL, M., «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley 6/2010», en *RcP*, núm. 14, 2011, pp. 193-204; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concurso y contratos con el sector público en el marco del Real Decreto 3/2009 y de nueva Ley de contratos del sector público», en *RcP*, núm. 11, sección varia, segundo semestre 2009, pp. 270 y ss., donde la autora explica que: «la comunicación del inicio de comunicaciones del viejo artículo 5.3 no era una solicitud de concurso, ni se la podía extender los mismos efectos (por analogía)»; en este sentido –continúa la autora– la comunicación del inicio de negociaciones del (viejo) artículo 5.3 «no puede tener un efecto enervador, por lo que dicho deudor acogido al precurso (ex viejo artículo 5.3 LC) podrá concurrir a un proceso de licitación pública para concurrir en cualquier contrato del sector público». Además solo será aplicable tal prohibición de contratar las solicitudes de concurso voluntario basadas en un estado de *insolvencia actual* (situación en la que es más posible que el deudor no pueda cumplir dicho contrato), puesto que si un deudor solicitara la declaración de concurso por encontrarse en *insolvencia inminente*, no es tan seguro que el deudor en dicho estado pueda incumplir, es más, como afirma la autora, si ante un situación de *insolvencia inminente* se le deja concurrir a licitar a un empresa, ésta podría evitar

Con esta norma parecía que lo que realmente se buscaba era evitar que el «interés general» se viera perjudicado como consecuencia de que el deudor común, que está intentando dar tratamiento a su situación de insolvencia a través del proceso concursal (*rectius*: que ha sido declarado judicialmente en concurso), sea incapaz de cumplir con las obligaciones dimanantes de dichos contratos; por todo ello, desde el año 2007⁷⁹⁹, dicha prohibición de contratar (viejo artículo 49.1 b⁸⁰⁰, y actual artículo 60.1 b de la LCSP vigente⁸⁰¹) se ha extendido tanto a los contratos suscritos frente a la Administración Pública, como a los contratos administrativos o privados celebrados por el deudor con el

entrar en estado de *insolvencia actual*, al seguir manteniendo su actividad empresarial en la ejecución de dicho contrato. Tampoco se debe aplicar la prohibición de contratar del artículo 60 TRLCSP, a las solicitudes de concurso necesarias instadas por los acreedores, puesto que, el hecho de que un acreedor haya instado el concurso necesario de un deudor, no significa, en todo caso, que éste sea insolvente. Lo más criticable es el hecho de haber establecido el concurso de acreedores, declarado judicialmente o no como causa automática de prohibición de contratar en el sector público, también de la misma autora, véase su recientemente publicado trabajo: *El concurso de las entidades del sector público y sus contratistas*, ed. Civitas, Cizur Menor, 2015; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., pp. 374 (pie de página núm. 342) y 401-403.

⁷⁹⁹ Cfr., la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público y el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁸⁰⁰ El Real Decreto Ley 6/2010, de 6 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (BOE núm. 89, de 13 de abril de 2010), modificó el viejo artículo 49.1 b LCSP de 2007, modulando las situaciones en las que se prohíbe a un concursado contratar con el sector público. Antes de la reforma operada por RDL 4/2010, el artículo 49.1 b de la LCSP de 2007, establecía la prohibición tanto para el deudor que haya solicitado el concurso voluntario (ya fuera por insolvencia inminente como actual), como al deudor que ya había sido declarado judicialmente en concurso *necesario*, además, antes de la modificación operada en el 2010 (RDL 6/2010, de 6 de abril), el tenor literal del artículo 49.1 b de la LCSP, no permitía contratar con el sector público, ni siquiera, después de la aprobación judicial de un convenio en el seno del concurso. Por lo tanto, hay que aplaudir la modificación que se introdujo por el RDL 6/2010, de 6 de abril, ya que dejó la redacción del viejo artículo 49.1 b de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, de la siguiente manera: «1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: «b) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforma a la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación». Dicha redacción se ha mantenido, tal cual, en el vigente artículo 60.1 b del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Véase, en este sentido el trabajo de PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 402 y 403.

⁸⁰¹ Vid., el artículo 60.1 b del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de Sector Público.

sector público (organismos o entidades que aun no siendo Administración Pública, pertenezcan también al sector público⁸⁰²)⁸⁰³.

A pesar de lo anterior, hay que decir que el deudor acogido al «preconcurso» (ex art. 5 bis LC), en ningún caso se encuentra declarado judicialmente en concurso, es decir, ni siquiera ha instado la declaración judicial de concurso, por lo tanto, privar a un deudor de contratar con el sector público en periodo preconcursal, por el «mero» hecho de identificar la palabra «preconcurso» (viejo artículo 5.3 y actual art. 5 bis LC) con un posible «ulterior» concurso de acreedores es un «craso» error que debe corregirse⁸⁰⁴; además, desde un punto de vista operativo, no es muy lógico que prohíban a un deudor común contratar con el sector público cuando se encuentre en situación preconcursal –acogido al «preconcurso» ex artículo 5 bis LC– (o, incluso, en situación concursal), ya que si lo que de verdad se busca es la *deseada* satisfacción de los acreedores ordinarios y, si existiera un mínimo «atisbo» de viabilidad, la conservación de la empresa, que mejor oportunidad que permitir al deudor concurrir a la *licitación* de un contrato con la Administración Pública –cuando haya solicitado el concurso (ex viejo art. 5.3 y actual art. 5 bis LC)–, que le permitiera obtener los ingresos suficientes (un «balón de oxígeno») para evitar o, remover su estado de insolvencia y, con ello, poder satisfacer a los acreedores con mayores garantías, además de poder mantenerse en el tráfico jurídico (también se garantizaría, de alguna manera, el denominado *principio de conservación de la empresa* que subyace en todo convenio regulado en

⁸⁰² Sobre el ámbito subjetivo del TRLCSP véase a DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público...*, op. cit., pp. 70-73 y la doctrina allí citada, *verbi gratia*: MELLADO RUIZ, L., «Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de contratos de sector público: análisis general a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», en *Administración en Andalucía. Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 74 (2009), pp. 101-146.

⁸⁰³ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público...*, op. cit., pp. 38-39. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 402.

⁸⁰⁴ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 403; DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos de sector público...*, op. cit., pp. 37-38; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concursos y contratos...», op. cit., p. 269.

la Ley Concursal⁸⁰⁵), puesto que, si se permitiera dicha extensión, sería contradictorio que durante la tramitación del «preconcurso» (ex viejo art. 5.3 y, actual 5 bis LC) en la que efectivamente se *evitara* el concurso, conllevara, también, la vigencia de la prohibición de contratar con el sector público (ex art. 60.1 b LCSP)⁸⁰⁶.

Por tanto, entendemos que sería incoherente extender la prohibición de contratar con la Administración Pública al deudor que esté acogido al procedimiento de «preconcurso» (ex viejo artículo 5.3, actual art. 5 bis LC), puesto que, según lo previsto en la redacción del artículo 60.1 b) del TRLCSP, si el concurso discurriera por la solución de convenio (se aprueba judicialmente un convenio en el seno del proceso concursal), dicha solución –convenida– «enervaría» la prohibición de contratación con el sector público (ex art. 60.1 b TRLCSP); en este sentido, si nos damos cuenta, uno de los objetos del procedimiento de «preconcurso» (ex art. 5.3, actual 5 bis LC) –aun reconociendo que el propio deudor se encuentra en estado de insolvencia actual (ex viejo artículo 5.3)– pudiera pasar por conseguir adhesiones suficientes para una propuesta anticipada de convenio, *rectius*: «convenio anticipado», que, también, se aprobará judicialmente en el seno del concurso declarado (posteriormente), por lo tanto, entendemos que otro argumento a favor de la no extensión de la prohibición al «preconcurso» (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC), sería, como afirma DEL GUAYO CASTIELLA –apoyándose en los límites establecidos por la norma y en la propia doctrina⁸⁰⁷–, que la prohibición de

⁸⁰⁵ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público...*, op. cit., p. 39; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concursos y contratos...», op. cit., p. 270.

⁸⁰⁶ *Vid.*, DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público...*, op. cit., p. 37; siguiendo a DEL GUAYO, *vid.*, a RAMOS, A., «Las consecuencias de la declaración de concurso de acreedores de licitadores y contratistas públicos», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 121, sección de reflexiones, septiembre diciembre, 2012, p. 5.

⁸⁰⁷ *Cfr.* DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público...*, op. cit., p. 39, Según el autor, esta es forma correcta de interpretar la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 6 de abril, que dice que: «salvo que en el concurso haya adquirido la eficacia un convenio», apoyándose, también, en lo argumentado por LINARES GIL, M., «Concurso de acreedores y contratación administrativa tra el Real Decreto-Ley 6/2010», en *RdCyP*, núm. 14, 2011, p. 201. Como acertadamente apunta LINARES GIL, « hay que atender a una ponderación de los intereses públicos concurrentes y se advierte que lo procedente no sería extender la

contratar no debe operar en el «preconcurso», puesto que, si se consiguen en el mismo las adhesiones suficientes para aprobar una propuesta anticipada de convenio (*rectius*: convenio anticipado), ésta será aprobada judicialmente en el seno del concurso posteriormente declarado, y la misma tendría un valor equivalente al de un convenio concursal, además, como hemos dicho anteriormente, la comunicación (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC) no es un verdadero escrito de demanda⁸⁰⁸, ni tampoco se debe equiparar a una solicitud de concurso voluntario (art. 5 LC), por lo que, sería ilógico extender tal prohibición cuando en dicho procedimiento (de «preconcurso») se busca la consecución de las adhesiones suficientes para respaldar una propuesta anticipada de convenio, que será aprobada judicialmente en el seno del concurso ulterior, como si de un convenio concursal se tratara (convenio anticipado)⁸⁰⁹.

En este sentido, el hecho de que la solicitud de «preconcurso» (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC) no active la prohibición de contratación con el sector público (ex art. 60.1 b LCSP), no es óbice para que el plazo (o moratoria temporal) de seis meses en el que se tramita el «preconcurso» (2+3+1), pudiera ser utilizado por la Administración Pública o, por las entidades u organismos (pertenecientes al sector público), como un «pretexto» (contrario a derecho) para dilatar en el tiempo la posible contratación del deudor con el sector público o, la misma Administración Pública –aduciendo «trabas» y cuestiones burocrático-administrativas–, quedando dicha contratación en «suspense» hasta comprobar si la solicitud y tramitación del «preconcurso» (ex viejo art. 5.3, actual artículo 5 bis) hace que se evite definitivamente la entrada del deudor en el concurso o, si, por el contrario, una vez finalizada la «moratoria temporal» de

prohibición a la comunicación (ex art. 5 bis LC) sino, por el contrario, reconsiderar esa prohibición en caso de solicitud de concurso voluntario por insolvencia inminente».

⁸⁰⁸ DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas...», op. cit., p. 161.

⁸⁰⁹ *Vid.*, los trabajos de LINARES GIL, M., «Concurso de acreedores...», op. cit., pp. 196-197; DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público...*, op. cit., PP. 37-38.

seis meses concedida por el *actual* artículo 5 bis de la Ley Concursal, se solicita la declaración judicial de concurso⁸¹⁰.

Asimismo, en relación con lo anteriormente apuntado sobre la actuación de la Administración Pública en estos casos, últimamente también se han venido dando problemas con respecto a la inclusión, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de una cláusula que viene a invocar lo siguiente:

«no se admitirán las ofertas de aquellas empresas que estén en situación de precurso de acreedores, exigiendo para su comprobación una declaración responsable en la que se manifieste que la empresa no se encuentra en dicha situación».

En estos casos, la Administración Pública venía introduciendo, a nuestro juicio, una cláusula no ajustada a derecho, ya que, como es sabido, el estar acogido a la situación de «precurso» (ex art. 5 bis LC) no está dentro de las prohibiciones de contratación tasadas en el artículo 60.1 b) del TRLCSP, por lo tanto, la posibilidad de incluir este tipo de requisitos en el pliego de cláusulas administrativas particulares debía estar «vedada» a la Administración Pública (contratante), puesto que las autoridades administrativas carecen de competencia en materia de prohibiciones contractuales. Como es sabido, las prohibiciones de contratar con el sector público son circunstancias claramente objetivas y, en virtud del *principio de legalidad* (regla de oro en el ámbito del Derecho público), deben estar perfectamente tasadas y tipificadas en la Ley⁸¹¹.

En este sentido es importante traer a colación la doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre dicha cuestión; el Alto Tribunal ha venido declarando que: «la elemental consideración de que en materia de prohibiciones

⁸¹⁰ Así lo ha puesto de manifiesto PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso...*, op cit., p. 403.

⁸¹¹ Cfr., el Informe 6/2013, de 10 de abril, emitido por la Junta Consultiva de Contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, elaborado por PLEITE GUADAMILLAS, F., en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 127, sección La Administración responde, septiembre-octubre, 2013, pp. 1-2.

contractuales administrativas el monopolio de su establecimiento corresponde a quién pertenece el poder de dictar normas con rango (formal) de ley. Las autoridades administrativas carecen de facultad para incorporar prohibiciones contractuales a los contratos que celebren, por muy razonables que puedan parecer éstas»⁸¹².

Otra cosa es que la declaración judicial de concurso llegue con posterioridad a la suscripción y formalización del contrato (imaginemos después de haberse tramitado el «preconcurso» y se hubiera declarado judicialmente el concurso del deudor), entonces, dicha declaración judicial supondría una (potestad o facultad de la Administración contratante⁸¹³) causa de resolución del contrato en virtud del artículo 223 b del TRLCSP⁸¹⁴.

⁸¹² Véase, a título ilustrativo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996.

⁸¹³ La potestad de resolución contractual por parte de la Administración Pública contratante en el ámbito de los contratos del sector público, es una de las prerrogativas de la Administración previstas en el artículo 194 de la LCSP, concebidas por la doctrina especializada como privilegios o facultades «exorbitantes», cuyo ejercicio no se produce ipso iure, sin cuando lo exija el interés público subyacente en cada relación contractual, con base en el servicio objetivo a los intereses generales de la actuación administrativa en general invocado en el artículo 103 de nuestra Carta Magna. El ejercicio de esta potestad administrativa debe realizarse a través del procedimiento legalmente establecido en el artículo 207 y siguientes de la LCSP y, sobre todo cuando concurran las causas definidas en la Ley. Es interesante consultar, en este sentido, el Dictamen núm. 176/2011, de 20 de julio, del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha. Expediente relativo a la resolución del contrato de obras de soterramiento de contenedores de residuos sólidos urbanos, celebrados entre el Ayuntamiento de Albacete y la empresa «X», en La Ley 1777/2011, pp. 1-7, especialmente, la p. 5.

⁸¹⁴ Véase por todos a CARLON, M., «Contratos con las Administraciones Públicas», (art. 67), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1248-1252; BARRERO GONZÁLEZ, E., «La incidencia de la Ley Concursal sobre los contratos administrativos», en VV.AA, *Libro homenaje al Manuel Olivencia*, tomo III, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 2463 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C., «Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos celebrados con las Administraciones Públicas», en FDEZ. DE LA GÁNDARA-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 351-404; VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *Administraciones públicas y Derecho concursal*, RCP, monografía núm. 4, ed. La Ley, Madrid, pp. 107-118; GUINOT BARONA, M., «Diferencia de trato entre la Administración pública y el contratante privado frente la situación de concurso ¿una discriminación razonable?», en *Diario La Ley*, núm. 7080, sección tribuna, 19 dic 2008, año XXIX, ref-374, pp. 1-16, donde la autora hace un estudio de las situaciones que se plantean cuando el contratante privado que ha contratado con una Administración y está ejecutando dicho contrato, deviene en situación de insolvencia y solicita la declaración judicial de concurso. Como es sabido ante estas situaciones el artículo 223 b del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de sector público, regula las causas de resolución de los contratos y, en su apartado b, se dice que ante la situación sobrevenida de concurso (solicitud) o, la declaración

Por lo tanto, en definitiva, las empresas acogidas al concurso pueden contratar con la administración, sin estar sometidas a ninguna prohibición de contratar (ex art. 60.1 b TRLCSP), teniendo que acreditar solvencia suficiente para poder concurrir a una licitación pública, al igual que lo hacen las demás empresas que no estén en situación «preconcurso», quedando excluidas de la licitación en caso de no acreditar la misma; a pesar de ello, es cierto que se pueden plantear problemas en los casos en los que, se sustituya el procedimiento de acreditación de la solvencia por el denominado procedimiento de *clasificación* (en el ámbito de la contratación administrativa); en estos casos es patente la dificultad que se plantea a la hora de comprobar el requisito «inexcusable» de la solvencia económica, debido a que el Órgano de contratación no puede exigir, además, un control de solvencia económica y financiera complementario⁸¹⁵.

judicial de insolvencia en cualquier otro procedimiento, el contrato se resolverá por dicha causa. Aunque, por otro lado, estamos plenamente de acuerdo con lo que defiende esta autora, ya que solo podrán aducir esta cláusula las Administraciones Públicas en sentido estricto (Administración pública territorial), puesto que, si se tratase de una entidad pública (entidad pública empresarial) sometida al derecho privado (no considerada Administración Pública) entendemos que en caso de concurso de la entidad mercantil privada (contratante), la entidad pública (no Administración Pública) no podrá invocar dicha causa de resolución del concurso (ex art. 223 b), pues, la misma chocaría de lleno con la previsión del artículo 61.3 de la Ley Concursal –de plena aplicación en dicha relación contractual–, que dice: «se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes, y por tanto, entendemos que no se podría resolver dicho contrato. Como pone de manifiesto la autora, resulta difícil encontrar un argumento constitucional que sustente la diferencia de trato introducida avalada por el legislador a la hora de regular dicha cuestión. El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que el importante *principio de igualdad* no permite al legislador que configure los supuestos de hecho de una norma, de manera que dé trato desigual a personas que se encuentran en la misma situación, pudiendo incurrir en una arbitrariedad y, por tanto, en una discriminación no razonable desde un punto de vista jurídico. En este sentido, véase por todas, la STC 125/2003, de 19 de junio; También, en esta línea véase el informe 6/2013, de 10 de abril, emitido por la Junta Consultiva de Contratación administrativa de la comunidad Autónoma de Aragón..., op. cit., pp.1-2.; PÉREZ DELGADO, M., «Declaración y efectos del concurso. Transcendencia para la contratación pública», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 121, sección reflexiones, septiembre-diciembre, 2012, pp. 2-3; ESCRIVÀ CHORDÀ, R., «Instancia competente para resolver los contratos administrativos en el caso de empresas en situación de "concurso de acreedores"», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 21, sección comentarios de jurisprudencia, noviembre, tomo 2, 2011, pp. 2529-2534.

⁸¹⁵ Véase el informe 6/2013, de 10 de abril, emitido por la Junta Consultiva de Contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón..., op. cit., p. 2.

6.2. Entidades financieras y «preconcurso» (ex viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC): las provisiones bancarias

Según lo que se desprende del anejo IX de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros del Banco de España⁸¹⁶, las entidades financieras vienen obligadas a dotar (en su balance) una *provisión por riesgo de insolvencia* del veinticinco por ciento de la deuda viva que derivaría de un crédito (pendiente) que se calificaría como crédito «*dudosos por razón distinta de la morosidad*», que tal y como se desprende de dicha Circular (4/2004), dicha calificación conectaría con la propia declaración judicial de concurso del prestatario (estar declarado o estar o estar a punto de estar declarado judicialmente en concurso); Asimismo, cuando un deudor (prestatario) se haya declarado o se vaya a declarar judicialmente en concurso, la entidad financiera (acreedora) vendría obligada a provisionar el 25% de la deuda viva o, pendiente en ese momento⁸¹⁷. En relación a la anterior situación hay que decir que en el anejo IX de la citada Circular, no aparecía regulada la situación de concurso (ex viejo art. 5.3 LC)⁸¹⁸ y, además, el contenido de dicho anejo (IX) aparecía redactado con una terminología ya «desfasada»: propia de los derogados procedimientos de declaración judicial de quiebras y de los procedimientos de suspensiones de pagos⁸¹⁹; en este sentido, dicha terminología debía superarse

⁸¹⁶ Vigente hasta el 15 de septiembre de 2015.

⁸¹⁷ Según lo que se desprende del anejo IX de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, hay que tener en cuenta que el 25% de la deuda viva que las entidades financieras provisionan en su balance debido a que su deudor (prestatario) declarado en concurso (en el que no se haya abierto la fase de liquidación), se rebajará, al menos, en un 10 % cuando, transcurrido un año desde la inscripción en el Registro Mercantil del auto de aprobación judicial del convenio, se esté cumpliendo fielmente el mismo y la evolución de la situación patrimonial y financiera de la empresa reduzca las incertidumbres sobre el reembolso de los débitos, todo ello salvo que se hayan pactado intereses notoriamente inferiores a los del mercado.

⁸¹⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 398, también de la misma autora vid., *El concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 467; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 80.

⁸¹⁹ El concurso (ex viejo art. 5.3) no estaba previsto en la Circular del Banco de España 4/2004. Hay que tener en cuenta que dicha Circular se publicó el 22 de diciembre de 2004; por lo tanto, cuando se introdujo el artículo 5.3 de la ley Concursal, allá por el año 2009, la terminología empleada era desfasada, más bien identificada con los viejos procedimientos de

para que no afectara a la propia operatividad práctica del proceso concursal y, por ello, El Banco de España debería adaptar el contenido de Anejo IX de la Circular a la nueva terminología concursal, todo ello, en aras de la deseada *seguridad jurídica*⁸²⁰).

Volvemos a destacar que la solicitud del precurso (ex viejo artículo 5.3, y actual art. 5 bis LC) no suponía, ni supone, en modo alguno, la solicitud de concurso ni la declaración judicial del mismo; además, el hecho de que un deudor se acoja al precurso no significaba que, una vez extinguido el plazo de seis meses (2+3+1) que concede el precurso, se vaya a solicitar el concurso, puesto que si el deudor consigue *remover* o evitar la insolvencia durante la tramitación del precurso, no tenía (ni tiene) la obligación de pedir el concurso al término del mismo, salvo que persistiera la situación de insolvencia actual⁸²¹.

Por otro lado, como bien apuntaba PULGAR EZQUERRA⁸²², cuando se solicitaba el precurso (ex viejo art. 5.3 LC), el deudor, de alguna manera venía a «reconocer» su estado de insolvencia actual y, ante dicha situación, el Banco de España podía caer en la tentación de interpretar –a nuestro juicio, erróneamente– que las entidades financieras, en esos casos, tenían la obligación de provisionar el crédito como «dudoso por razón de morosidad», cuya provisión sería de menor cuantía (10%) que la que correspondería a la calificación del crédito de: «dudoso por razones distintas a la morosidad» (25%), que correspondería provisionar a un deudor declarado en concurso.

quiebra y de suspensión de pagos; por ejemplo, la circular hacía alusión a convenios como sin liquidación, pero, como podemos observar en nuestra vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, no se admiten los convenios liquidativos (vid., art. 100 LC). Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 467., y, también, de la misma autora, en *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 398; Vid., AZNAR GINER, E., *La comunicación...*, op. cit., p. 80.

⁸²⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 399; de la misma autora vid., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 467

⁸²¹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 398; y de la misma autora vid., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 467.

⁸²² Cfr., PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 399; y de la misma autora vid., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 467.

Según lo que exponía AZNAR GINER⁸²³, la cuestión parecía bastante dudosa, puesto que, según lo previsto en la circular 4/2004, de 22 de diciembre⁸²⁴, no se sabía cuál era la provisión que, efectivamente, correspondería aplicar cuando se había incoado el concurso (ex viejo art. 5.3), al no aparecer recogida dicha situación (concurso) en el anejo IX de la circular 4/2004 del Banco de España; a juicio de AZNAR GINER⁸²⁵, los créditos afectados por el concurso (ex viejo art. 5.3 LC) debían considerarse «dudosos por razones distintas a la morosidad» puesto que según su criterio dicha categoría recogía, también, *aquellos instrumentos de deuda – vencidos o no – respecto sobre los que existan dudas razonables sobre su reembolso total, tanto de principal como de intereses, en los términos pactados contractualmente* y, por tanto, las entidades financieras, ante el concurso, deberían provisionar el 25% de la deuda viva, en contra de lo que defiende la profesora PULGAR⁸²⁶.

Ante tal cuestión, y según lo previsto en la Circular 4/2004 del Banco de España, nosotros entendemos que, cuando el deudor se acogía al concurso (ex viejo art. 5.3 LC), la calificación que se debía otorgar al crédito, en principio, era la de: «*dudoso por razones distintas a la morosidad*», puesto que, como bien recoge la Circular 4/2004, esta calificación incluía *los instrumentos de deuda (vencidos o no) respecto de los que existan dudas razonables sobre su reembolso total o parcial (de principal e intereses) en los términos pactados contractualmente*⁸²⁷; pero se presenta una situación algo contradictoria, puesto que, la misma calificación también quedan incluidas, en todo caso, «*las operaciones con clientes que hayan sido o vayan a ser declarados en concurso de acreedores*» en los que no se abra la fase

⁸²³ AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 80.

⁸²⁴ *Vid.*, en el trabajo de MELÉNDEZ HUELÍN, O., «Derecho concursal y normativa contable del Banco de España: provisiones por insolvencia y alternativas al concurso de acreedores», en *RdCyP*, núm. 10, primer semestre de 2009, pp. 241 y ss.

⁸²⁵ AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 80.

⁸²⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *El Concurso de acreedores...*, op. cit., p. 467; *Preconcurso y...*, op. cit., p. 399.

⁸²⁷ *Vid.* MELÉNDEZ HUELÍN, O., «Derecho concursal y normativa...», op. cit., p. 246

de liquidación ⁸²⁸; pero, como ya hemos venido advirtiendo – por activa o por pasiva –, el deudor que se acogía al precurso (ex art. 5.3 LC) no estaba, ni mucho menos, declarado en concurso, ni tampoco se sabía, con certeza, si iba a ser declarado judicialmente en concurso, puesto que durante la tramitación del precurso podía conseguir remover su estado de insolvencia y evitar el concurso, por lo que dicha normativa del Banco de España se presentaba en este sentido bastante confusa. Quizá, hubiera sido más razonable que, ante la situación de precurso (ex viejo art. 5.3 LC) en la que se reconociera el estado de insolvencia actual por parte del deudor, las entidades financieras calificaran el crédito como «dudoso por razón de morosidad del cliente»⁸²⁹, al existir, al menos, una oportunidad de poder evitar el concurso (ya que puede remover su estado de insolvencia actual durante la moratoria temporal de seis meses que concede el precurso ex artículo 5.3), entendemos que se daba un menor riesgo a la hora de recuperar el crédito y, por tanto, sería desproporcionado que las entidades financieras tuvieran que provisionar ante un cliente en precurso el 25%, por considerar a dicho crédito «dudosos por motivos distintos a los de la morosidad del deudor».

Desde el año 2011, con la entrada en vigor de la ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, que vino a derogar el viejo artículo 5.3, e introdujo el nuevo artículo 5 bis, al que ya no se vincula al estado de *insolvencia actual* (ha desaparecido dicha expresión del tenor literal del precepto) como presupuesto objetivo. Por lo tanto, cuando se

⁸²⁸ *Ibidem*, p. 246.

⁸²⁹ Dentro del Riesgo dudoso por razón de la morosidad del cliente (prestatarario) se encuadran, entre otros: i) los instrumentos de deuda que tengan algún importe vencido con más de tres meses de antigüedad en concepto de principal, intereses o gastos pactados contractualmente, salvo que proceda calificarlos como fallidos; ii) riesgos contingentes en los que el avalado haya incurrido en morosidad; iii) Todo tipo de operaciones realizadas con un determinado cliente cuando los saldos dudosos por razón de la morosidad del deudor sean superiores al 25% de los importes pendientes de cobro (morosidad indirecta o por acumulación de saldos dudosos), véase en MELÉNDEZ HUÉLIN, O., «Derecho concursal y normativa...», op. cit., p. 246; por todo ello creemos que es más razonable la solución de provisionar por riesgo «dudoso por razón de la morosidad del cliente» que venía defendiendo PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 467. Y de la misma autora en *Preconcursalidad...*, op. cit., 399; en contra a la anterior autora se parecía manifestar AZNAR GINER, E., *La comunicación...*, op. cit., p. 80.

encuentren con un deudor (prestatario) acogido al precurso (art. 5 bis), las entidades financieras no tienen por qué provisionar el 25% de la deuda viva, por ser considerado un «crédito dudoso por razón distinta de la morosidad» (al no estar declarado judicialmente en concurso), a no ser que, el deudor que solicitara el precurso –una vez tramitado el mismo durante los seis meses de prórroga que otorga el precurso— siga estando en situación de insolvencia actual y, por ende, tuviera la obligación de solicitar el concurso o ya estuviera declarado; en estos casos, la entidad financiera si tendría obligación de dotar una provisión por un crédito «dudoso por razón de la morosidad» (10%). Pero como ya hemos apuntado, sería deseable que el Banco de España se pronunciara sobre estas cuestiones, modificando el contenido de la Circular 4/2004), despejando las posibles dudas interpretativas que se suscitan en todas estas situaciones⁸³⁰.

⁸³⁰ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconursalidad...*, op. cit., p. 399.

Capítulo 3º: El retorno a la dualidad procedimental y la «quiebra» del principio de unidad de sistema de la Ley Concursal.

Como es sabido el Derecho Concursal anterior a la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, era un Derecho concursal caótico, disperso en varios cuerpos normativos (asistemático) y, sobre todo, arcaico. Después de los grandes trabajos y esfuerzos realizados en sede pre-legislativa, por fin vio la luz la vigente Ley Concursal de 2003, con entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004, que consiguió un gran avance en materia concursal para intentar acabar con todos los defectos que caracterizaban a la normativa de quiebras y suspensión de pagos anterior (además de la quita y espera, y, el concurso de acreedores).

Parecía que la existencia de varios procedimientos previstos para regular la misma *potestad* (antiguas: suspensión de pagos, quiebra, concurso de acreedores y, el procedimiento de quita y espera) suponía según la doctrina⁸³¹ una situación cuanto menos criticable (carente de justificación en la actualidad), debido, más bien a los problemas y corruptelas que se produjeron en aquella época ocasionados por la mala praxis de los operadores a la hora de hacer uso del procedimiento de la suspensión de pagos. Por otro lado había autores⁸³² que sin postularse con firmeza, dejaban entrever que tampoco había poderosas razones técnicas o argumentos sólidos para defender la *unidad o la dualidad procedimental*.

Como es de sobra conocido en el apartado II de la Exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, se habla del *principio de unidad*: legal, de disciplina y de sistema⁸³³ (una sola Ley, un solo régimen para todos los deudores insolventes, y un solo procedimiento de insolvencia predominante en

⁸³¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», *op. cit.*, pp. 198-199.

⁸³² CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., «A favor de la simplificación de procedimiento concursal», en *Diario de Noticias La Ley*, núm. especial de febrero, de 2002, p. 8.

⁸³³ OLIVENCIA, M., *La terminología...*, *op. cit.*, p. 128.

el vigente sistema concursal, que vino a romper *drásticamente* con la dualidad procedimental predicable de la normativa concursal anterior y, la dualidad procedimental y de disciplina existente hasta su entrada en vigor.

Cuando se publicó en anteproyecto de la ley Concursal (2001-2002) la doctrina científica y forense⁸³⁴ consideraba que la introducción del principio de unidad legal, de disciplina y de procedimiento como principios inspiradores de la propia Ley Concursal, fue un gran acierto, pues con dichos principios se acaba radicalmente con la dualidad procedimental y de disciplina existente hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal (derecho concursal derogado), terminar con todo el viejo Derecho concursal era algo necesario a la hora de abordar una reforma concursal como la materializada en el año 2003, y por ello la Sección General de Codificación apostó firmemente y por mayoría (desde el primer momento) por la unidad legal, de disciplina y de sistema, superando así las «criticadas» dualidades apuntadas del viejo Derecho concursal⁸³⁵.

El *principio de unidad legal*⁸³⁶ significa que nuestra vigente Ley Concursal aglutina en su cuerpo tanto las normas procesales –o adjetivas– como las normas sustantivas o materiales, evitando con ello la indeseada dispersión normativa existente en el Derecho concursal anterior (actualmente derogado).

⁸³⁴ CERDÁ ABERÓ, F. y SANCHO GARGALLO, I., «A favor de la simplificación de procedimiento concursal», en *Diario de Noticias La Ley*, núm. especial de febrero, de 2002, p. 8.

⁸³⁵ En anteproyecto de propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, de 1995, elaborada por el profesor ROJO, se ponía en tela de juicio la *unidad de sistema* o mejor dicho la *unidad de procedimiento* que pretendía introducir la Sección General de Codificación; el profesor ROJO al contrario que la Comisión General de la Codificación, apostaba por mantener la *dualidad procedimental*: ingeniando un procedimiento de suspensión de pagos (desjudicializado) para deudores de mérito y, luego, para los casos más graves, el concurso de acreedores, pero la Sección General de Codificación se decantó (por mayoría) por la *unidad procedimental* (en búsqueda de un procedimiento flexible), siguiendo las influencias del Derecho concursal alemán, la *InsO* alemana, de 1994, y en anteproyecto español para la reforma concursal de 1983, Véase a OLIVENCIA, M., *La terminología...*, *op. cit.*, pp. 127-128, el profesor OLIVENCIA no era muy partícipe de la suspensión de pagos del profesor ROJO, ya que entendía que dicho procedimiento consistía en la obtención de un beneficio por parte de los deudores, que buscaban una quita limitada y, los mismos debían ser deudores *in bonis* o de mérito para poder acogerse al procedimiento de suspensión de pagos ideado por ROJO; *vid.*, la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal de 1995, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 3479-3547.

⁸³⁶ OLIVENCIA, M., *La terminología...*, *op. cit.*, pp. 128-131.

Está claro que unificar todas las normas aplicables al proceso concursal – sean estas procesales o sustantivas – en un única ley, era un decisión de política legislativa indiscutible⁸³⁷ además de un gran avance en la materia concursal.

La *unidad de disciplina*⁸³⁸ se traduce en nuestro Derecho concursal moderno en la efectiva superación de la diferencia que se hacía en el Derecho concursal derogado, entre deudor comerciante y no comerciante la condición de comerciante o no de los deudores a la hora de optar por uno u otro tratamiento legal, es decir, la vieja bifurcación: la quiebra para los deudores comerciantes y el concurso de acreedores para los no comerciantes. La vigente Ley Concursal de 2003, no hace diferencia entre deudores comerciantes o no comerciantes, ofreciendo la misma solución a ambos.

Finalmente, con respecto a al principio de *unidad de procedimiento*⁸³⁹ tenemos que decir que la Exposición de Motivos de la Ley Concursal de 2003,

⁸³⁷ *Ibidem.*, p. 129.

⁸³⁸ OLIVENCIA, M., *La terminología...*, *op. cit.*, pp. 131-146.

⁸³⁹ *Ibidem.*, pp. 147-148; también, entre otros, véase La Exp., de Motivos, II, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, invoca una de las novedades más importantes de la Ley (en aras a la deseada unidad del Derecho concursal), que la diferencia del disperso, caótico y arcaico sistema concursal anterior (del siglo XIX); se trata del importante *principio de unidad* (unidad legal, unidad de disciplina y, unidad de sistema). La justificación de la *unidad de sistema* o, mejor dicho, *la unidad de procedimiento* consiste en la regulación de un único –y común– procedimiento denominado: *concurso de acreedores*. Sobre la unidad de sistema, véase, por todos, los trabajos de SENÉS MOTILLA, C., «La tramitación del procedimiento concursal», en *RPJ*, núm. especial XVIII, 2004, pp. 559-560; de la misma autora, véase también: «Concurso y proceso», en *Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 12, diciembre, 2012, p. 27; CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, *op. cit.*, pp. 25 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 5856, sección doctrina, 24 de septiembre de 2003, año XXIV, ref. D-209, p. 4; *ibidem.*, en VV.AA., *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco de Derecho procesal, San Sebastián, 2004, pp. 16-17., el autor afirma que, con indudable acierto, en contraste con la vieja legislación, se compatibiliza la *unidad institucional o procesal* con el principio de *dualidad procedimental*, introduciendo una tramitación simplificada o abreviada, para los concursos de menor complejidad; RIFÁ SOLER, J.M^a., *La declaración de concurso*, en QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES (dirs.), AA.VV., *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 50; GÓMEZ COLOMER, J.L., «El proceso concursal», en MONTERO AROCA, J./ BARONA VILAR, S./CALDERÓN CUADRADO, M.P./GÓMEZ COLOMER, J.L., (autores) *Derecho jurisdiccional II: proceso civil*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 867; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El proceso concursal», en GIMENO SENDRA (dir.), AA.VV., *Derecho procesal civil*, ed. Colex, Madrid, 2012, p. 625; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad», en *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, AA.VV., tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 371; donde el autor resalta que: «la propia unidad de sistema (unidad de procedimiento) se

nos indicaba que en el concurso de acreedores se configuraba en el Ordenamiento como un procedimiento único, flexible, rápido, simple y dinámico, que se adapta a las situaciones imprevistas del propio deudor común, sin merma de las garantías inherentes al Derecho a la Tutela judicial efectiva de todos los intervinientes en dicho proceso jurisdiccional. Por lo tanto, todo deudor en estado de insolvencia (ya sea actual o inminente) podrá tramitar su situación de insolvencia a través de un único procedimiento (el concurso de acreedores), que goza de flexibilidad, rapidez, simplificación y adaptabilidad a las circunstancias patrimoniales deudor.

Desde nuestro humilde punto de vista creemos que el legislador del año 2003 debió barajar la posibilidad de mantener una dualidad procedimental (bien orquestada) como en el viejo Derecho concursal derogado y, como se sugería en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995⁸⁴⁰, pues como los especialistas han apuntado tampoco había poderosas razones técnicas que apoyaran la unidad o la dualidad⁸⁴¹.

presenta como una muestra más de la unidad del Derecho concursal nuevo, al lado de la "unidad legislativa" y la "unidad de disciplina"; también del mismo autor véase MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: la anticipación de la apertura del procedimiento», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 5940; OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, ed. Iustel, Madrid, 2005, Discurso leído el día 7 de noviembre de 2005 en el acto de su recepción pública como académico de número, por el Excmo. SR. D. Manuel OLIVENCIA y contestación del Excmo. SR. D. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ; OTERO LASTRES, J.M., «Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva Ley concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 432-425; ROJO, Á., «La reforma del derecho concursal español», en ROJO (dir.), *La reforma de la Legislación concursal*, ed. Marcial Pons-Colegio de Registradores, Madrid, 2002, p. 93; del mismo autor *vid.*, ROJO, Á., «Presupuesto objetivo», (art.2), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 178 ; y de CORTÉS DOMINGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», op. cit. p. 19.

⁸⁴⁰ En la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, el profesor ROJO mantuvo la dualidad procedimental, diferenciando entre un expediente de suspensión de pagos y el propio concurso de acreedores como procedimientos habilitados. Por lo tanto se conservaba la dualidad procedimental precedente (antiguo Derecho concursal)

⁸⁴¹ CERDÁ ALBERO, F., Y SANCHO GARGALLO, I., «A favor de la simplificación...», op. cit., p. 8.

Como se ha podido ver durante estos últimos once años de práctica forense concursal –desde la entrada en vigor de la ley Concursal, 1 de septiembre de 2004–, el procedimiento único, concursal, no viene cumpliendo las expectativas para las que fue creado, un gran porcentaje de empresas declaradas judicialmente en concurso acaban en liquidación, con la consiguiente insatisfacción de los acreedores ordinarios; hasta el año 2009 tampoco existía regulado ningún procedimiento preconcursal –preventivo– (alternativo al concurso) para dar un tratamiento preventivo al estado de insolvencia de los deudores comunes en un estadio preconcursal; además, otra cuestión capital que aún está pendiente de reforma, es el problema del endeudamiento de consumidor persona física, pues, a pesar de múltiples reformas sufridas por la Ley Concursal, todavía no se ha creado aún un verdadero procedimiento especial simplificado para los endeudamientos de las personas físicas, pues como ha demostrado la praxis, el procedimiento de declaración judicial de concurso de la Ley 22/2003, de 9 de julio, estaba pensado e ideado para situaciones de insolvencia de empresas.

Por todo lo anteriormente expuesto, creemos que es aquí donde radica el verdadero problema; el nacimiento del procedimiento judicial de precurso (ex art. 5.3 y actual 5 bis LC) crea un nuevo panorama concursal, y hace que nos planteemos si realmente sigue vigente el conocido *principio de unidad de procedimiento*⁸⁴², puesto que ante la vigencia del procedimiento judicial de

⁸⁴² Vid., La Exp., de Motivos, II, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, invoca una de las novedades más importantes de la Ley (en aras a la deseada unidad del Derecho concursal), que la diferencia del disperso, caótico y arcaico sistema concursal anterior (del siglo XIX); se trata del importante *principio de unidad* (unidad legal, unidad de disciplina y, unidad de sistema). La justificación de la *unidad de sistema* o, mejor dicho, *la unidad de procedimiento* consiste en la regulación de un único –y común– procedimiento denominado: *concurso de acreedores*. Sobre la unidad de sistema, véase, por todos, los trabajos de SENÉS MOTILLA, C., «La tramitación del procedimiento concursal», en *RPJ*, núm. especial XVIII, 2004, pp. 559-560; de la misma autora, véase también: «Concurso y proceso», en *Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 12, diciembre, 2012, p. 27; CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, op. cit., pp. 25 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 5856, sección doctrina, 24 de septiembre de 2003, año XXIV, ref. D-209, p. 4; *ibidem*, en VV.AA, *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco de Derecho procesal, San Sebastián, 2004, pp. 16-17., el autor afirma que, con indudable acierto, en contraste con la vieja legislación, se compatibiliza la *unidad institucional o procesal* con el principio de *dualidad procedimental*, introduciendo una

preconcurso (desde el año 2009), entendemos que el legislador –consciente o no– volvió a introducir en nuestro sistema concursal la dualidad procedimental para dar tratamiento al estado de insolvencia de los deudores, con dos procedimientos: un procedimiento concursal preventivo del concurso (el concurso, art. 5 bis LC) y, el propio concurso de acreedores, por lo que aquel importante y acertado *principio de unidad de procedimiento* que invocaban los operadores y el legislador del año 2003, incluso antes de promulgarse la Ley Concursal⁸⁴³, en la actualidad, quiebra y hace «aguas» en todos los sentidos.

Debemos decir que al existir un procedimiento judicial de concurso (ex viejo art. 5.3 y, actual art. 5 bis LC), cuyo objeto es intentar remover o

tramitación simplificada o abreviada, para los concursos de menor complejidad; RIFÁ SOLER, J.M^a., *La declaración de concurso*, en QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES (dirs.), AA.VV, *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 50; GÓMEZ COLOMER, J.L., «El proceso concursal», en MONTERO AROCA, J./BARONA VILAR, S./CALDERÓN CUADRADO, M.P./GÓMEZ COLOMER, J.L., (autores) *Derecho jurisdiccional II: proceso civil*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 867; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El proceso concursal», en GIMENO SENDRA (dir.), AA.VV, *Derecho procesal civil*, ed. Colex, Madrid, 2012, p. 625; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad», en *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, AA.VV, tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 371; donde el autor resalta que: «la propia unidad de sistema (unidad de procedimiento) se presenta como una muestra más de la unidad del Derecho concursal nuevo, al lado de la “unidad legislativa” y la “unidad de disciplina”»; también del mismo autor véase MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: la anticipación de la apertura del procedimiento», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 5940; OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, ed. Iustel, Madrid, 2005, Discurso leído el día 7 de noviembre de 2005 en el acto de su recepción pública como académico de número, por el Excmo. SR. D. Manuel OLIVENCIA y contestación del Excmo. SR. D. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ; OTERO LASTRES, J.M^a., «Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel OLIVENCIA*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 432-425; ROJO, Á., «La reforma del derecho concursal español», en ROJO (dir.), *La reforma de la Legislación concursal*, ed. Marcial Pons-Colegio de Registradores, Madrid, 2002, p. 93; del mismo autor *vid.*, ROJO, Á., «Presupuesto objetivo», (art.2), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 178 ; y de CORTÉS DOMINGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* p. 19; ALONSO CUEVILLAS, J., «La necesaria revisión de un legislación con graves defectos», en *Diario de Noticias La Ley*, febrero 2002, p. 10; MARTÍ MINGARRO, L., «Ante la reforma de un Derecho en estado caótico», en *Diario de Noticias La Ley*, febrero 2002, p. 11; CERDÁ ALBERO, F., Y SANCHO GARGALLO, I., «A favor de la simplificación...», *op. cit.*, p. 8.

⁸⁴³ Vid., a ALONSO CUEVILLAS, J., «La necesaria revisión de un legislación con graves defectos», en *Diario de Noticias La Ley*, febrero 2002, p. 10; MARTÍ MINGARRO, L., «Ante la reforma de un Derecho en estado caótico», en *Diario de Noticias La Ley*, febrero 2002, p. 11; CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., «A favor de la simplificación...», *op. cit.*, p. 8.

prevenir el estado de insolvencia de los deudores comunes, evitando, si se puede, el concurso de acreedores (proceso jurisdiccional por excelencia), el deseado principio de unidad de procedimiento se queda verdaderamente en «entredicho»; lo que apuntamos en este pasaje no es una cuestión descabellada, ni mucho menos baladí, puesto que, si el legislador ha tenido valor de introducir un procedimiento judicial de precurso (ex viejo art. 5.3, y actual 5 bis LC), está ofreciendo un procedimiento alternativo (cuya finalidad principal es la preventiva del concurso), al deudor común que se enfrente a un estado de insolvencia; por lo tanto, si el deudor común tiene la facultad de pedir el precurso –para intentar evitar el proceso concursal y dar solución a su estado de insolvencia a través del procedimiento preconcursal, en lugar del pedir el concurso, es que debemos admitir, con todo rigor, que se está abriendo la veda a la existencia de dos procedimientos *alternativos* para los deudores que se encuentren en estado de insolvencia (ya sea actual o inminente) o, incluso en estado de preinsolvencia puedan acudir al precurso a intentar prevenir o remover si estado, y, por tanto, ya no se podrá hablar del *procedimiento único* ni del *principio unidad de procedimiento*, puesto que ambas expresiones quiebran al no responder a la previsiones reguladas en la vigente de la ley Concursal.

Con la introducción de los procedimientos preconcursales parece que ya no cabe hablar del *principio de unidad de procedimiento*, quedando el mismo en «entredicho». La doctrina⁸⁴⁴ también ha venido pronunciándose sobre la idea que hoy invocamos, indicando que la dualidad procedimental determinada por la finalidad conservativa o liquidatoria del procedimiento debe mantenerse e incluso reforzarse por vía de la flexibilización de los límites que separan a un

⁸⁴⁴ En esta línea parecía moverse el profesor ROJO cuando elaboró la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, ya que dicho autor configuraba un sistema concursal que pivotaba sobre dos procedimientos a la hora de dar respuesta a las empresas en estado de insolvencia: el expediente de suspensión de pagos y el concurso de acreedores, Sobre el contenido de la propuesta del Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 véase ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 3479-3547; en la misma línea se pronunciaba el profesor ILLESCAS, que incluso decía que había que defender y reforzar esa dualidad procedimental, vid., en ILLESCAS ORTIZ, R. «La reforma del derecho concursal y la eficiencia económica», en ESPINA (dir.), *Crisis de empresas y sistema concursal: La reforma española y la experiencia comparada*, ed. Colección Estudios del Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, p. 344.

procedimiento de otro, haciéndose eco de la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (elaborada por ROJO), que también defendía esta dualidad procedimental plasmando en su propuesta la existencia de dos procedimientos: un expediente de suspensión de pagos y el propio concurso de acreedores, ideas con las que nos alineamos plenamente en este trabajo de investigación y las defendemos hasta sus máximas consecuencias.

Capítulo 4º: El nacimiento del «preconcurso» y su evolución hacia un verdadero procedimiento preventivo de la insolvencia

La redacción de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal⁸⁴⁵, no regulaba ningún tipo de instituto preconcursal (extrajudicial), que ofreciera un tratamiento preventivo de la situación de insolvencia y evitara la entrada al proceso concursal, que por fuerza –como se ha venido demostrado en la práctica forense– deterioraba la situación económica de los deudores y, por ende, la de los propios acreedores⁸⁴⁶. Asimismo, como ya puso de manifiesto algún autor, la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, preveía un tratamiento de la insolvencia de las empresas estrictamente procesal, configurado en un procedimiento único (el concurso de acreedores) que, en todo caso, debía ser *declarado judicialmente* por el juez de lo mercantil competente⁸⁴⁷.

En palabras del profesor Olivencia, la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, «articulaba un procedimiento único (principio de unidad de sistema), flexible, rápido y simple, que se adaptaba a diversas situaciones y soluciones, sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados»⁸⁴⁸; según los argumentos del profesor Olivencia «el *procesalismo* que caracteriza al concurso de acreedores se tomó de la mejor tradición

⁸⁴⁵ Recordemos que la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal y de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, se produjo el 1 de septiembre de 2004.

⁸⁴⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del derecho...», op. cit., p. 96; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., 167. ZABALETA DÍAZ, M., «El Derecho concursal de la Crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», en *ADco*, n.º 30, 2013, p. 200; RUBIO VICENTE, P.J., «Prevención de la insolvencia y propuesta de reforma», *RcP*, n.º 4, 2006, pp. 187 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación. El expediente registral preconcursal», en *ADco*, n.º 21, 2010-3, p. 11.

⁸⁴⁷ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del derecho...», op. cit., pp. 95, 96, 101 y, especialmente, la nota a pie de página n.º 117. El autor desde que se publicó el proyecto de Ley Concursal que finalmente se materializó en Ley, siempre se ha mostrado muy crítico con el excesivo «procesalismo» y «judicialismo» predominante en la Ley Concursal, llegando a afirmar que el legislador del año 2003 «*partió de una idea muy simple: todo dentro del concurso; nada fuera de él. Los acuerdos extrajudiciales ni siquiera son mencionados*». Finalmente, el autor también llega a apuntar que las normas dedicadas a los aspectos procesales del concurso son realmente excesivas, vid., nota n.º 117.

⁸⁴⁸ OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica...*, op. cit., p. 147.

española, evitando extraños expedientes que, más que preventivos, pueden convertirse en provocativos del concurso (consecutivo), y que dejan de ser parajudiciales no sólo en cuanto surge impugnación u oposición, sino en cuanto hay que aprobar el convenio, fin normal del expediente extrajudicial (?)⁸⁴⁹». Asimismo, como sugería la doctrina procesalista, «dicho procedimiento único ofrece unas innegables características de: i) *procesalización*, puesto que fuera del proceso nada hay, ni nada merece la atención del legislador; nada puede llevarse a cabo sino es dentro del proceso y, ii) *judicialización*, en cuanto que dentro del proceso el juez además de enjuiciar (art. 117.3 CE) llevará acabo de manera directa o indirecta toda la actividad necesaria para hacer eficaz la declaración judicial de concurso»⁸⁵⁰.

Por todo lo anteriormente apuntado, en virtud del *principio de unidad de sistema*⁸⁵¹, podemos afirmar que con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal se vino a crear un procedimiento único (el concurso de acreedores) para dar tratamiento a la insolvencia del deudor común –siempre dentro del ámbito jurisdiccional– obviando cualquier tipo de solución extrajudicial⁸⁵². En este sentido, y siguiendo la opinión del profesor DAMIÁN MORENO, parecía que: «*el Estado, a través del concurso de acreedores, trataba de obtener la paz jurídica atribuyendo o confiando a todos los acreedores el derecho a defender, en igualdad de condiciones, la satisfacción de su crédito (...)*».

⁸⁴⁹ OLIVENCIA RUIZ, M., «Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso», en *RPJ*, n.º especial, 2004, xviii, p. 29.

⁸⁵⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», op. cit.,

⁸⁵¹ El principio de unidad de sistema, junto con el principio de unidad legal y de disciplina son los principios sobre los que optó el legislador para elaborar la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

⁸⁵² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 167; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del derecho...», op. cit., p. 96. OLIVENCIA RUIZ, M., «Facultades del juez...», op. cit., p. 29; el profesor OLIVENCIA defendía que a la hora de elaborar el proyecto de Ley Concursal –que posteriormente se materializó en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal– se dejó al margen todo tipo de soluciones extrajudiciales a las situaciones de insolvencia y preinsolvencia, centrándose en la configuración de un procedimiento único (el concurso de acreedores), siguiendo el *principio de unidad de sistema*: un solo procedimiento para todas las situaciones de insolvencia.

Desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el número de concursos judicialmente declarados fue aumentando de forma relevante en todos los sectores de actividad; la crisis global que azotaba a España desde el año 2008 hizo que muchas empresas entraran en situación de concurso, por lo tanto, el panorama que se presentaba era francamente desolador: miles de empresas se iban declarando judicialmente en concurso, abocadas –en un elevado porcentaje– a la liquidación, con su consecuente desaparición del tráfico jurídico.

A todo lo anterior había que sumar que, la falta de cultura concursal⁸⁵³ predominante en el ámbito empresarial español (con respecto al concurso de acreedores) provocaba que muchas empresas mostraran un gran temor a ser declaradas en concurso, debido al estigma que tradicionalmente se ha venido atribuyendo a la declaración judicial de concurso. El temor que mostraban los empresarios a la hora de solicitar la declaración de concurso, provocaba que muchas empresas llegaran tarde al procedimiento concursal y, cuando entraban, lo hacían en una situación financiera lamentable –inexorablemente– abocadas a la liquidación⁸⁵⁴.

En consecuencia, durante los últimos diez años los juzgados de lo mercantil españoles han vivido una situación verdaderamente desbordante, debido al gran número de concursos que se declaraban y a la falta de medios

⁸⁵³ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley Concursal», en BELTRÁN-CAMPUZANO (Coords.), *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 659-660. Sobre esta cuestión el profesor BELTRÁN apuntaba que el fracaso de la Ley Concursal y la infrautilización del concurso hunde sus raíces en un grave problema de fondo: «la mala concepción del propio concurso»; tanto los deudores como los acreedores ven poco atractivo la solución jurisdiccional del concurso, por ello, antes que acudir al concurso, prefieren intentar solucionar su situación de insolvencia por la vía de los medios extrajudiciales en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (1255 CC): pactos y acuerdos extrajudiciales, a pesar de que estos acuerdos o convenios extrajudiciales podría ser rescindidos en un posterior concurso. También, sobre la falta de cultura concursal es aconsejable lo apuntado por MARCOS GONZÁLEZ-LECUONA, M., «Deber de solicitar la declaración de concurso», en AA-VV, Cordón (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo I, 2ª edición, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 144.

⁸⁵⁴ MARCOS GONZÁLEZ-LECUONA, M., «El deber de solicitar...», op. cit., p. 144.

(materiales y humanos) necesarios para atender dicha carga de trabajo⁸⁵⁵. Según el profesor DAMIÁN MORENO, la situación descrita anteriormente nos podría llevar a pensar que «los principios de unidad legal, unidad de sistema y, unidad de disciplina, en los que se basó el legislador del año 2003 a la hora de redactar la ley Concursal, han sido, en la práctica, una bienintencionada declaración de intenciones, como lo prueba el hecho de que el gobierno se ha visto obligado a recurrir a la legislación de emergencia para corregir esa decisión postura inicial, reconociendo la necesidad de emprender una reforma en profundidad de la legislación concursal»⁸⁵⁶.

Debido a dicha situación, el legislador, concienciado por el grave problema que se planteaba en el ámbito concursal, ha estado volcado, desde la reforma llevada a cabo en el año 2009⁸⁵⁷, en buscar soluciones preconcursales (*extra muros* concurso), para conseguir configurar un verdadero tratamiento preventivo a la situación de insolvencia, que evitara, en determinadas circunstancias, que los deudores se viesan –irremediabilmente– abocados a solicitar la declaración de concurso.

La grave situación que se presentó se debía, de alguna manera, a que la propia Ley Concursal fue elaborada y aprobada en un periodo de bonanza económica, sin estar adaptada para afrontar situaciones económicas adversas (graves situaciones de crisis económica), por todo ello, el estallido de la crisis real y financiera que venimos sufriendo desde el año 2008, puso a prueba a la Ley Concursal, dejando entrever todas sus deficiencias a la hora de enfrentarse a tal «avalancha» de declaraciones concursales⁸⁵⁸; quizá por estas causas, los

⁸⁵⁵ ILLESCAS ORTIZ, R., «El deambular –¿errático?– del derecho concursal», en *Derecho de los negocios*, n.º 29, octubre de 2009, pp. 1-2.

⁸⁵⁶ DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de la reformas...», op. cit., p. 156; OLIVENCIA RUIZ, M., «Del concurso en tiempos de crisis: una reforma ortopédica», *RcP*, n.º 11, 2009, p. 23 y ss.

⁸⁵⁷ Reforma operada por la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, «de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica», BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

⁸⁵⁸ MARCOS GONZÁLEZ-LECUONA, M., «Deber de solicitar la declaración de concurso», en Cerdón (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, tomo i, 2ª edición, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 143, especialmente véase la nota a pie de página n.º 26,

redactores de la Ley Concursal no acertaron a modular el alcance de sus previsiones en relación con la aprobación de la Ley Concursal⁸⁵⁹.

Ante dicha situación, el legislador empezó a buscar –aunque de forma tímida– instrumentos que evitaran que se declararan tantas empresas en concurso; la reacción legislativa no se hizo esperar y, a los cinco años de rodaje de la Ley Concursal, el Gobierno vino a introducir algún mecanismo preconcursal que ofrecía a los deudores un tratamiento preventivo para dar solución a su estado de insolvencia fuera de los cauces procesales del concurso.

En el año 2009, se aprobó el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo⁸⁶⁰, que introdujo, entre otras, una serie de modificaciones en la Ley Concursal «para facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia», además, también se buscó agilizar los trámites del proceso concursal para reducir los costes de tramitación, intentando mejorar la posición jurídica de los trabajadores de las empresas concursadas que pudieran verse afectados en los procedimientos colectivos⁸⁶¹.

En nuestra opinión, la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, produjo un cambio de paradigma en el ámbito del Derecho de la insolvencia, pues, dicha disposición ampliaba el horizonte de la tutela del derecho de la insolvencia, introduciendo –aunque de forma incompleta– nuevos instrumentos extrajudiciales (preconcursoales) para la composición de la

dónde la autora definía la situación que sufrían los juzgados de lo mercantil, como la «avalancha» de procesos concursales que se estaban tramitando en aquella época. Para toma de muestra, tal y como seguía apuntando la profesora María MARCOS que en febrero del año 2009, el número de empresas insolventes había aumentado un 220,23% respecto del mismo mes del año anterior (2008); ILLESCAS ORTIZ, R., «El deambular –¿errático?–...», op. cit., pp. 1-2.

⁸⁵⁹ DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcurabilidad y la jurisdiccionalidad del concurso...», op. cit., p. 168.

⁸⁶⁰ El legislador, ante la evolución de la crisis económica global y el impacto en la economía española, promulgó el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, «de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica», BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009. Vid., su Exposición de Motivos.

⁸⁶¹ Vid. La exposición de motivos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, BOE, n.º 78, de 21 de marzo de 2009.

crisis económica, que permitían a los deudores intentar resolver su situación de insolvencia en un periodo de tiempo anterior a una eventual declaración de concurso.

El artículo 10 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, cuenta con doce apartados que venían a introducir –entre otras– diversas modificaciones en la Ley Concursal; una de las novedades más relevante que introdujo dicho precepto (art. 10.1) y, que mayor trascendencia práctica ha tenido durante su vigencia (y actualmente tiene en su nueva redacción: art. 5 bis LC), es la adición del apartado 3º al artículo 5 de la Ley Concursal:

«El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1º de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso, transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente».

Según el profesor Manuel Olivencia la inicial redacción del artículo 5.3 de la Ley Concursal se trataba de una redacción «vaga», insuficiente para tan importante materia, que creó graves dudas interpretativas y mucho recelo en su aplicación práctica⁸⁶². Es cierto que la parquedad de la redacción inicial del primigenio artículo 5.3 de la Ley Concursal, suscitó infinidad de dudas interpretativas a hora de aplicarse en la práctica forense, pero en contra de lo que afirmaba el profesor Olivencia, dicho contenido había que observarlo con cierto optimismo, pues, como apuntaba el profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ, dicho precepto gozaba de una gran riqueza de oportunidades⁸⁶³, que, a nuestro juicio daban a entender que nos encontrábamos ante los «cimientos» de lo que se podía entenderse hoy, por un procedimiento preconcursal alternativo al

⁸⁶² OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso y precurso, en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 14.

⁸⁶³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 173.

concurso con el que el deudor pudiera evitara su declaración judicial de concurso (tanto necesario como voluntario); por lo tanto, estaríamos, como insinuó el profesor CORTÉS, ante la importante figura del «preconcurso»⁸⁶⁴.

1. El –derogado– régimen legal del concurso (ex art. 5.3 LC) albergaba un «potencial» procedimiento preventivo del concurso

Según se desprendía del tenor literal del –derogado⁸⁶⁵– artículo 5.3 de la Ley Concursal, el «deber» de solicitar el concurso (*rectius*: la carga procesal de solicitar el concurso) dejaba de ser exigible al deudor que había iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta de anticipada de convenio si, dentro del plazo establecido en el artículo 5.1, lo ponía en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso; trascurrido el plazo de tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor hubiera obtenido o no las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, debía solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente (*ex antiquo* art. 5.3 LC). El contenido del apartado 3º del artículo 5 de la Ley Concursal (actualmente derogado) introducía la *comunicación del inicio de negociaciones*, lo que conocemos, en la actualidad, como «preconcurso».

Como expondremos más adelante, nosotros defendemos la idea de que lo que realmente introducía el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal no era una mera comunicación al juzgado anunciando el inicio de negociaciones, sino que, más bien, lo que albergaba dicho precepto era, desde sus inicios, un verdadero procedimiento concursal *preventivo del concurso*, que ofrecía a los deudores una auténtica alternativa al deber de solicitud de concurso (art. 5.1 LC). El procedimiento de «preconcurso» introducido por el derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal –actualmente regulado en el artículo 5 bis de la Ley

⁸⁶⁴ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», p. cit., pp.167-181.

⁸⁶⁵ El artículo 5.3 de la Ley Concursal fue derogado con la entrada en vigor del artículo 5 bis, introducido con la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

Concursal—, es, a nuestro juicio, un procedimiento que previene al deudor de las solicitudes de concurso necesarias (art. 15.3 LC), pero también servía para evitar el concurso voluntario⁸⁶⁶. Es cierto que parte de la doctrina especializada se mostraba contraria a la compatibilidad del procedimiento de precurso (antiquo art. 5.3) y los acuerdos de refinanciación regulados en la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal; adoptaban una interpretación muy restrictiva del precepto (art. 5.3), entendiendo que el precurso, solo vale para que el deudor tenga un margen temporal, en el que no se le exigía el deber de solicitar el concurso durante tres meses desde la comunicación del inicio de negociaciones (antiquo art. 5.3), para que se ocupe de buscar las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio. Los defensores de esta tesis más restrictiva, entendían que tanto si se conseguían como no dichas adhesiones, el deudor debía acudir *inexorablemente* al concurso para aprobar dicha propuesta en el seno del concurso, saliendo del mismo, en un tiempo razonable, con un convenio aprobado que garantizara la refinanciación que haga o posibilite la viabilidad de la empresa.

Siguiendo la tesis del profesor Valentín CORTÉS DOMIÍNGUEZ, entendemos que la norma que contenía el derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal «no podía interpretarse de forma unitaria o cerrada: *solicitud, paralización de solicitudes de concurso necesario, petición de concurso voluntario con*

⁸⁶⁶ A nuestro juicio, el precurso (ex antiquo art. 5.3 LC), a parte de bloquear las solicitudes de concurso necesario (art. 15.3), también puede evitar el concurso voluntario, puesto que si el deudor acogido a precurso consigue remover su estado de insolvencia actual durante los plazos de tramitación del precurso, en los casi seis meses que establecía el precepto, no tenía la *carga* de solicitar la declaración judicial de concurso (art. 5.1). A pesar que el tenor literal del artículo 5.3 no lo permitía, puesto que el procedimiento de precurso, «solo estaba destinado» para buscar las adhesiones necesarias para aprobar la propuesta anticipada de convenio (en el concurso posterior), que le permitiera al deudor entrar al concurso para salir del mismo de forma rápida con un convenio aprobado que garantizaba la conservación de la empresa en el tráfico y la viabilidad del deudor que sale del concurso. Por eso, siguiendo la tesis de la profesora PULGAR EZQUERRA, entendíamos que el procedimiento de precurso (ex antiquo artículo 5.3 LC), era perfectamente compatible con la negociación de un acuerdo de refinanciación en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (1255 CC), mientras se tramitaba el precurso (ex antiquo art. 5.3). Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 464; y, de la misma autora, también consultar en «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009», en *RdCyP*, n.º 11, 2009, pp. 56-57.

propuesta anticipada de convenio o no»; pues si, así se hiciera, la reforma que introducía dicho precepto (art. 5.3) hubiera sido tímida e inoperante, ya que su utilización no evitaría la entrada en concurso de las empresas, ni serviría para conseguir una solución extrajudicial al estado de insolvencia del deudor. La activación del precurso debía –*ex antiquo* art. 5.3– y debe –actualmente con el art. 5 bis LC– posibilitar (facilitar) la consecución de una solución extrajudicial al estado de insolvencia (actual o inminente) o, de preinsolvencia, a través de la formalización de un acuerdo de refinanciación (Disposición adicional cuarta y art. 71 bis LC) o, de un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), como así ocurre en la actualidad.

1.1. ¿La insolvencia actual como presupuesto objetivo «único» del precurso (antiguo art. 5.3 LC)?

Para poder acogerse al procedimiento de precurso (*ex antiquo* art. 5.3), el deudor común debía cumplir el presupuesto objetivo que establecía la norma. El viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal establecía que para poder acogerse al precurso, el deudor común debía encontrarse en estado de «insolvencia actual»⁸⁶⁷. Como bien es sabido, la insolvencia actual se define como la *imposibilidad de cumplir – de forma regular – las obligaciones exigibles del deudor* (art. 2.2 LC)⁸⁶⁸. En principio, según el contenido del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), sólo los deudores que se encontraban en situación de insolvencia actual, podían acogerse al precurso (art. 5.3).

Como se podía observar, el presupuesto del precurso en sus inicios (ex art. 5.3), era muy restrictivo, pues no permitía acogerse al precurso, al deudor que *previera* la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones a corto

⁸⁶⁷ El apartado 3º del artículo 5 de la ley Concursal reza como sigue: «3. El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1º de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso, transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente».

⁸⁶⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Presupuesto objetivo», (art. 2), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 169-175.

plazo (insolvencia inminente⁸⁶⁹), y, por ende, tampoco se le permitía al deudor que previera dicha imposibilidad a medio/largo plazo (preinsolvencia).

En la práctica forense, es cierto que algún juzgado de lo mercantil, siguiendo la literalidad (interpretación restrictiva) del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, se pronunció afirmando que no procedía solicitar el precurso (antiguo art. 5.3) cuando el deudor estuviera en situación de *insolvencia inminente*⁸⁷⁰. A nuestro juicio, dicha restricción no tenía mucha razón de ser, pues, si lo que se pretendía realmente era *facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras*⁸⁷¹, era más que recomendable incluir dentro del presupuesto objetivo del precurso (antiguo art. 5.3), tanto la *insolvencia inminente* como la propia *preinsolvencia*. En este sentido, debemos decir que si el deudor en estado de *insolvencia inminente* o, incluso en estado de *preinsolvencia*, pudiera acudir al precurso (antiguo art. 5.3), podría ponerse al resguardo de eventuales declaraciones de concurso necesario, mientras negocia con los acreedores⁸⁷².

1.2. La necesaria inclusión del estado de insolvencia inminente y de la situación de preinsolvencia dentro el presupuesto objetivo del precurso (ex viejo art. 5.3)

Como ya hemos apuntado, en los inicios del precurso su presupuesto objetivo se presentaba muy restrictivo (*antiguo* art. 5.3), puesto que sólo permitía acogerse al mismo a los deudores en estado de *insolvencia actual*. A pesar de la literalidad del precepto, nosotros entendíamos, entonces, que si lo

⁸⁶⁹ En ese sentido se pronunciaba HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «La nueva fase preconcursal», en *Diario la Ley*, n.º 7272, sección doctrina, 29 de octubre de 2009, año xxx, p. 3

⁸⁷⁰ Vid., el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de 17 de abril de 2009, (AC 2010,10). Ponente: D. Javier GARCÍA MARRERO.

⁸⁷¹ Como así rezaba en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica: «(...) *las modificaciones contenidas en el presente Decreto-Ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible la situación de insolvencia...*»

⁸⁷² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal...*, op. cit., p. 215.

que realmente se buscaba era crear un procedimiento preconcursal para negociar las adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o, un acuerdo de refinanciación (extrajudicial) para evitar el concurso, ¿era lógico mantener sólo y exclusivamente la *insolvencia actual* como presupuesto objetivo en el precurso (ex art. 5.3)?; a esta cuestión respondemos negativamente, puesto que entendemos que el periodo preconcursal –previo a una eventual declaración de concurso– es el periodo idóneo en el cual un deudor puede y debe realizar actuaciones –también denominadas *preconcursoales*⁸⁷³– para intentar *remover* su estado de insolvencia actual (art. 2.1 LC); como pudimos ver, el legislador obvió la posibilidad de configurar un presupuesto objetivo más amplio y flexible, en el que encajaran también las situaciones de *insolvencia inminente* (art. 2.2) e, incluso, las situaciones de *preinsolvencia*⁸⁷⁴.

En nuestra opinión, el periodo preconcursal –previo a una eventual declaración de concurso– es el periodo idóneo donde el deudor podría optar por negociar un acuerdo de refinanciación que podría ayudarle a *remover* o *prevenir* la insolvencia, evitando la solución concursal; por eso, era realmente necesario que se incluyeran dentro del presupuesto objetivo tanto las

⁸⁷³ El profesor OLIVENCIA entiende –acertadamente– que el precurso no sólo es el periodo que precede al posterior concurso (consecutivo) –en los casos en los que proceda– sino aquel periodo en el que un deudor en dificultades económicas aún no ha sido declarado en concurso. Es en ese periodo temporal en el que dicho deudor trata de evitar su concurso, y puede que lo consiga, a través de actuaciones precursoales. Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso y precurso», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p.12.

⁸⁷⁴ El estado o situación de *preinsolvencia* no se define en nuestra vigente ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; su definición es un creación doctrinal y jurisprudencial y, al igual que la insolvencia inminente, gira entorno de la «previsibilidad de la imposibilidad de cumplir» (juicio de probabilidad); por lo tanto, la preinsolvencia se podría definir como la prognosis que hace un deudor a medio/largo plazo en el que prevé la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones a medio/largo plazo (estado objetivamente probable), puesto que si prevé dicha imposibilidad a corto plazo o de forma inmediata –aunque todavía no se haya producido–, el deudor se encontraría claramente en estado de insolvencia inminente (art. 2.3 LC). Para entender correctamente el concepto de la *preinsolvencia* es de obligada consulta el trabajo del profesor ROJO, donde se explica con sumo detalle la delgada línea roja que separa la situación de insolvencia inminente de la propia preinsolvencia. Vid., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de concurso», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, tomo ii, 2ª edición, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 917.

situaciones de *insolvencia inminente* (art. 2.2)⁸⁷⁵ como las situaciones de *preinsolvencia*. Posteriormente, a los dos años de rodaje del precurso (ex art. 5.3), con la reforma de la Ley Concursal de 2011, llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre⁸⁷⁶, el legislador de forma coherente y en la misma dirección que apuntábamos, eliminó del contenido del artículo 5 bis, el inciso: *insolvencia actual*⁸⁷⁷, y, en consecuencia, según la nueva dicción de la norma, se permitía defender la idea de que el artículo 5 bis 2 de la Ley Concursal, permitía acogerse al precurso a los deudores que se encontraran tanto en *insolvencia actual* como en *insolvencia inminente*; a pesar de que algún autor⁸⁷⁸ dudara de que en la práctica un deudor en estado de *insolvencia inminente*⁸⁷⁹ fuera a solicitar el precurso (art. 5 bis), al no existir riesgo de que algún acreedor pudiera instarle un concurso necesario⁸⁸⁰, entendíamos que dicho argumento no era suficiente para cerrar la posibilidad de que el deudor que *previera* que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (a corto plazo)⁸⁸¹,

⁸⁷⁵ Sobre el concepto de *insolvencia inminente* vid., el trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Presupuesto objetivo», op. cit., pp. 175 y ss.; estará en *insolvencia inminente* el deudor que prevea la imposibilidad de cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Como bien dice el profesor ROJO, el adjetivo *inminente* significa amenazante o que está a punto de suceder prontamente.

⁸⁷⁶ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. Publicada en el BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011

⁸⁷⁷ El nuevo contenido del artículo 5 bis 1 que dejaba la reforma operada por la ley 38/2011, de 1 de octubre: «*el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley*». Como se puede observar, ya no se hace alusión a la *insolvencia inminente*, por lo que en puridad, el legislador –consciente o no– deja abierto (y flexible) el presupuesto objetivo del precurso (ex art. 5 bis), permitiendo a los deudores que se encontraran en situación de *insolvencia inminente* o, incluso en estado de *preinsolvencia*, puedan acogerse al procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) para intentar obtener un convenio con los acreedores que les permita garantizar la refinanciación y, por ende, la viabilidad de la actividad empresarial.

⁸⁷⁸ PAVÓN NEIRA, C., «Precurso como método para evitar...», op. cit., p. 70

⁸⁷⁹ Sobre el concepto de *insolvencia inminente* consúltese inexcusablemente el trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «presupuesto objetivo», op. cit., p. 175 y ss.

⁸⁸⁰ Vid. PAVÓN NEIRA, C., «Precurso como método para evitar...», op. cit., p. 70, el auto entendía que ningún deudor en estado de *insolvencia inminente* pediría el precurso, por no existir riesgo de que los acreedores pudieran instarle un concurso necesario, puesto que deberían acreditar la *insolvencia actual* del deudor, no siendo posible admitir a trámite una solicitud de concurso necesario fundada en la *insolvencia inminente* del deudor común.

⁸⁸¹ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Presupuesto objetivo», op. cit., p. 175.

podría acogerse al precurso (viejo art. 5.3, actual art. 5 bis). Es más, en nuestra opinión, incluso, también defendemos la idea de que, desde la reforma de 2011⁸⁸², un deudor en estado de preinsolvencia, que por tanto, aún es solvente, también podría acudir al precurso para intentar *prevenir* la insolvencia (art. 5 bis LC). En definitiva, no sólo se podía solicitar el precurso en cualquier momento dentro del plazo legal de dos meses desde que se conociera o debiera conocer el estado de insolvencia (art. 5.1 LC), sino en cualquier momento anterior a dicho plazo, esto es, fuera de ese plazo y, por tanto, aunque el deudor no estuviera en estado de insolvencia inminente, y fuera un deudor solvente (preinsolvencia)⁸⁸³.

La inclusión de la insolvencia inminente (art. 2.2 LC) y de la propia situación de preinsolvencia dentro del presupuesto objetivo del precurso (ex art. 5 bis LC), hacía que pudiéramos entender al precurso como un completo procedimiento (preconursal) alternativo al concurso y, por ende, preventivo del mismo. En caso contrario, si sólo se pudieran acoger al mismo los deudores en estado de insolvencia actual, no se podría utilizar el precurso (ex art. 5 bis) para prevenir la situaciones de insolvencia a medio/largo (preinsolvencia), y, en la época actual que estamos viviendo, debido a la fuerte crisis económica que nos azota, muchas empresas, incluso prevén que no podrán cumplir a (medio/largo) de forma regular y puntualmente con sus obligaciones venideras, siendo oportuno que las mismas pudieran realizar todo tipo de actos o actuaciones (preconursales) —a nuestro juicio dentro del precurso—, para evitar que la situación de insolvencia (ya sea inminente o actual) aflorase en su patrimonio. Por todo ello, era lógico que se introdujeran las situaciones de preinsolvencia dentro del presupuesto objetivo del precurso (ex art. 5 bis LC).

⁸⁸² La reforma de 2011 fue operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE n.º 245, de 11 de octubre 2011

⁸⁸³ Así lo parece entender el profesor ROJO. Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho preconursal», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. II, 13ª edición, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 565-566.

2. Vigencia temporal del original artículo 5.3 de la Ley Concursal introducido por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo

El procedimiento de concurso (ex art. 5.3 LC) introducido por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, n.º 78, de 31 de marzo de 2009, es decir, el 1 de abril de 2009; asimismo, la vigencia del artículo 5.3 de la Ley Concursal fue relativamente corta, pues, a los dos años y medio de su entrada en vigor, fue derogado por el artículo uno de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal⁸⁸⁴, que introdujo en sustitución del antiguo artículo 5.3, el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal, cuyo contenido nos permitía defender, con mayor rigor, la idea de que el concurso es un auténtico procedimiento *alternativo* al concurso, cuya finalidad *preventiva* hacía que se convirtiera en el instrumento perfecto para *remover* o *prevenir* el estado de insolvencia.

A pesar de que el artículo 5.3 estuvo vigente dos años y medio, su aplicación práctica no dejó indiferentes a los operadores, pues produjo, como veremos a continuación, mucha polémica en determinadas cuestiones que no quedaban muy claras con la literalidad de la norma. Siempre hemos pensado que el artículo 5.3 de la Ley Concursal (concurso), desde su aprobación en el año 2009, ha sido una norma de gran trascendencia práctica para las empresas que se encontraban en situación de insolvencia, puesto que el procedimiento que vino a introducir el precepto, se convertiría, en poco tiempo, en la alternativa –efectiva– al concurso de acreedores, debido a la «potencial» finalidad *preventiva* del mismo.

⁸⁸⁴ La aprobación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, vino a materializar la profunda revisión que se pretendía acometer en la Ley Concursal anunciada por el legislador en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, vid. BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

3. Los preceptos de la Ley Concursal «íntimamente» conectados al original artículo 5.3: la necesidad de integrarlos en el viejo régimen legal del precurso.

Como afirmaba el profesor Federico De Castro y Bravo: «ninguna ley puede existir ni puede comprenderse de forma aislada; cada nueva regla repercute en mayor o menor grado sobre las demás; pero ella, a su vez no podrá ser entendida sin que se conozca el modo y la forma en que encaja dentro del Derecho ya existente⁸⁸⁵. Por todo ello, desde antiguo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido insistido sobre la necesidad de atender a la “leyes coetáneas o posteriores a la que debe aplicarse”, a sus relaciones de concordancia entre si y entre aquellos cuerpos legales que afectan a la misma materia y al deber de armonizar y combinar los preceptos de las leyes⁸⁸⁶.

En virtud de lo anteriormente apuntado, el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal no podía interpretarse de forma unitaria y aislada, sino que debía interpretarse sistemáticamente⁸⁸⁷ con el resto de normas que introdujo el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo. En el mismo sentido, los *acuerdos de refinanciación* de la Disposición adicional cuarta y sus efectos jurídicos en el ámbito concursal debían interpretarse de forma sistemática con el resto de normas, concretamente con el derogado artículo 5.3, para poder saber si su aplicación conjunta permitía, como hubiera sido deseable, que el deudor pudiera ejercer aquel derecho potestativo, que hemos anteriormente analizado, no tanto para evitar el concurso necesario como evitar el concurso⁸⁸⁸.

Además de la anterior correlación, tampoco había que perder de vista varios preceptos de la Ley Concursal, que eran esenciales para un completo entendimiento del régimen legal del precurso (*antiquo* art. 5.3). Los artículos

⁸⁸⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, parte general, tomo primero, ed. Casa Martín, Valladolid, 1942, pp. 395-396.

⁸⁸⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1924, de 29 de diciembre de 1928, de 31 de octubre de 1928, de 23 de marzo de 1929 y, de 23 de junio de 1940. Véase dichas sentencias en DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil...*, op. cit., p. 396.

⁸⁸⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 173.: s

⁸⁸⁸ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., pp. 173-174

que a nuestro juicio había que integrar dentro del régimen legal del concurso (art. 5.3), eran: los artículos 5.1, el artículo 15.3, el artículo 22, el artículo 105 y Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.

En primer lugar, el plazo que establecía el artículo apartado 3º del artículo 5, se refería al plazo legalmente previsto en el apartado 1º del mismo artículo, donde se regula «el deber de solicitar la declaración de concurso»:

«El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (...)».

Por lo tanto, «el deber de solicitar la declaración de concurso no era exigible a deudor que, en estado de insolvencia actual, hubiera iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1º de este artículo, lo pusiera en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso (ex *antiquo* art. 5.3).

En lo que respecta al artículo 15.3 de la Ley Concursal⁸⁸⁹, debemos decir que en dicho precepto, se regulaba la *provisión de las solicitudes de concurso de otro legitimado y acumulación de solicitudes*. En dicha norma se establece que, para el caso en el que el deudor hubiera realizado la comunicación del artículo 5.3, la solicitudes de concurso que se presentaran con posterioridad solo se proveían cuando hubiera vencido el plazo de un mes previsto en el artículo 5.3 de la ley Concursal, si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso (se entiende en este caso que la solicitudes instadas por los acreedores serán tramitadas conforme al artículo 15, como concurso necesario (art. 22.2 LC).

⁸⁸⁹ El apartado 3º del artículo 15 de la ley Concursal, introducido por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución económica, rezaba como sigue: «Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes».

En el caso de que el deudor hubiera presentado la solicitud de concurso en el citado plazo (*antiquo* art. 5.3), se tramitará como concurso voluntario (arts. 14 y 22.1 LC). Una vez que se hubiera declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten posteriormente se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes (art. 15.3 LC).

El artículo 22.1 párrafo 2º de la Ley Concursal⁸⁹⁰, vino a establecer que la solicitud de concurso realizada en el plazo fijado por el *–derogado–* artículo 5.3, se entendía presentada cuando lo fue la comunicación prevista en dicho precepto. Esta previsión se aplicaba en los casos en los que después de transcurrir los tres meses de la moratoria temporal que concedía el precurso (*antiquo* art. 5.3), se solicite el concurso dentro del mes siguiente *–con o sin propuesta anticipada–*. Esta medida era *–y es con el actual art. 5 bis LC–* muy acertada y útil, para evitar que los deudores puedan «jugar» con la moratoria temporal que les otorga el precurso (*antiquo* art. 5.3), para intentar eludir las temidas *acciones de reintegración* de los actos perjudiciales para la masa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, incluso, aunque no hubiese existido intención fraudulenta (art. 71.1 LC)⁸⁹¹.

Otro de los artículos que, a nuestro juicio, debía tenerse en cuenta a la hora de admitir a trámite el precurso (antiquo art. 5.3) era el artículo 105 de la ley Concursal⁸⁹². Dicho precepto regula las prohibiciones a la hora de

⁸⁹⁰ El apartado 1º del artículo 22 de la ley Concursal introducido por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, reza como sigue: «A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada en el plazo del artículo 5.3 se entenderá presentada cuando lo fue la comunicación prevista en ese artículo».

⁸⁹¹ Sobre las acciones de reintegración de los actos perjudiciales para la masa dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración judicial de concurso, es interesante consultar el trabajo de LEÓN, F., «Acciones de reintegración» (art. 71), en VV-AA, ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de La Ley Concursal*, tomo ii, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1301 y ss.

⁸⁹² El artículo 105 de la Ley Concursal prevé lo siguiente:

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

1.º Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social

presentar una *propuesta anticipada de convenio* (art. 105). Es cierto que durante la vigencia inicial del artículo 5.3 de la Ley Concursal, el juez que conocía de una solicitud de precurso no controlaba –*ex officio*– si el deudor estaba incurso en alguna de las prohibiciones que imposibilitaban la presentación de una *propuesta anticipada de convenio* (art. 105 LC) –tampoco lo hace en la actualidad el *Letrado de la Administración de Justicia* competente para conocer de una solicitud de precurso (art. 5 bis LC)–. Según la norma concursal, dicho *control de legalidad* se llevaba a cabo a posteriori, una vez se haya solicitado la declaración de concurso (*antiquo* art. 5.3 *in fine*)⁸⁹³, en cuyo auto, el Juez se deberá pronunciar sobre la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio (art. 106.2 LC). En definitiva, el deudor que instaba una solicitud de precurso (*antiquo* art. 5.3) no precisaba acreditar –en dicha solicitud– que no se encontraba incurso en ninguna de las prohibiciones que vetaban la presentación de la *propuesta anticipada de convenio* (art. 105).

A nuestro juicio, entendíamos que el control a posteriori era un craso error, puesto que si el juez (en su día) o el *letrado de la Administración de Justicia* (en la actualidad) controlaran en el momento de la admisión trámite de la solicitud de precurso (antiquo art. 5.3), que el deudor solicitante no se encontraba incurso en ninguna de las prohibiciones previstas en el artículo 105 de la ley Concursal, se evitaría que los deudores utilizaran el precurso de forma estratégica con el único fin de ganar tiempo y perjudicar a los acreedores prolongando fraudulentamente su estado de insolvencia.

o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.

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

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

⁸⁹³ JACQUET YESTE, T., «El no deber de solicitar el concurso y la emergencia de la paraconcursalidad», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 388.

Como hemos podido ver, entendemos que los cinco preceptos anteriormente reseñados estaban íntimamente conectados y, a nuestro juicio, «iban de la mano» a la hora de estudiar sistemáticamente el mecanismo del procedimiento de concurso (*antiquo* art. 5.3).

4. La necesaria conexión del concurso con la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: La interpretación sistemática del viejo artículo 5.3.

El viejo artículo 5.3 de la ley Concursal (actualmente derogado), no podía interpretarse como si de un sistema cerrado se tratara: (solicitud, paralización de solicitudes de concurso necesario, petición de concurso voluntario con propuesta anticipada de convenio o no), puesto que, como afirmaba la doctrina: «no tendría ningún sentido ni mostraría toda la riqueza de *oportunidades* que nos brinda el precepto»⁸⁹⁴.

Siguiendo la tesis del profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ pensamos que había que interpretar el viejo artículo 5.3 de la ley Concursal (al igual que el vigente artículo 5 bis LC) de forma sistemática⁸⁹⁵ con el resto de las normas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, entre otras: los artículos 5.1, 15.3, 22.1, 105 y la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal. Esto significaba que, desde la creación del artículo 5.3, el mismo no se podría interpretar de forma unitaria (o aislada), al margen de las demás normas que conforman la Ley, sino que debía interpretarse sistemáticamente, «en conjunto» con las demás normas introducidas por el Real Decreto-ley 3/2009; por lo tanto, dejando al margen la interpretación literal (al ser esta incompleta y difusa), se debía acudir al verdadero *espíritu del sistema concursal*, para entender ese elenco de normas como un «todo coherente», que nos hiciera comprender el verdadero sentido y alcance del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal.

⁸⁹⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «las reformas del art. 5.3...», op. cit., pp. 173-175.

⁸⁹⁵ Sobre el elemento *sistemático* a la hora de interpretar las leyes: la concordancia de las leyes. Véase la obra de DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil Española*, Parte General, tomo primero, ed. Casa Martín, Valladolid, 1942, pp. 395-396.

A pesar de que algún autor insinuaba que el propósito del legislador de 2009 parecía encaminado a que los acuerdos de refinanciación de la Disposición Adicional cuarta se convirtieran en un procedimiento sustitutivo del proceso concursal que sirviera de mecanismo alternativo (extrajudicial) al concurso, que proporcionara un medio rápido y eficaz para tratar el estado de insolvencia ⁸⁹⁶, lo cierto era que la Disposición adicional cuarta, por si sola, mostraba poca entidad⁸⁹⁷, ya que la misma, no tenía una finalidad preventiva del concurso, sino que, simplemente ofrecía un blindaje especial, en el caso de que en un eventual concurso se pretendiera rescindir el acuerdo de refinanciación suscrito dentro los dos años anteriores a la fecha de la declaración judicial de concurso, tal y como disponía el artículo 71 de la ley Concursal. Por todo ello, entendemos que la primigenia redacción de la Disposición adicional 4 de la Ley Concursal había que interpretarla sistemáticamente en íntima conexión con el precurso (antiquo art. 5.3).

Ante el panorama de crisis económica que vivíamos en el año 2009 en España y ante la avalancha de declaraciones judiciales de concurso que vivieron en aquella época los juzgados de lo mercantil de toda España, es posible que el legislador introdujera la Disposición adicional cuarta, con el ánimo de evitar que el deudor tuviera que instar la declaración de concurso, intentando evitar, además, la desbordante proliferación de declaraciones judiciales de concurso que producirían grandes efectos devastadores para la economía de nuestro país⁸⁹⁸.

A parte de los autores detractores de tal posibilidad, también se dio algún pronunciamiento judicial que se mostraba reacio a «conciliar» los efectos del precurso con los acuerdos de refinanciación de la Disposición adicional cuarta, puesto que se entendía que el deudor acogido al precurso (antiquo art. 5.3) no podía utilizar la moratoria temporal que se le concedía (y los

⁸⁹⁶ DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso...», op. cit., p. 164.

⁸⁹⁷ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «las reformas del artículo 5.3...», op. cit., p. 174.

⁸⁹⁸ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz...», op. cit., p. 163.

beneficios colaterales del precurso), para negociar —en paralelo a la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio— un acuerdo de refinanciación (Disp. Adicional 4ª)⁸⁹⁹.

Pero si nos ceñimos a la *voluntas legislatoris* que se desprendía de la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, nos damos cuenta que la restricción anterior no era muy coherente con los principales fines perseguidos por el legislador concursal: puesto que, en puridad, las medidas introducidas por dicho RD-Ley⁹⁰⁰, pretendían —en todo momento— «facilitar las refinanciaciones de las empresas que pudieran atravesar dificultades financieras...». Por ello, entendíamos que los acuerdos de refinanciación (Disp. Adicional 4ª) debieron estar (desde el nacimiento del precurso) en íntima conexión y apoyarse en el viejo artículo 5.3, como otra posible solución (extraconcursal) en busca de la *remoción* del estado de insolvencia actual dentro del procedimiento de precurso (viejo art. 5.3).

A pesar del tenor literal del viejo artículo 5.3 de la ley Concursal, y de los autores que defendían el carácter instrumental del precurso como instrumento preparatorio del concurso⁹⁰¹, parte de la doctrina⁹⁰² reconocía, que

⁸⁹⁹ Vid., El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, de 30 de junio de 2009. A pesar de entender incompatible el precurso con los acuerdos de refinanciación de la Disposición adicional 4ª; es importante decir que el juzgado en la parte dispositiva del auto viene a reconocer que el deudor se beneficiará, en todo caso, de los efectos que se desprenden del precurso (*antiquo* art. 5.3), hasta el punto de defraudar la realidad del precepto, utilizándolo como un escudo que le ponga a resguardo durante las negociaciones para refinanciar su deuda. *Pero a pesar del reconocimiento anterior* (la cursiva es nuestra), dicho auto insistía en que los acuerdos de refinanciación de la Disp. Adicional 4ª no quedaban cubiertos por el blindaje que ofrecía el artículo 5.3 de la Ley Concursal. El tribunal aducía que, siguiendo el tenor literal del precepto, los acuerdos de refinanciación quedaban al margen del precurso, sometiéndose a su propio régimen legal (Disp. Adicional 4ª).

⁹⁰⁰ Nos referimos al real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia fiscal, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

⁹⁰¹ Uno de los principales defensores de la naturaleza esencialmente preparatoria del precurso, debido al carácter marcadamente instrumental del viejo artículo 5.3, era el profesor DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas...», op. cit., pp. 161-162, especialmente véase la nota a pie de página n.º 22; y del mismo autor, véase «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad...», op. cit., p. 172-173; también en la misma línea que el profesor DAMIÁN MORENO se muestran, entre otros, ALCOVER GARAU, G., «Deber...», op., cit., p. 18; GARCÍA-CRUCES, J.A., «Inexigibilidad...»; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª.M., Y ORELLANA CANO, N., «Deber de solicitar la declaración de

concurso» en AA-VV, PRENDES (dir.), *Tratado Práctico Concursal*, ed. Aranzadi- Thomson Reuters, 2009, Cizur Menor, pp. 212 y 214., pero a pesar de entender que el precurso pueda ser instrumental en los casos en los que el deudor esté negociando un propuesta anticipada de convenio que será aprobada judicialmente en el posterior concurso, dichas autoras reconocen que es admisible que durante el periodo de cuatro meses que otorga el precurso (art. 5.3) el deudor supere su estado y en cuyo caso cesará su obligación de solicitar el concurso; consideraban que en dicho periodo era plenamente admisible, por parte del deudor, la negociación de aun acuerdo de refinanciación de los de la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., y DÍAZ MORENO, A., «Algunas cuestiones...»; QUINTANS EIRÁS, R., «Luces y sombras...»; AZNAR GINER., E., *La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 17 y 18.

⁹⁰² Según la redacción literal del artículo 5.3 de la Ley Concursal las refinanciaciones preconcursales extrajudiciales no entraban dentro de su cobertura legal, sino que, el precurso (art. 5.3), más bien iba encaminado a la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. A pesar de dicha incompatibilidad *ex legem*, parte de la doctrina entendía que el precurso (ex viejo art. 5.3 LC) debía estar conectado con la posibilidad de poder llevar a cabo, «en paralelo» a la consecución de la propuesta anticipada, la negociación de un acuerdo de refinanciación con el fin de *remover* la insolvencia actual, puesto que de esta manera se podía llegar a entender la finalidad y operatividad práctica del precurso (ex art. 5.3); es de justicia destacar a los primeros autores en pronunciarse en este sentido, especialmente la profesora Juana PULGAR EZQUERRA que ya trabajaba sobre este tipo de acuerdos amistosos extrajudiciales, llevados a cabo dentro del marco de la autonomía de la voluntad (1255 CC), incluso antes de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., «Licitud y temporalidad de los acuerdo amistosos extrajudiciales: riesgos para intervinientes en un eventual concurso», en *RcP*, n.º 5, sección doctrina, 2006, p. 25; y, también, de la misma autora véase sus obras más actuales, *El Concurso de acreedores...*, op. cit., p. 464; «Protección de las refinanciaciones de deuda...», op. cit., pp. 56-57. En estas últimas obras la profesora PULGAR EZQUERRA recalca «que, a pesar de que las refinanciaciones preconcursales (extrajudiciales) no estaban comprendidas en el ámbito del artículo 5.3 de la Ley Concursal cuya operatividad parecía estar vinculada a la consecución de una propuesta anticipada de convenio, éstas se podía beneficiar de la ampliación del plazo de exigibilidad del deber de solicitud de concurso, así como de la paralización de solicitudes de concurso necesario (art. 15.3), sin que ello conllevara un fraude de Ley, pues la norma se utiliza para el fin previsto, esto es la consecución de adhesiones a un propuesta anticipada de convenio –dentro de la moratoria temporal que otorga el precepto (art. 5.3)–, pero nada impide que el deudor en el marco de la autonomía de la voluntad pudiera entre las partes (art. 1255CC) a la vez que negocia la propuesta anticipada de convenio, intente alcanzar una refinanciación preconcursal de deuda, con el fin de remover la insolvencia actual en la que se fundamenta el deber de solicitar el concurso (art. 5.1 LC)»; También parecían seguir dicha tesis e insisten en la posibilidad de llevar a cabo una refinanciación en paralelo a la negociación de una propuesta anticipada de convenio dentro de la moratoria temporal que concede el artículo 5.3 de la Ley Concursal, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 174-175; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del “pre-concurso” en la reforma de la Ley Concursal, en *Diario Económico Expansión*, Sección opinión, 10 de enero de 2011, p. 31. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen preconcursal...*, op. cit., pp. 219-220; del mismo autor, véase, «Un lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdo de refinanciación. El expediente registral preconcursal», en *ADco*, n.º 21, 2010-3, p. 53; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a., «Los acuerdos extrajudiciales de refinanciación...», op. cit., p. 53; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^a.J., «La negociación del convenio anticipado de acreedores como causa de suspensión del deber de instar el concurso», en *Diario La Ley*, n.º 7264, sección tribuna, 19 de octubre 2009, año xxx, pp. 2-3; GARCÍA-VILLARRUBIA, M., y RODRÍGUEZ, L.E., «Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3 de la Ley Concursal», en *ADco*, n.º 20, 2010-2, pp. 596-597; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., «Concurso de acreedores y refinanciación de pasivo: algunas reflexiones», en *Anuario de la Facultad de Alcalá III*, 2010, p. 52;

en la práctica se optaría por el uso de precurso para boquear las solicitudes de concurso necesario, conciliándolo —a la vez— con una posible negociación de un acuerdo de refinanciación en «paralelo» a la negociación de la propuesta anticipada de convenio, es decir, durante la tramitación del precurso; por lo tanto, el artículo 5.3 y la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal no sólo eran perfectamente compatibles⁹⁰³, sino que, a nuestro juicio, también venían obligados a entenderse, pues, desde la óptica de una interpretación sistemática⁹⁰⁴ de dichas normas, se convertían en preceptos *complementarios* y *necesarios* para comprender la finalidad y operatividad del precurso (*antiquo* 5.3).

En este sentido, no hay que olvidar que en la práctica forense, era habitual ver como los deudores introducían la refinanciación de su deuda como

DÍAZ MORENO, A., «Las negociaciones para obtener la propuesta anticipada», en AA-VV, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Derecho Mercantil*, vol. ii, 13ª edición, ed. Ariel, Barcelona; GARCÍA-CRUCES, J.A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *la reforma de la ley concursal. Una primera lectura del real decreto 3/2009, de 27 de marzo*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, AZOFRA VEGAS, F., «El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación», en el *Notario del siglo XXI*, n.º 25, mayo-junio, 2009; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «La nueva fase preconcursal», op. cit., p. 7; GALEOTE, Mª. P., «Los acuerdos extrajudiciales en fase preconcursal», en *Diario La Ley*, n.º 7375, 7 de abril de 2010, año xxxi, p. 4. FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso...», op. cit., pp. 257 y ss; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio», en *RdM*, n.º 276, abril-junio, 2010, p. 663; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª.M., y ORELLANA CANO, N., «Deber de solicitar la declaración de concurso», op. cit., p. 214. AZOFRA VEGAS, F., «El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación», en *Notario del Siglo XXI*, mayo-junio, 2009, pp. 75-76; ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 196; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática entrono a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 57; GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «El presupuesto objetivo del concurso y los problemas y su concreción técnica», AA-VV, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 199; THERY, A., «La junta de acreedores y el convenio. La propuesta anticipada», en AA-VV, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 694; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Las soluciones preconcursales», en AA-VV, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 48; ALONSO ESPINOSA, F.J., «Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el Real Decreto-Ley 3/2009», en *ADco*, n.º 21, 2010-2, p. 154 y 159;

⁹⁰³ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen preconcursal...*, op. cit., pp. 207 y ss.

⁹⁰⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 173.

contenido de la misma propuesta anticipada de convenio⁹⁰⁵ que estaban negociando durante la tramitación del precurso (antiquo art. 5.3) o, incluso, negociaban la refinanciación de manera paralela a la PAC y en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), beneficiándose –en ambos casos– de la prórroga del deber del deudor de solicitar el concurso y los efectos colaterales en orden a modular el juego entre concurso voluntario y necesario (art. 22 LC) y paralizar la solicitud de concurso necesario (art. 15.3), desactivándose el deber del deudor de solicitar su concurso transcurridos los plazos del artículo 5.3 si, en virtud del acuerdo de refinanciación alcanzado, se consigue remover su estado de insolvencia actual⁹⁰⁶.

Posteriormente, con la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el legislador, como era deseable, avanzó en el sentido anterior, incluyendo dentro del precurso (ex art. 5 bis LC), la posibilidad de negociar un *acuerdo de refinanciación* en los términos previstos en la Ley⁹⁰⁷. En definitiva, se vino a producir lo que algunos autores denominaron: «*la expresa extensión de la comunicación ex artículo 5 bis a los acuerdos de refinanciación*»⁹⁰⁸, permitiendo que el deudor también pudiera utilizar el precurso para comunicar al juzgado que había iniciado negociaciones para alcanzar un *acuerdo de refinanciación* con sus acreedores (art. 5 bis LC).

⁹⁰⁵ GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «El presupuesto objetivo del concurso...», op. cit., p. 199. El autor apuntaba que aunque es cierto que durante la tramitación del precurso (antiquo art. 5.3), es decir, durante la moratoria temporal que concede el precurso (art. 5.3), el deudor podría negociar un acuerdo de refinanciación plasmado en una propuesta anticipada de convenio, reconocía que dicha interpretación flexible del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal no tenía acogida ni fue admitida por ningún juzgado de lo mercantil.

⁹⁰⁶ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., «Protección de las refinanciaciones de deuda...», op. cit., p. 57; *El Concurso de acreedores...*, op. cit., p. 464; GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «El presupuesto objetivo del concurso...», op. cit., p. 199.

⁹⁰⁷ El apartado 1º del artículo 5 bis de la Ley Concursal introducido por la ley 38/2011, de 10 de octubre, introducía lo siguiente: «*El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley*». Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., pp. 377 y ss; de la misma autora véase, «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», en *RcP*, n.º 14, 2011, p. 30; OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso y precurso», en *RcP*, n.º 22, 2015, p. 14; JACQUET YESTE, T., *El no deber de solicitar el concurso...*, op. cit., pp. 388-389.

⁹⁰⁸ Vid., PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 377.

Capítulo 5º: Objetivos pretendidos con la introducción del «preconcurso» en la vieja reforma operada por el RD-ley 3/2009, de 27 de marzo

Cuando se promulga una norma⁹⁰⁹, los juristas sin perder tiempo nos adentramos en el estudio de la misma, intentando interpretarla para conseguir descifrar su verdadero significado y finalidad. En términos generales, si nos detenemos en la Exposición de Motivos de una norma aprobada podremos adentrarnos en el denominado: «espíritu del legislador» que, a pesar de no tener valor normativo⁹¹⁰, nos puede ofrecer un criterio de interpretación de la norma en cuestión⁹¹¹; además, en las Exposiciones de Motivos encontraremos los argumentos, la justificación y la oportunidad de haber aprobado dicha norma jurídica (en palabras del legislador). En otro orden de cosas, si nos detenemos en el estudio pormenorizado del tenor literal de la Ley, es posible que, en ocasiones, lo que se desprenda de ella, pueda ser algo distinto a lo que realmente el legislador expresa, con su opinión, en la Exposición de Motivos de la norma en cuestión. Por eso, es aconsejable estudiar las leyes tanto desde el punto de vista del espíritu del legislador como desde el propio espíritu de la ley.

Con respecto al viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, pasa algo parecido a lo que exponíamos anteriormente; el contenido del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, ofrecía, a nuestro juicio, muchas más posibilidades de lo que

⁹⁰⁹ Incluso antes con los textos pre-legislativos. Ya se empieza a discurrir con la norma proyectada.

⁹¹⁰ Sobre las Exposiciones de Motivos de las leyes en general, vid., PENDAS GARCÍA, B., «Procedimiento legislativo y calidad de las leyes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 28, 1990, p. 109; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Exposiciones de Motivos de las leyes: motivos para su eliminación», en *Revista Española de Derecho constitucional*, n.º 33, 1991, pp. 47-64; y, en referencia a la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, véase a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», op. cit., p. 25; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la Ley Concursal operada por el RD-Ley 4/2014: otra modificación concursal a “golpe” de Decreto-Ley», en *RJUAM*, n.º 30, 2014-II, p. 81. En nuestra opinión, las Exposiciones de Motivos de las leyes promulgadas carecen de eficacia jurídica, aunque, bien es cierto que si estudio puede ayudar a terminar e interpretar el verdadero espíritu del norma (como mera ayuda interpretativa), para ver si espíritu que ha llevado al legislador a promulgar la misma, coincide con el verdadero espíritu que se desprende de la propia norma (el texto definitivo, una vez aprobado el texto definitivo).

⁹¹¹ GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la Ley Concursal...», op. cit., p. 81.

realmente exponía y pretendía la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo.

1. Finalidad del concurso (ex antiguo art. 5.3) según la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2009

En la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, el legislador nos venía a indicar que las medidas adoptadas, fundamentalmente en materia concursal, revestían una enorme complejidad técnica, máxime cuando se trataba de lograr su aplicación sin demora a múltiples procesos judiciales en curso, caracterizados por la presencia de numerosas partes procesales, y respecto de acuerdos financieros alcanzados entre las partes bajo la autonomía de la voluntad (1255CC). Además, era de suma importancia dotar de seguridad jurídica a todas las decisiones económicas que toman los operadores en el ámbito de lo concursal y, por supuesto, en el ámbito de lo preconcursal.

En puridad, las modificaciones concursales introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009 de 27 de marzo, *«venían a facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hicieran ineludible una situación de insolvencia»*⁹¹². Como decía el profesor Juan Sánchez-Calero el anterior inciso era una dicción ciertamente confusa, pero, según su criterio, dicho párrafo marcaba los presupuestos desde los que partía el enfoque normativo dado por el Real Decreto-Ley 3/2009. Según dicho autor se habla de *dificultades financieras* y no de insolvencia, por lo tanto, dichas *dificultades económicas* no conducían necesariamente al concurso (haciendo eludible el concurso), la refinanciación podía superar las situaciones de *dificultades financieras*, por lo tanto, como continuaba argumentando el profesor Sánchez-Calero, obstaculizar las refinanciaciones terminaba conduciendo al deudor al

⁹¹² Vid., la Exposición de Motivos del Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

concurso de acreedores⁹¹³; a nuestro juicio, aunque de forma tímida, el legislador nos estaba diciendo en su Exposición de Motivos que las operaciones de refinanciación llevadas a cabo por el deudor había que protegerlas, pues se entendían como una forma de dar continuidad a la actividad empresarial, y no como una simple estrategia destinada a aplazar la ineludible solicitud de concurso⁹¹⁴. Además la solución concursal según está configurada, y los resultados que arrojaba la práctica forense, hacen que el concurso sea un mala solución que suponía una destrucción importantísima de valor, de ahí la conveniencia de afrontar y proteger más ampliamente los acuerdos los acuerdos de refinanciación, tanto en su fase previa de negociación como en sus efectos, caso de alcanzarse o conseguirse cerrarlos positivamente⁹¹⁵.

Es cierto que las Exposiciones de Motivos de las normas carecen de valor normativo⁹¹⁶, pero en nuestra opinión, parecía entenderse que el legislador con el inciso: «*venían a facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hicieran ineludible una situación de insolvencia*», hacía referencia a la introducción de los acuerdos de refinanciación (Disp. Adicional cuarta), para las empresas que se encontraran simplemente con *dificultades financieras*, pero que no se encontraban en estado de insolvencia ni de preinsolvencia, por lo tanto, con dicha dicción y con la interpretación que hacía el profesor SÁNCHEZ-CALERO, parecía que el legislador dejaba fuera de la posibilidad de utilizar los acuerdo de refinanciación (Disp. Adicional cuarta) a todas las empresas que se encontraban –en aquella época eran muchas– en situación de insolvencia o de preinsolvencia⁹¹⁷; por eso, entendemos que dicha afirmación había que matizarla. En primer lugar, había que dar a cada instrumento su debida importancia, puesto que, a nuestro juicio, la

⁹¹³ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciación y reintegración concursal, en *EPrints Complutense*, n.º 25, noviembre 2009, p. 17.

⁹¹⁴ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciación...», op. cit., p. 18.

⁹¹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., «Concurso de acreedores y refinanciación de pasivo: algunas reflexiones, en *AFDUA III*, 2010, p. 52-53.

⁹¹⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», op. cit., p. 32

⁹¹⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 180.

refinanciación de pasivo tiene su justificación tanto para empresas en dificultades financieras como para empresas insolventes (o, incluso preinsolventes); además, donde mejor se puede llevar a cabo dicha refinanciación es en un periodo de tiempo preconcursal (al margen del concurso), por eso, a pesar de que el artículo 5.3 no lo contemplaba, el mejor momento para llevar a cabo de forma efectiva las complejas negociaciones de un acuerdo de refinanciación (Disp. Adicional cuarta) era durante la tramitación del precurso, es decir, durante el trascurso de esos cuatro meses (3+1) de prórroga que concedía en viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal.

Como ya hemos apuntado, el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, buscaba «*facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras (...)*»⁹¹⁸, y, ante este inciso, entendemos que el legislador no sólo estaba haciendo alusión a la introducción de los *acuerdos de refinanciación* de la Disposición adicional cuarta, sino que, al utilizar el verbo «facilitar», el legislador se estaba refiriendo también al procedimiento de *precurso* (art. 5.3 LC), cuya tramitación, a nuestro entender, *facilitaba* el que se alcanzara: i) adhesiones a una propuesta anticipada de convenio que sería aprobada judicialmente en el seno de un posterior concurso; ii) un *acuerdo de refinanciación* –en el marco de la autonomía de la voluntad (1255 CC)– o, incluso, iii) un acuerdo de refinanciación de los de la Disposición adicional cuarta.

En conclusión, pensamos que si lo que el legislador *realmente* quiso era facilitar la refinanciación de empresas, debía haber incluido la posibilidad de llevar a cabo la negociación de un *acuerdo de refinanciación* en el marco del precurso (art. 5.3), por eso la doctrina especializada insistía en querer conectar el precurso (*antiquo* art. 5.3) con la Disposición adicional cuarta de la Ley, cuestión a la que finalmente accedió el legislador en la reforma concursal

⁹¹⁸ Así se desprende de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia fiscal, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

operada en 2011⁹¹⁹, al incluir tal posibilidad en la redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal.

En otro orden de cosas, es relevante apuntar que el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, también introdujo medidas que agilizaban algunos trámites procesales, se redujeron costes de tramitación y, se mejoró la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos⁹²⁰. Asimismo, en nuestra opinión, dicha reforma supuso un cambio paradigmático en el ámbito del Derecho concursal, pues, se abrió un nuevo horizonte, en el que el legislador cambió de objetivo y centró todos sus esfuerzos en introducir mecanismos que coadyuvaran a los deudores a resolver su situación de insolvencia fuera del concurso (extrajudicialmente), evitando –con ello– su declaración judicial de concurso. Los mecanismos a los que nos referimos son los denominados: «institutos preconcursales».

Finalmente, a pesar de que parte de la doctrina entendía que el artículo 5.3 era un mera comunicación⁹²¹ al juzgado, en la presente tesis doctoral defendemos, con todo rigor, que el contenido del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal venía a introducir un «peculiar» procedimiento preconcursal (alternativo al concurso) con el que los deudores podrían –al margen del proceso concursal– remover su situación de insolvencia, evitando tener que solicitar la declaración de concurso (preventivo), llegado el plazo establecido por la norma (*antiquo* art. 5.3). Por todo ello, había que aplaudir la reforma que

⁹¹⁹ La reforma concursal del año 2011 a la que nos referimos es la operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011.

⁹²⁰ Vid., la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de *medidas urgentes en materia fiscal, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

⁹²¹ Véase a SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta anticipada de convenio...», op. cit., p. 92; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concurso y contratos con el sector público...», op. cit., p. 274, Ídem. «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda...», op. cit., p. 259; PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias preconcursales y refinanciación...», op. cit., p. 72; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones...», op. cit., p. 670.

vino a introducir el precurso⁹²², pues, el mismo, como hemos visto en la actualidad, se ha configurado como un procedimiento alternativo al concurso, que abre un espacio temporal –esencial– para la negociación de un acuerdo de refinanciación que permita a las empresas evitar la entrada en el concurso, coadyuvando a conservar la «salud» de nuestro tejido empresarial y, por ende, de nuestra Economía Nacional.

2. La finalidad del precurso según el tenor literal del artículo 5.3 de la Ley Concursal

Si se observa detenidamente la redacción del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, nos dábamos cuenta que del propio precepto se desprendían finalidades distintas a las que predicaba la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2009⁹²³, es decir, el tenor literal del precepto (*antiquo* art. 5.3) ofrecía una amplia riqueza de oportunidades. La redacción del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal iba encaminada a favorecer e impulsar la consecución de una propuesta anticipada de convenio con los acreedores que estuvieran dispuestos a la misma, para que, una vez hubieran transcurrido los tres meses desde la comunicación al juzgado (art. 5.3), el deudor solicitara la declaración de concurso dentro del mes siguiente –adjuntando dicha propuesta–, que sería admitida a trámite en el seno del concurso, lo que le permitiría entrar en el concurso, y salir del mismo, en poco tiempo, con un convenio judicialmente aprobado que aseguraba la refinanciación y la viabilidad del deudor (*antiquo* art. 5.3)⁹²⁴.

En ese caso, si tuviéramos por bueno el anterior razonamiento, el precurso podría calificarse de procedimiento preparatorio (instrumental) del concurso; algún autor ya defendió, en su día, la idea de que el precurso (ex

⁹²² Así se desprende de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia fiscal, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

⁹²³ Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

⁹²⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 175.

art. 5.3) cumplía una función instrumental, cuya naturaleza debiera ser esencialmente *preparatoria*, puesto que con la presentación de la comunicación no se deducía pretensión alguna, sino que, más bien, se trataba de una actividad orientada a crear condiciones procesales y materiales que posibilitasen al deudor alcanzar las adhesiones necesarias a una propuesta anticipada de convenio⁹²⁵, que acompañaba a la solicitud de concurso posterior (art. 5.3). Si se consiguieran las adhesiones a un propuesta anticipada de convenio durante el plazo otorgado por el precurso, el deudor podría entrar al concurso con un convenio *quasi* aprobado, que le permitía salir del proceso concursal de forma airoso y en un tiempo relativamente corto⁹²⁶.

En principio no les faltaba razón a los que defendían la naturaleza preparatoria⁹²⁷ del precurso (*antiquo* art. 5.3), puesto que cuando se conseguían las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio –dentro de los plazos otorgados por el mismo– y, se solicitaba el concurso posterior (*antiquo* art. 5.3 *in fine*), dicha actuación preconcursal se convertía en un *actividad preparatoria*⁹²⁸ del proceso concursal, ya que si se acudía al mismo con las adhesiones suficientes a una propuesta anticipada de convenio, el proceso concursal se tramitaría en menor tiempo y, por ende, el deudor saldría «airoso» del mismo con un convenio judicialmente aprobado.

De acuerdo con la opinión del profesor DAMIÁN MORENO, no se podía utilizar el precurso para prolongar fraudulentamente –en perjuicio de los

⁹²⁵ DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz...», op. cit., pp. 161-162.

⁹²⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 175.

⁹²⁷ Véase DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz...», op. cit., p. 161-162; y también del mismo autor véase «Entre la paraconcursalidad y jurisdiccionalidad del concurso...», op. cit., p. 172; así parece entenderlo también AZNAR GINER, E., *La comunicación...*, op. cit., p. 19.

⁹²⁸ Como afirma el profesor DAMIÁN MORENO, la *actividad preparatoria* de un proceso jurisdiccional no es una cuestión ajena en nuestro Ordenamiento jurídico-procesal, pues, como es sabido, en nuestra Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se regulan las *diligencias preliminares* (arts. 256 y ss.), donde se pone de manifiesto la actividad preparatoria de un proceso posterior. Vid. «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso...», op. cit., p. 173.

acreedores – el estado de insolvencia actual, puesto que si así fuera, el deudor respondería en la sección de calificación del concurso (art, 165.1 LC), al no haber utilizado el precurso para los fines establecidos por la norma (art. 5.3)⁹²⁹. Tampoco se podía utilizar el precurso para ganar tiempo por parte del deudor insolvente («*huida hacia adelante*»⁹³⁰), prolongando indebidamente su estado de insolvencia, para ganar tiempo y, así, eludir la temida responsabilidad concursal haber solicitado el concurso intempestivamente, fuera del plazo legalmente establecido (arts. 5.1 y 165.1 LC), mientras se está negociando un acuerdo de refinanciación⁹³¹.

Según la tesis de la profesora PULGAR EZQUERRA el artículo 5.3 de la Ley Concursal se configuraba como un auténtico «escudo protector» del deudor frente a los acreedores, puesto que, desde que se solicitaba el precurso (*antiquo* art. 5.3 LC), se producían *ipso iure* una serie de efectos tendentes a proteger al deudor insolvente durante la negociación que se lleva a cabo dentro de la tramitación del procedimiento de precurso, entre otras: i) la suspensión del deber de solicitud de declaración de concurso (*antiquo* art. 5.3), o, ii) el bloqueo el *bloqueo* de la solicitudes de concurso necesario (art. 15.3 LC)⁹³².

⁹²⁹ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso...», *op. cit.*, p. 172.

⁹³⁰ ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», *op. cit.*, p. 323. El autor critica algunas de las actuaciones llevadas a cabo por los deudores acogidos al precurso, aduciendo que en dicho periodo de interrupción se llevaban a cabo liquidaciones de parte del patrimonio vía daciones en pago, se presentaban concursos más sencillos, y se realizaban actos fraudulentos para huir hacia delante. El autor viene a denunciar el uso práctica perverso que se venía haciendo del precurso y la interpretación de la norma que adoptaron la mayoría de los jueces de lo mercantil

⁹³¹ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz...», *op. cit.*, p. 161; ídem. «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso...», *op. cit.* p. 172.

⁹³² PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, *op. cit.*, p. 459.

2.1. La «exoneración» temporal de la carga de instar la declaración de concurso.

La Ley Concursal dispone que todo deudor *debe*⁹³³ solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 LC). Según exponía Sánchez-Calero, con la entrada en vigor del apartado 3º del artículo 5 de la Ley Concursal⁹³⁴, se produjo una «atenuación del rigor del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5.1)», un “deber” cuya inobservancia era sancionado (art. 165.1 LC) en sede de calificación del concurso»⁹³⁵. A la hora de explicar el efecto que producía el artículo 5.3 sobre el importantísimo «deber» de solicitar la declaración de concurso (art. 5.1), la doctrina hablaba de: excepción⁹³⁶, modulación⁹³⁷, exclusión⁹³⁸, exención⁹³⁹, suspensión de la

⁹³³ Como ya hemos reiterado, lo que el legislador configuró como un *deber* (de solicitar la declaración de concurso) en el artículo 5.1 de la Ley Concursal, más bien es una auténtica *carga* en sentido técnico procesal. Vid., a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», op. cit., p. 32.

⁹³⁴ Apartado 3º del artículo 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, introducido por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia fiscal, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, publicado en BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de abril de 2009.

⁹³⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta anticipada...», op. cit., p. 90.

⁹³⁶ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., Y RODRÍGUEZ, L.E., «Los acuerdos de refinanciación...», op. cit., p. 588, que decían que estábamos ante un *excepción general* a la regla general de solicitar el concurso (art. 5.1 LC); también habla de excepción a la carga que al deudor común incumbe de solicitar su propio concurso en los casos de insolvencia actual, VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 37.

⁹³⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., p. 119. El autor utiliza la expresión: *modula el deber de solicitar el concurso en plazo...*

⁹³⁸ HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «La nueva fase...», op. cit., p. 3, el autor utiliza la expresión, «exclusión temporal» aduciendo que el artículo 5.3 de la Ley concursal excluye temporalmente el deber de solicitar la declaración de concurso (ex art. 5.1).

⁹³⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta...», op. cit. p. 90.

exigibilidad del deber de instar el concurso (art. 5.1)⁹⁴⁰ o, incluso, ampliación del plazo de la exigibilidad del deber de solicitar la declaración de concurso⁹⁴¹.

Otros autores preferían utilizar diversas expresiones para definir dicho efecto, por ejemplo, entre otros: BELTRÁN SÁNCHEZ apuntaba que se «flexibilizaba⁹⁴²» el «deber» de instar la declaración de concurso (art. 5.1); en la misma línea se pronunciaba YANES que hablaba, incluso, de una especie de «dulcificación del deber de solicitud de declaración de concurso⁹⁴³».

Por otro lado, DÍAZ MORENO nos venía a decir que estábamos ante un verdadera «suspensión⁹⁴⁴ del deber de solicitar el concurso (art. 5.1)»; de la misma opinión participaba FERNÁNDEZ SEIJO que apuntaba que nos encontrábamos ante una verdadera «suspensión de naturaleza eminentemente procesal» debido a que el artículo 15.3 de la Ley Concursal establecía que durante este periodo de tiempo concedido (3+1) por el artículo 5.3 no se proveían las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado ⁹⁴⁵. En este sentido también se pronunciaba SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, que se cuestionaba si se estaba ante una «exención» por la Ley o sería mejor hablar de un mera «suspensión», llegando a la conclusión de que ambas calificaciones

⁹⁴⁰ GARCÍA-CRUCES, J.A., «Inexigibilidad del deber del deudor...», op. cit., p. 733.

⁹⁴¹ MARTÍNEZ MELÓN, M^a.D., *Las soluciones al concurso por vía de convenio*, ed. Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pp. 112 y ss.; JACQUET YESTE, T., «El no deber de solicitar el concurso y la emergencia de la paraconcursalidad» en *RcP*, n.º 22, 2015, p. 387. Dicha autora también parece pronunciarse en el mismo sentido, diciendo que se produce una ampliación (hasta seis meses) del plazo inicial de dos meses fijado para solicitar la declaración de concurso; CASTILLA MARTÍNEZ, J.M^a., «Convenio», en *AAVV, Comentarios a la reforma de la Ley Concursal*, ed. CISS-Wolters Kluwer, Valencia, 2010, p. 78.

⁹⁴² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma – inarmónica – de la Ley Concursal, en *AJA*, n.º 775, 2009, p. 7.

⁹⁴³ YANES YANES, P., «La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitoria», en *Diario La Ley*, n.º 7161, sección doctrina, 24 de abril 2009, p. 9.

⁹⁴⁴ DÍAZ MORENO, A., «Nuevo régimen del convenio y algunas cuestiones procesales» en *Revista el notario del siglo XXI*, n.º 25, 2009, p. 59.

⁹⁴⁵ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a., «Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal», en *VV-AA, GARCÍA-CRUCES (dir.), La reintegración en el concurso de acreedores*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 285.

eran admisibles⁹⁴⁶. Sobre la misma cuestión, ALCOVER GARAU aducía que era preferible hablar de «interrupción», en lugar de «suspensión», puesto que el artículo 5.3 de la Ley Concursal introducía un nuevo plazo de un mes para solicitar el concurso (tras el transcurso de los tres meses desde la presentación de la solicitud de concurso (antiguo art. 5.3), y el plazo de dos meses del artículo 5.1 de la Ley Concursal no se suspendía, para que volviera a correr cuando finalizaba la pausa⁹⁴⁷. Asimismo, en el ámbito judicial, es interesante traer a colación el paradigmático Auto del juzgado de lo mercantil de Granada, de 11 de mayo de 2009, en cuya parte dispositiva se fijaba la doble dimensión del artículo 5.3, y se definían los importantes efectos que producía la «comunicación al juzgado» prevista en el antiguo artículo 5.3 de la Ley Concursal:

1. *«De un lado modula el deber de solicitar la declaración de concurso en plazo, lo que resulta muy relevante ante un eventual apertura posterior de la sección de calificación y la consideración del concurso como culpable por concurso extemporáneo, según el artículo 165.1 de la Ley Concursal*
2. *«De otro conduce a la declaración del concurso como voluntario desde la misma comunicación previa a pesar de que posteriormente se presenten otras solicitudes de personas legitimadas, siempre que la solicitud del deudor se presente en el plazo de un mes al que alude el artículo 5.3».*

Según lo anterior, parece que los efectos expuestos eran bastantes relevantes y tendrían cierto reflejo en una posterior declaración judicial de concurso, en el caso de que esta se diese. Finalmente, un selecto grupo de autores como: PULGAR EZQUERRA, DAMIÁN MORENO, FERNÁNDEZ DEL POZO, GARCÍA-ALAMÁN, AZNAR GINER, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y

⁹⁴⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta anticipada...», op. cit., p. 90.

⁹⁴⁷ ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., p. 323.

ORELLANA CANO, entendían que más que una «suspensión», se trataba de un «aplazamiento, moratoria o, prórroga legal»⁹⁴⁸.

En nuestra opinión, con la entrada en vigor del apartado 3º del artículo 5 de la Ley Concursal, se produjo una especie de «exoneración»⁹⁴⁹ temporal» (de hasta 6 meses) de la *carga* de instar la declaración del concurso (art. 5.1 LC). En puridad, la admisión a trámite de la solicitud de precurso otorgaba *ipso iure* una moratoria temporal, que permitía prorrogar o aplazar el *deber de solicitud de concurso* durante un lapso temporal de hasta seis meses (2+3+1); una vez hubieran transcurrido los tres meses desde la comunicación al juzgado, el «deber» de solicitar de concurso se volvía a *reactivar*, ya que el deudor (hubiera conseguido o no las adhesiones), debía instar su concurso dentro del mes siguiente (*ex antiquo* art. 5.3).

En definitiva, es de justicia apuntar que el deber de solicitar la declaración del concurso (art. 5.1) no desaparecía con la solicitud de precurso, sino que el mismo quedaba «latente» mientras trascurrían los

⁹⁴⁸ Parecían defender esta idea entre otros, DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursabilidad...», op. cit., pp. 169 y ss.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley Concursal», en AA-VV, BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 661; PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias preconcursales...» Fernández Del Pozo, L., *El régimen jurídico preconcursal...*, op. cit., pp. 208 y ss.; GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «el presupuesto objetivo...», op. cit., pp. 193 y ss.; NIETO DELGADO, C., «Comunicación previa del art. 5.3, nuevos institutos preconcursales y Reglamento (CE) n.º 1346/2000», en *RcP*, n.º 15, 2011, p. 200; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones...», op. cit., p. 649; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5.3...*, op. cit., pp. 21 y ss. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª.M., y ORELLANA CANO, N., «Deber de solicitar...», op. cit., p. 212; QUINTANS EIRÁS, R., «Luces y sombras en la reforma...», op.cit., p. 758; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática en torno a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 56.

⁹⁴⁹ Siguiendo la tesis del profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, nosotros también defendemos que el *impropiamente* denominado «deber» de solicitar la declaración de concurso (art. 5.1 LC) era, desde el punto de vista técnico-jurídico, una verdadera *carga procesal*, por eso preferimos utilizar la expresión «exoneración», ya que el artículo 5.3 de la Ley Concursal exoneraba temporalmente al deudor de la carga de instar la declaración de concurso (art. 5.1 LC). Sobre la consideración de que el «deber» de solicitud de concurso (ex art. 5.1 LC) era una auténtico *carga procesal*, consúltese a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», op. cit., p. 32; otros autores que siguen la misma tesis son, VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, op. cit., p. 37; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Los problemas en la declaración de concurso», en AA-VV, BELTRÁN-PRENDES (dirs.), *Los problemas de la Ley Concursal*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 73; MAGDALENO, A., y BENEYTO PALLÁS K., *Aspectos procesales...*, op. cit., p. 24-25 y nota a pie de página n.º 9.

plazos de la moratoria temporal concedida por el precurso (ex *antiquo* art. 5.3), y, volvía a renacer una vez trascurrían los plazos de la misma. Todo ello, si el deudor acogido al precurso sigue siendo insolvente, porque si no lo fuera, no se cumpliría el presupuesto objetivo del concurso y, por ende, éste no se podría declarar. Además, la anterior tesis puede ser sostenida gracias a la redacción de la Ley, que nos permite deducirla idea de que el deudor cuando transcurran los tres meses de moratoria temporal concedidos por el precurso (viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC), puede no pedir el concurso dentro del mes siguiente (por haber removido su insolvencia o por desidia premedita). El inciso del artículo 15.3 de la Ley Concursal nos dice que:

«Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14 (...)».

Se nos dice: *«si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se... (...)»*; dicha frase *condicional* nos permite deducir *sensu contrario* que el deudor común puede no presentar la solicitud de concurso en el citado plazo, por lo tanto, creemos, como ya hemos apuntado, que si el deudor consigue salir del estado de insolvencia actual inicial podrá eludir la carga de instar el concurso debido a la remoción del estado de insolvencia durante el tiempo de tramitación del precurso, casi siempre, por la formalización de algún acuerdo de refinanciación (Disp. Adicional 4ª) que, aunque en principio no estaba protegido por los efectos del viejo artículo 5.3, si eran llevados en paralelo junto las negociaciones de adhesiones a un propuesta anticipada de convenio, al final se beneficiaba de los mismos⁹⁵⁰.

Por otro lado, también sería posible que algún deudor que utilizó el precurso (viejo art. 5.3) de manera fraudulenta y estratégica en *fraude* de los acreedores, buscando ganar tiempo para efectuar una huida hacia delante, prolongando indebidamente su situación de insolvencia, no solicite la declaración de concurso dentro del mes siguiente, por desidia premeditada, a

⁹⁵⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 464.; ídem, «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso...», op. cit., p. 56.

pesar de las negativas consecuencias que se le puedan presentar en un concurso necesario posterior, cuando se abra, con todo rigor, las sección de calificación (art. 165.1).

2.2. La escasa operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio. La incentivación –por parte del legislador– del uso de la propuesta anticipada de convenio

Desde la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, se pudo detectar que los deudores mostraban un gran temor y desconfianza sobre el concurso de acreedores, intentaban evitar y/o retrasar –a toda costa– la solución concursal debido al estigma que provocaba en los deudores el concurso de acreedores. La falta de cultura concursal y la defectuosa concepción del concurso por parte de los empresarios españoles⁹⁵¹, ha provocado, en muchas ocasiones, lo que se ha dado por denominar: «*la huida del concurso de acreedores*», ya que los deudores preferían eludir el concurso y utilizar –de forma impulsiva– otros remedios *extraconcursales*⁹⁵² para resolver sus problemas de insolvencia, con el consiguiente riesgo en un eventual concurso posterior⁹⁵³.

Con esta actitud el problema que se planteaba era gravísimo, pues, cuando dichas empresas en situación de insolvencia –que prolongaban errónea e indebidamente su situación de insolvencia– acudían al concurso, lo hacían demasiado tarde y verdaderamente despatrimonializadas⁹⁵⁴; en esos casos el proceso concursal, si se nos permite, servía para certificar la defunción del propio deudor común, puesto que durante la tramitación ordinaria del mismo, la situación económica del deudor por fuerza se deterioraba aún más, siendo imposible optar, siquiera, por la solución del convenio, y, por tanto, deviniendo

⁹⁵¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley Concursal», op. cit., p. 660.

⁹⁵² Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley Concursal», op. cit., p. 659.

⁹⁵³ GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio concursal», en *RcP*, n.º 15, 2011, p. 76.

⁹⁵⁴ Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio...», op. cit., p. 76.

abocadas a la liquidación⁹⁵⁵. Otro de los problemas que ha puesto de manifiesto la situación de crisis económica que vivimos en España es que la Ley Concursal no es una norma eficiente que logre cumplir con los objetivos primordiales del concurso, esto es: satisfacer los créditos de los acreedores *ordinarios* y, la consiguiente conservación de empresa, si ello fuera viable.

Como es de sobra conocido siempre se ha criticado la excesiva duración y complejidad de los procedimientos concursales a la hora dar tratamiento a las situaciones de insolvencia⁹⁵⁶, por ello, la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, para evitar los altos costes derivados de la tramitación del concurso (temporales y económicos), introdujo la denominada propuesta anticipada de convenio que se convertía en una de la piezas claves de la Ley, ya que se constituía como una innovadora alternativa a los procedimientos preconcursales e intentaba paliar la larga duración –e indirectamente el coste económico–⁹⁵⁷ de la tramitación de los concursos. La propuesta anticipada de convenio está regulada en los artículos 104 y siguientes de la Ley Concursal⁹⁵⁸ y se configura como un *beneficio* exclusivo del deudor común, los acreedores no pueden, en ningún caso, presentar propuesta anticipada de convenio (art. 104.1); sorprendentemente estamos ante una medida a favor de los deudores, puesto que los mismos

⁹⁵⁵ Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio...», op. cit., p. 76.

⁹⁵⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El problema del coste del concurso...», op. cit., p. 323.

⁹⁵⁷ Sobre el problema del coste temporal del concurso vid., el trabajo de BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», VV-AA, ROJO (dir.), *La reforma de la Legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 335-336.

⁹⁵⁸ Sobre el régimen jurídico del convenio anticipado en general véase ampliamente el trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El convenio anticipado*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004; y, también vid. Los trabajos de JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, ed. La Ley, Monografía RcP n.º 16, Madrid, 2012; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, ed. La Ley, Madrid, Monografía n.º 6, 2007, pp. 165 y ss.; de la misma autora véase también «Contribución a a caracterización de la propuesta anticipada de convenio», en *RcP*, n.º 4, 2006, pp. 227 y ss.; y «Operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las soluciones negociadas de las crisis económicas», en *RcP*, n.º 8, sección comunicaciones, 2008, pp. 445 y ss.; GALÁN CORONA, E., «El convenio anticipado», en *RPJ*, n.º especial Ley Concursal, 2004, pp. 325 y ss.; SACRISTÁN REPRESA, M., «El convenio anticipado en la LC (notas sobre su régimen específico)», en AA-VV, *Estudios sobre la ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo 4º, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 4705 y ss.

deberán cumplir unos mínimos requisitos de «merecimiento», no incurriendo en ninguna de las prohibiciones que imposibilitaban la presentación de la propuesta anticipada (art. 105 LC)⁹⁵⁹.

En puridad, como ya hemos adelantado, con la introducción de dicha medida se buscaba reducir los tiempos de tramitación del concurso evitando los *inconvenientes* de la tramitación ordinaria del concurso y, por ende, se conseguía reducir los costes económicos durante la tramitación del proceso concursal.

Es cierto que la figura presentaba a priori muchas ventajas, pues, si un deudor pudiera contar con las adhesiones suficientes a un propuesta anticipada de convenio, la podría presentar con la propia solicitud de concurso o, desde la declaración de concurso necesario (art. 104.1 LC), para ser aprobada en el seno del concurso posterior en un tiempo relativamente corto (reducción de los plazos de tramitación), pudiendo salir airoso del proceso concursal de forma ágil y rápida con un convenio judicialmente aprobado —«bajo el brazo»—, que le permitiera garantizar la refinanciación y la viabilidad de la empresa. Como ya hemos visto, la propuesta anticipada de convenio venía a incentivar la rápida consecución de un convenio en el seno del concurso, que, por fuerza, agilizaría también los trámites del proceso concursal, obteniendo, por tanto, un ahorro considerable de tiempo y de costes económicos dentro del proceso concursal⁹⁶⁰.

La propuesta anticipada se configura en nuestro sistema concursal como un beneficio *exclusivo* del propio deudor, pues el mismo ostenta la legitimación exclusiva para presentar la propuesta anticipada de convenio, ya sea persona física o jurídica (arts. 104.1 y 1.1 LC). Cuando el deudor decide presentar la propuesta anticipada de convenio, frente a ello, los acreedores nada pueden hacer para evitar que la presente, otra cosa será ver si consigue las adhesiones suficientes y necesarias para que dicha propuesta anticipada sea admitida a trámite para su posterior aprobación judicial (art. 109 LC). A pesar de todos los

⁹⁵⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El problema del coste del concurso...», op. cit., p. 335.

⁹⁶⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El convenio anticipado*, op. cit., p. 13 y ss.

beneficios y bondades que se desprendían del régimen legal de la propuesta anticipada de convenio (arts. 104 y ss.), es cierto que desde su entrada en vigor, dicha institución no ha tenido mucho éxito en la práctica forense, convirtiéndose en una medida obviada e infrautilizada por los deudores comunes⁹⁶¹, como lo demuestra el hecho de que desde la aprobación de la Ley Concursal, ha sido una figura poco utilizada por los deudores en estado de insolvencia (en su conjunto podríamos hablar que tan sólo en un 3% de los concursos declarados, durante varios años, han utilizado la institución de la propuesta anticipada de convenio)⁹⁶².

Las causas que han podido desincentivar el uso de la propuesta anticipada de convenio, pueden ser varias; en primer lugar, como dice ROJO⁹⁶³ es una medida que no es de alcance general, es decir, no vale para cualquier deudor en estado de insolvencia, sino para aquellos que cumplan una serie de merecimientos⁹⁶⁴, solamente está configurada para ser presentada por el deudor que no esté incurso en ninguna de las prohibiciones dispuestas en el artículo 105 de la ley Concursal⁹⁶⁵, pero, en ningún caso, era una opción facultativa para los acreedores. Durante los primeros cinco años de rodaje de la Ley Concursal fue patente el fracaso de la propuesta anticipada de convenio, pues apenas era utilizada por los deudores insolventes; ante esta situación el legislador buscó

⁹⁶¹ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las soluciones negociadas de las crisis económicas», en *RcP*, n.º 8, sección comunicaciones, 2008, p. 459; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio...», op. cit., p. 77;

⁹⁶² Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio...», op. cit., p. 77.

⁹⁶³ Vid., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El convenio...*, op. cit.

⁹⁶⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El problema del coste...», op. cit., p. 335. Donde el autor decía que estos requisitos de merecimiento que debía cumplir los deudores para poder presentar propuesta anticipada de convenio (art. 105 LC), se toman del especial procedimiento de suspensión ideado por el Profesor ROJO en el Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, a pesar de que la suspensión de pagos de ROJO, era un procedimiento totalmente distinto al concurso regulado en nuestra actual Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

⁹⁶⁵ Vid., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Operatividad práctica de la propuesta...», op. cit., 459. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio...», op. cit., p. 77; el autor nos recuerda que la reforma operada en 2009, con el objetivo de incentivar el uso de la propuesta anticipada de convenio, redujo a dos las prohibiciones que afectaban al deudor a la hora de presentar la propuesta anticipada de convenio (art. 105 LC).

acabar con dicha infrautilización volviendo a incentivar el uso de la propuesta anticipada de convenio a través de la reforma llevada a cabo en el año 2009⁹⁶⁶. Según la Exposición de Motivos del Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo, el legislador buscaba favorecer y facilitar las refinanciaciones preconcursales; no obstante, según lo que se desprendía de la vieja redacción del artículo 5.3 de la Ley Concursal –donde se regulaba el precurso–, se veía cierto afán por incentivar el uso de la propuesta anticipada de convenio (arts. 104 y ss. LC). En virtud del contenido del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal:

«el deber de solicitar el concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Trascurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente».

Según el tenor literal del derogado precepto observamos que se apostaba firmemente por la propuesta anticipada de convenio (art. 104 y ss.); se buscaba incentivar la consecución de adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (art. 106 LC), que, tras el transcurso de los tres meses desde la solicitud del precurso, se presentaba por el deudor con la solicitud de declaración de concurso dentro del mes siguiente (*antiquo* art. 5.3 *in fine*). En puridad, como ya hemos dicho en epígrafes anteriores, según la redacción literal de la vieja norma (art. 5.3), no se buscaba tanto evitar el concurso voluntario como solicitarlo y tramitarlo con una propuesta anticipada bajo el brazo que permitiera aprobar judicialmente la misma en un tiempo relativamente corto, facilitando al deudor la salida del proceso concursal con un

⁹⁶⁶ Reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia fiscal, financiera y fiscal, ante la evolución de la situación económica*, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

convenio que garantizase la refinanciación de su deuda y la viabilidad empresarial de la empresa⁹⁶⁷.

A pesar del esfuerzo realizado por el legislador en la reforma del 2009, el panorama cambió mucho durante los años siguientes, el convenio concursal se ha seguido utilizando de forma minoritaria como solución en los concursos de acreedores declarados en España y, la propuesta anticipada de convenio siguió siendo infrautilizada, apareciendo de manera casi testimonial en los procesos concursales⁹⁶⁸. Posteriormente, en el año 2011, con la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el legislador derogó el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, introduciendo el nuevo artículo 5 bis, en el que además de dar la posibilidad de negociar una propuesta anticipada de convenio, se empezó permitir –expresamente– también, negociar acuerdos de refinanciación dentro del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC).

Con la reforma llevada a cabo en el año 2011⁹⁶⁹ el legislador consciente de la necesidad de conectar el precurso (art. 5 bis) con los acuerdos de refinanciación de la Disposición adicional cuarta, cuestión ésta que había venido siendo insistentemente invocada por voces autorizadas de la doctrina, vino a compatibilizar el procedimiento de precurso con los acuerdos de refinanciación regulados en el artículo 71 bis y la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal (art. 5 bis LC)⁹⁷⁰.

⁹⁶⁷ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 175.

⁹⁶⁸ Vid., GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio...», op. cit., p. 77.

⁹⁶⁹ Reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011.

⁹⁷⁰ «Artículo 5 bis. Comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud de concurso.

1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley.

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

3. El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor.

2.3. El «bloqueo» de las solicitudes de concurso necesario instados durante la tramitación del precurso. El precurso como procedimiento preventivo del concurso necesario.

Cuando el deudor común promovía la solicitud de precurso ante el juzgado competente para conocer de su declaración de concurso (*antiquo* art. 5.3 LC), se producían determinados efectos con la estimación de la comunicación del inicio de negociaciones, *rectius*: solicitud de precurso (*antiquo* art. 5.3). Como ya hemos indicado anteriormente uno de los efectos más importantes que se producía con la comunicación (*antiquo* art. 5.3) consistía en la «exoneración» temporal de la *carga* de instar la declaración de concurso (art. 5.1 LC), que volvía a «reactivarse» trascurridos los tres meses desde la solicitud de precurso, pues el deudor común debía instar el concurso dentro del mes siguiente (*antiquo* art. 5.3). En relación con lo anterior, otro de los importantes efectos *ipso iure* que se producían con la estimación de la solicitud de precurso (viejo art. 5.3), era el efecto «bloqueo⁹⁷¹» (*rectius*: paralización o suspensión⁹⁷²) de las solicitudes de *concurso necesario* durante la tramitación del precurso (viejo art. 5.3), hasta que se comprobara, *lite pendente*, que el deudor insolvente no hubiera solicitado la declaración de concurso en el plazo

4. *Trascurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia».*

⁹⁷¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^a. J., «La negociación del convenio anticipado...», op. cit., p. 1.

⁹⁷² Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 172; Sic. DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursalidad...», op. cit., 173.; PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 459; de la misma autora consúltese también las siguientes obras: «Protección de las refinanciaciones...», op. cit., p. 56; «Estrategias preconcursales...», op. cit., p. 70; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta anticipada...», op. cit., p. 92; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^a.J., «La negociación del convenio anticipado...», op. cit., p. 1; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a., «Acuerdos de refinanciación...», op. cit., p. 285; DÍAZ MORENO, A., «Nuevo régimen del convenio...», op. cit., p. 59; GUTIÉRREZ GILSANZ, J. «Comunicación del inicio de negociaciones...», op. cit., p. 650; GARCÍA-VILLARRUBIA, M., Y RODRÍGUEZ, L.E., «Los acuerdos de refinanciación», op. cit., p. 592; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., p. 325; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio...», op. cit., p. 79; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal...*, op. cit., p. 208.

exigido en el artículo 5.3 (art. 15.3)⁹⁷³; en el caso de que el deudor insolvente hubiera instado el concurso voluntario tras el vencimiento de la moratoria temporal (viejo art. 5.3, actual 5 bis), ésta sería admitida con prioridad respecto a las solicitudes de concurso necesario presentadas por los acreedores en ese lapso temporal; pero, si el deudor no hubiera instado el concurso voluntario en dicho plazo, el juez rescataba las solicitudes de concurso necesario que hubieran quedado suspendidas durante los cuatro meses de prórroga, siendo éstas proveídas en virtud de lo que prescribe el artículo 15 de la Ley Concursal, esto es, como concurso necesario (art. 22.2)⁹⁷⁴.

En estos casos se podía producir una situación cuanto menos sorprendente, puesto que, el deudor puede haber dejado de instar su concurso por haber removido su estado de insolvencia actual y, por tanto, si el juez proveía las solicitudes de concurso necesario (art. 15) de un deudor solvente, éste se verá obligado a oponerse a la solicitud de concurso necesario para demostrar que es solvente (art. 18.2 LC) al haber logrado alcanzar un acuerdo de refinanciación con su acreedores o, al menos con parte de ellos⁹⁷⁵ y, por tanto, sería absurdo tener que solicitar la declaración judicial de concurso si ya no estuviera en estado de insolvencia, es decir, fuera insolvente⁹⁷⁶; dicha situación se presentaba cuanto menos absurda, y, por supuesto, muy costosa (abrir el proceso concursal para luego cerrarlo al tramitarse la oposición del deudor que ha recuperado la solvencia), ya que somete al deudor refinanciado, que ha salido del estado de insolvencia, a un concurso «fáctico» con las consiguientes consecuencias negativas que ello lleva aparejado⁹⁷⁷.

⁹⁷³ Vid., DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursalidad...», op. cit., p. 173.

⁹⁷⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^a.J., «La negociación del convenio anticipado...», op. cit., pp.1-2.

⁹⁷⁵ Vid., GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones...», op. cit., p. 666.

⁹⁷⁶ PULGAR EZQUERRA, J., «Protección de las refinanciaciones de deuda...» pp. 76 y ss.

⁹⁷⁷ FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda...», op. cit., pp. 266-267.

También cabía la posibilidad de que el deudor una vez vencido el plazo de un mes del artículo 5.3, no solicitara el concurso, y, tampoco hubiera ninguna solicitud de concurso necesario pendiente de tramitar conforme al artículo 5.3, en cuyo caso parece que el juez deberá archivar la comunicación de precurso (viejo art. 5.3), puesto que dicho juez no puede declarar judicialmente el concurso *ex officio*⁹⁷⁸, ya que en el Ordenamiento jurídico Español, el concurso no se puede declarar de oficio⁹⁷⁹.

En puridad, según el artículo 15.3 de la Ley Concursal⁹⁸⁰, el deudor común acogido al precurso podía negociar su propuesta anticipada de convenio sin la presión ni el temor que suponía la admisión a trámite de una solicitud de concurso necesario instada por algún acreedor no participante en las negociaciones. que pudiera «dinamitar» las negociaciones con los acreedores profesionales o estratégicos; por tanto, parecía que lo que se buscaba era facilitar un ambiente idóneo para la negociación, protegiendo tanto al deudor como a las entidades financieras participantes (acreedores estratégicos o profesionales)⁹⁸¹, puesto que, una vez que se haya presentado la solicitud de precurso (*antiquo* art. 5.3 LC), las solicitudes de concurso necesario que se presentaran con posterioridad no se proveerán hasta que no haya vencido el plazo de un mes previsto en el artículo 5.3, es decir, era posible instar

⁹⁷⁸ Vid., GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones...», op. cit., p. 662.

⁹⁷⁹ Sobre la imposibilidad de declarar el concurso de oficio en el ordenamiento jurídico español véase nuestro trabajo PACCHI, S., Y GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La intervención y los poderes de disposición del ministerio fiscal en el proceso concursal italiano y español», en *ADCo*, n.º 28, pp. 256-265.

⁹⁸⁰ Artículo 15. Provisión sobre la solicitud de otro legitimado y acumulación de solicitudes.

«3. Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes».

⁹⁸¹ PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos de refinanciación y “escudos protectores” en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003», en *Diario La Ley*, n.º 7731, sección doctrina, 8 de noviembre de 2011, año XXXII, pp. 4 y ss.

solicitudes de concurso necesario frente al deudor mientras se estaba tramitando el precurso, pero dichas solicitudes de concurso necesario quedaban –«latentes» o en «suspense»– sin proveer hasta que no vencía el plazo de un mes previsto en el artículo 5.3, y se comprobaba el deudor hubiera presentado o no el concurso en dicho plazo, momento en el cual el Órgano Jurisdiccional rescataba dichas las solicitudes de concurso necesario para proveerlas en virtud del artículo. Si el deudor hubiera presentado el concurso en dicho plazo, se tramitará conforme al artículo 14 de la Ley Concursal⁹⁸², por lo tanto, dicho concurso tendrá la consideración de *voluntario* (art. 22.1.2º LC⁹⁸³); declarado el concurso, las solicitudes de concurso presentadas previamente y las que se presenten posteriormente se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes (art. 15.3 *in fine* LC).

El legislador del año 2009⁹⁸⁴ no se atrevió, como hubiera sido deseable, a configurar un auténtico procedimiento *preventivo* del concurso (tanto necesario como voluntario) que permitiera homologar un convenio con los acreedores, sin la necesidad de entrar al concurso⁹⁸⁵. No obstante, consciente de la «acuciante» necesidad que tenían los deudores de poder negociar las adhesiones a una propuesta de convenio con cierto margen de tranquilidad, configuró el precurso (*antiquo* art. 5.3) como una especie de *procedimiento preventivo* del concurso *necesario* (ex arts. 15.3 y 22.1 LC)⁹⁸⁶, ya que no permitía que dichas

⁹⁸² «Artículo 14.1. Provisión sobre la solicitud del deudor.

1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor».

⁹⁸³ «Artículo 22.1.2º.- Concurso voluntario y concurso necesario

«El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario. A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada en el plazo del artículo 5.3 se entenderá presentada cuando lo fue la comunicación prevista en ese artículo».

⁹⁸⁴ Reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia fiscal, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

⁹⁸⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 173.

⁹⁸⁶ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 173.

solicitudes fueran proveídas durante la tramitación del precurso (art. 15.3), hasta que no venciera el plazo de un mes previsto en el artículo 5.3 de la Ley Concursal; estas solicitudes de concurso necesario instadas durante la *sustanciación* del precurso, quedaban en «suspense» o «latentes», si se nos permite, «dentro del cajón del juez», hasta que venciera el plazo de un mes previsto en el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado); en caso de que el deudor no solicitara el concurso en dicho plazo (viejo art. 5.3), dichas solicitudes de concurso necesarias se *reactivaban* y se proveían en virtud al artículo 15 de la Ley Concursal, esto es como concurso necesario (art. 22.2 LC). Como se podía observar, el *bloqueo* de las solicitudes de concurso necesario durante la tramitación del precurso (art. 15.3), era un efecto positivo y realmente necesario para que el deudor pudiera negociar –sin presiones– las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (art. 15.3 LC)⁹⁸⁷, que sería aprobada judicialmente en un concurso posterior.

En nuestra opinión, tanto la «exoneración temporal» de la *carga* de instar la declaración del concurso (*antiquo* art. 5.3), como el bloqueo de las solicitudes de *concurso necesario* (art. 15.3), se convertían, a nuestro juicio, en los primeros indicios que revelaban –ya entonces– que el procedimiento de precurso (*antiquo* art. 5.3) iba encaminado –en un futuro no muy lejano– a convertirse en un auténtico *procedimiento preventivo* (preconcursal) del concurso necesario como del voluntario (art. 5 bis LC).

2.4. El precurso como instrumento para eludir la responsabilidad de los administradores sociales ante un eventual incumplimiento de la carga de instar el concurso (art. 5.1 LC)

Otra de las cuestiones más espinosas que se planteaba con la declaración judicial de concurso *extemporánea* era la posibilidad de incurrir en *responsabilidad concursal* por parte del deudor o de sus representantes legales (arts. 165.1 y 172

⁹⁸⁷ GARCÍA-CRUCES, J.A., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal...*, op. cit., p. 62. Los autores sostienen que el bloqueo de las solicitudes de concurso necesario, los acreedores se verán constreñidos a negociar o, por lo menos, a no dinamitar las negociaciones que se lleven a cabo durante el precurso, mediante una solicitud de concurso necesario.

bis), al haber acudido al concurso de forma *intempestiva* incumpliendo, por tanto, la *carga* de instar el concurso, generando o agravando la situación de insolvencia (arts. 5.1, 165.1 y 172 bis LC). Desde que se promulgó la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, llegar tarde al concurso tenía su correspondiente sanción en sede de calificación del concurso (art. 165.1), pero, desde la reforma operada en el año 2009, el legislador, con la redacción del viejo artículo 5.3, modulaba *indirectamente* la responsabilidad concursal de los administradores sociales (arts. 165.1 y 172 bis). Como ya hemos argumentado en un epígrafe anterior, cuando un deudor común solicitaba el precurso (antiquo art. 5.3), su deber de solicitar la declaración de concurso quedaba en *suspense* durante cuatro meses (3+1 meses), por lo tanto, la solicitud del precurso también servía indirectamente, para evitar la eventual responsabilidad concursal a la que están sujeto todo deudor o sus representantes legales ante una eventual solicitud *extemporánea* del concurso con (arts. 165.1 y 172 bis LC)⁹⁸⁸.

Por lo tanto, el procedimiento de precurso (*antiquo* art. 5.3) que introdujo el legislador en el año 2009 no sólo ofrece al deudor común una moratoria o prórroga temporal de cuatro meses (3+1) para negociar –sin presiones– con los acreedores las adhesiones a un propuesta anticipada de convenio, sino que, a su vez, también evitan la tan temida responsabilidad concursal a la que están sujetos los representantes legales de las empresas insolventes en los casos de incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 165.1) en los plazos legalmente establecidos (art. 5.1 LC)⁹⁸⁹.

⁹⁸⁸ Así lo entendía CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 172.

⁹⁸⁹ Vid., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. «Las reformas del art- 5.3...», op. cit. p. 172

2.5. La «facultad» del deudor de comunicar el inicio de negociaciones: la facultad de pedir el concurso.

A pesar de lo que entendía parte de la doctrina⁹⁹⁰, el concurso (*antiquo* art. 5.3) no era, (ni es en la actualidad con el vigente artículo 5 bis) una «mera notificación o comunicación» formal en la que el deudor simplemente declaraba y ponía en conocimiento del juzgado competente que se encontraba en estado de insolvencia actual y que había iniciado las negociaciones para la consecución de adhesiones a una propuesta de convenio (*antiquo* art. 5.3); lo que en puridad se desprendía del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, más bien era un *beneficio* exclusivo del propio deudor, es decir, el viejo artículo 5.3 (y el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal) reconocía al deudor una facultad o potestad de pedir el concurso, que, como toda facultad, cuando se ejercitaba, producía una nueva situación jurídica frente a la que los acreedores nada pueden hacer y, lo que es más relevante, no pueden evitar⁹⁹¹.

Todo lo anteriormente explicado no es algo novedoso y desconocido para nuestro Ordenamiento jurídico concursal, puesto que, a nuestro entender, el concurso hunde sus raíces en un claro antecedente: el viejo procedimiento *preventivo* de quita y espera (arts. 1912 del CC y 1130 y ss. LEC de 1881)⁹⁹²; como hemos podido observar, la Ley Concursal ha puesto a disposición del deudor un *facultad* o *potestad* (*antiquo* art. 5.3), de modo que, con la propia solicitud de concurso comunicaba al juzgado que había iniciado las negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, paralizando y suspendiendo temporalmente la posibilidad de que algún acreedor no

⁹⁹⁰ Entendían que el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal era una «mera comunicación» formal al juzgado, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta anticipada de convenio...», op. cit., p. 92; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concurso y contratos del sector público, en *RcP*, n.º 11, 2009, p. 274; ídem., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso...», op. cit., pp. 258-259; PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias concursales y refinanciación...», op. cit., p. 72; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones...», op. cit., p. 670.

⁹⁹¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera...», op. cit. p. 198.

⁹⁹² Sobre el viejo procedimiento preventivo de «quita y espera» véase HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, vol. II, 8ª edición, ed. Artes gráficas y ediciones, S.A., Madrid, 1979, p. 188-195.

participante solicitara la declaración concurso necesario, y pudiera dinamitar las negociaciones (art. 15.3); en el viejo procedimiento de quita y espera ocurría algo parecido con el mismo objeto: protección de las negociaciones llevadas a cabo con los acreedores, pues, las ejecuciones individuales que hubiera pendientes frente al deudor no se acumulaban al procedimiento de quita y espera, sino que se suspendían, siempre que lo pidiera el deudor, en el momento anterior a la subasta (art. 1135 LEC de 1881), con excepción de los supuestos de ejecución contra bienes especialmente hipotecados (art. 1136 LEC de 1881); dicha suspensión parecía a los dos meses de producirse, si es que en ese plazo no se hubiese alcanzado un acuerdo entre acreedores y sus deudores⁹⁹³.

3. Crítica a los objetivos perseguidos por el legislador con la introducción del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado): nuestra postura frente al alcance del artículo 5.3

Como decía el profesor Luis Javier CORTÉS DOMÍNGUEZ, la reforma operada en el año 2009 a través de la promulgación del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, vino a introducir una realidad preconcursal que el legislador conscientemente desconoció, pero que tozudamente estaba ahí; se trataba, entre otros, del viejo artículo 5.3 de la ley Concursal (actualmente derogado), cuyo desenvolvimiento, incidía en la correcta aplicación de la Ley Concursal, en puntos tan importantes como el *deber de solicitar la declaración de concurso* (art. 5.1 LC) y de calificación éste (art. 163 y ss.)⁹⁹⁴.

A pesar de que el precurso (viejo art. 5.3) se concibió como un instrumento que buscaba favorecer la utilización de la propuesta anticipada de convenio (arts. 104 y ss. LC), a través de la obtención de adhesiones durante el trascurso de los cuatros meses de prórroga que otorgaba el precurso (3+1

⁹⁹³ Vid. HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 191; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ V./GIMENO SENDRA/ MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal civil. Parte especial*, 2ª edición, ed. Colex, Madrid, 2000, p. 200.

⁹⁹⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., «Concurso de acreedores y refinanciación...», op. cit., p. 52.

meses), lo cierto es que sin saberlo, el legislador, con la introducción del viejo artículo 5.3 de la Ley, había arbitrado un potencial procedimiento alternativo del concurso (necesario o actual), que servía para negociar con los acreedores durante la moratoria temporal de cuatro meses que concedía el precurso (3+1 meses).

Es cierto que haciendo una utilización del precepto *secundum legem*, el deudor consiguiera o no las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de un propuesta anticipada de convenio, debía pedir el concurso dentro del mes siguiente, una vez que habían transcurrido los tres meses de moratoria legal que se admitía a trámite el precurso (viejo art. 5.3)⁹⁹⁵. Mientras el deudor común negociaba con los acreedores durante los tres meses de moratoria legal que concedía el precurso, no se proveían las solicitudes de concurso necesario que los acreedores pudieran instar (quedaban latentes), hasta ver si el deudor común, tras el transcurso de tres meses desde la presentación de la solicitud de precurso solicitaba el concurso dentro del mes siguiente hábil (art. 15.3); si lo solicitaba y se declaraba se proveería en virtud del artículo 14, como un concurso voluntario (art. 22.1), y las solicitudes de concurso necesarias instadas con anterioridad y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes (art. 15.3 *in fine*). Si el deudor común no hubiera solicitado el concurso, las solicitudes de concurso necesario «latentes» que habían quedado en suspenso, se reactivaban y eran proveídas en virtud del artículo 15 de la Ley Concursal, como concurso necesario (art. 22.2).

Como vemos el potencial procedimiento preconcursal que introdujo el legislador no era completo; según la Ley, el precurso se postulaba como un procedimiento preparatorio (instrumental) del concurso, para favorecer la aprobación «acelerada» de un convenio anticipado en sede concursal que permitiera al deudor salir del concurso en un tiempo relativamente corto con un convenio aprobado judicialmente (solución del convenio); por lo tanto sólo

⁹⁹⁵ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., «Concurso de acreedores y refinanciación...», op. cit., p. 52.

protegía las negociaciones de adhesiones a un propuesta de convenio, pero no la negociación de los acuerdos de refinanciación. En nuestra opinión, el legislador se quedó corto, pues, según su criterio, quiso arbitrar –si se nos permite– una «criatura» jurídica compleja (viejo art. 5.3) destinada *fomentar* el uso de la propuesta anticipada de convenio, pero a nuestro juicio, también debió permitir –expresamente– la posibilidad de suscribir un acuerdo de refinanciación de los de la Disposición adicional cuarta durante la tramitación de la moratoria temporal concedida por el precurso (viejo art. 5.3). La posibilidad de llevar a cabo tanto la negociación de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio como una posible negociación de un acuerdo de refinanciación de la Disposición adicional cuarta, no era tan incompatible. En puridad, ambas opciones buscaban la *refinanciación del pasivo* del deudor dentro y fuera del concurso, por lo tanto, creo que hubiera sido deseable –desde el nacimiento del precepto (viejo art. 5.3)– que el mismo hubiera regulado expresamente la posibilidad de que el deudor pudiera negociar acuerdos de refinanciación de la Disposición adicional cuarta, durante la tramitación del precurso, es decir, durante la moratoria legal que concedía el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado). A pesar de lo anterior, en la práctica forense se venía haciendo, a nuestro juicio, un uso *propter legem* del artículo 5.3, puesto que, aunque la norma no permitía proteger los acuerdos de refinanciación de la Disposición adicional cuarta, éstos se beneficiaban indirectamente de los efectos protectores que se desprenden del precurso, si dicha negociación se llevaban a cabo de forma paralela a la de la propuesta anticipada de convenio⁹⁹⁶.

Lo que hemos apuntado anteriormente no es una postura poco meditada, sino que cuenta con diversas justificaciones que se desprenden de la Ley y de la propia práctica forense. En primer lugar, desde los primeros meses de rodaje de

⁹⁹⁶ PULGAR EZQUERRA, J., «Protección de las refinanciaciones de deuda...», op. cit., p. 54 y ss.; Ídem, *Preconcursalidad y acuerdos...*, op. cit., p. 359.

la reforma operada en 2009, la doctrina⁹⁹⁷ ya ponía en duda si el procedimiento de precurso albergado en el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), «realmente sería utilizado para formular, simplemente, una propuesta anticipada (arts. 104 y ss.); en segundo lugar, tampoco se veía claro si dicha comunicación al juzgado (*rectius*: precurso), lejos de blindar los esfuerzos negociadores con los acreedores, precipitaba o hacía irreversibles los concursos, pues, en realidad, la solicitud de precurso era un verdadera confesión *paladina* de la existencia de una situación de insolvencia actual, que deterioraba aún más, si cabe, la financiación de la empresa en dificultades económicas, los proveedores cortarían el suministro por el temor del concurso y los acreedores comenzarían a interponer todo tipo de acciones declarativas y ejecutivas frente al patrimonio del deudor»⁹⁹⁸.

Si el legislador de 2009⁹⁹⁹ buscaba *facilitar* las refinanciaciones de empresas que pudieran estar atravesando dificultades económicas¹⁰⁰⁰, no se entendía por qué los acuerdos de refinanciación de la Disposición adicional cuarta no quedaban cubiertos por la protección que dispensaba el artículo 5.3 de la Ley Concursal. Las negociaciones de un acuerdo de refinanciación en el precurso debían protegerse de posibles solicitudes de concurso necesario que pudieran dinamitar las mismas y hacer que el deudor fracasara en su objetivo de *remover* su estado de insolvencia viéndose abocado a solicitar la declaración del concurso (*antiquo* art. 5.3, y actual art. Art. 5 bis). Estamos refiriéndonos a los pactos de *stand still*¹⁰⁰¹ que predominan en todo proceso negociador de acuerdos de refinanciación, por los que las partes que concurren

⁹⁹⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., «Concurso de acreedores y refinanciación...», op. cit., p. 50.

⁹⁹⁸ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., «Concurso de acreedores y refinanciación...», op. cit., p. 50.

⁹⁹⁹ Véase la exposición de motivos del real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia fiscal, financiera y concursal, BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

¹⁰⁰⁰ Véase la exposición de motivos del real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia fiscal, financiera y concursal, BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

¹⁰⁰¹ Sobre los pactos de *stand still*, véase a PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación...*, op. cit., pp. 261-262 y 361 y ss.

a la negociación, se comprometían a no ejercitar ninguna acción declarativa ni ejecutiva que les pudieran asistir mientras se encuentran negociando el acuerdo de refinanciación.

Frente a la limitación inicial contenida en de la redacción del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, el artículo 5 bis de la Ley Concursal introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre¹⁰⁰², introdujo –por fin– la posibilidad de negociar, durante la tramitación del precurso, un acuerdo de refinanciación¹⁰⁰³. Sobre esta cuestión observamos que el viejo objetivo pretendido por el legislador sobre el fomento del uso de la propuesta anticipada de convenio a través del precurso (*antiquo* artículo 5.3), perdía protagonismo, puesto que el artículo 5 bis introducido por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, abría otra posibilidad al deudor: la de negociar un acuerdo de refinanciación de los de la Disposición adicional cuarta. Por lo tanto, se abandona la vieja concepción y el alcance del derogado artículo 5.3, y se observa una firma apuesta por intentar evitar la entrada al concurso con la consecución de algún acuerdo de refinanciación que removiera la situación de insolvencia (ya sea actual o inminente) del deudor común.

3.1. El problema de la declaración judicial de concurso posterior: los efectos de dicha declaración se retrotraen a la fecha en la que se formula la comunicación de precurso (art. 5.3 LC)

En la redacción de artículo 22.1.2º de la Ley Concursal introducida en la reforma del 2009¹⁰⁰⁴, existe, a nuestro juicio, una grave distorsión desde que se reformara dicho precepto en el año 2009, y que ha estado «perenne» en la Ley sin que el legislador haya hecho nada para corregirlo durante las reformas llevadas a cabo durante los posteriores años: 2011, 2013, 2014 y 2015.

¹⁰⁰² Véase el artículo 5 bis de la ley Concursal introducido por la Ley 38 /2011, de 10 octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011.

¹⁰⁰³ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos...*, op. cit., pp. 377-378

¹⁰⁰⁴ Operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia financiera, fiscal y concursal ante la evolución de la situación económica, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

En el artículo 22.1.2º de la Ley Concursal que regula el concurso voluntario y concurso necesario, reza lo siguiente:

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

Si realizamos una detenida lectura al anterior inciso, hemos de decir que la solicitud de declaración concurso a la que está obligado el deudor en virtud del artículo 5 bis de la Ley Concursal se entenderá presentada el día que se presente la comunicación del inicio de negociaciones (art. 5 bis), pero debemos tener en cuenta de que dicha «retroacción» de efectos es sólo a los efectos de dicho artículo 22, es decir, a los efectos de declarar el concurso como voluntario o como necesario (art. 22 LC), pero, no a los efectos del cómputo del plazo del periodo sospechoso del artículo 71 (interposición de posibles acciones de reintegración concursal) o del artículo 164.1 de la Ley (sección de calificación).

A pesar del *lapsus calami* del legislador durante las sucesivas reformas operadas desde el año 2009, sería conveniente de *lege ferenda* que se procediera al dejar claro este punto y extender la «retroacción» también a efectos del cómputo del plazo del *periodo sospechoso* del artículo 71, para la interposición de posibles acciones de reintegración y de la temida sección de calificación (art. 164.1), para evitar que los deudores puedan hacer un uso fraudulento del artículo 5 bis, cuando pueda estar próxima la finalización del plazo de 2 años (art. 71 LC).

3.2. El viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal. Los cimientos de un verdadero procedimiento preventivo de concurso: la alternativa al concurso.

Desde el nacimiento del precurso en el año 2009, los que vimos en el derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, la gran riqueza de oportunidades que podía presentar su redacción a los deudores insolventes, nos dimos cuenta de que dicho procedimiento se convertiría en una pieza clave de nuestro Derecho Concursal. Decimos lo anterior debido a que el precurso podría haberse convertido, desde su nacimiento, en un efectivo procedimiento

preconcurso cuya finalidad preventiva lograra que los deudores salieran del estado de insolvencia y, por ende, no tuvieran que acudir a la solución concursal, que por fuerza destruía muchísimo valor y agravaba la situación de insolvencia del deudor común; por lo tanto, el procedimiento de concurso (viejo art. 5.3) iba encaminado a convertirse en la alternativa efectiva al concurso de acreedores.

A pesar de lo anterior, el legislador fue, a nuestro juicio, demasiado cauto, a la hora de emprender la necesaria desjudicialización del tratamiento de la insolvencia del deudor, y, por ello, se quedó a medio camino, configurando al concurso no como un procedimiento preventivo completo sino como un procedimiento *preparatorio* del proceso concursal; en este sentido, como ya puso de manifiesto la doctrina¹⁰⁰⁵, se creó un procedimiento concursal *instrumental* cuya finalidad principal era preparar el concurso posterior (el proceso jurisdiccional de declaración de concurso), como lo demuestra el hecho de que si el deudor conseguía, durante la tramitación del concurso, las adhesiones suficientes a una propuesta anticipada de convenio (viejo art. 5.3 LC), éste entraría en el concurso para salir de forma rápida del mismo con un convenio judicialmente aprobado que asegurase la refinanciación y la viabilidad de la empresa¹⁰⁰⁶. Con la reforma concursal del año 2009¹⁰⁰⁷, el concurso estaba a medio camino de convertirse en una efectiva alternativa al concurso de acreedores, y no sería hasta las reformas de la Ley Concursal operadas en los años: 2011¹⁰⁰⁸, 2013¹⁰⁰⁹, 2014¹⁰¹⁰ y 2015¹⁰¹¹, donde el concurso

¹⁰⁰⁵ DAMIÁN MORENO, J, «La declaración de concurso a la luz...», op. cit., pp. 161-162; ídem. «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso...», op. cit., pp. 173.

¹⁰⁰⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 175.

¹⁰⁰⁷ Operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia fiscal, financiera y concursal, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

¹⁰⁰⁸ Operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011.

¹⁰⁰⁹ Operada por la Ley 14/2013, de 27 de marzo, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

¹⁰¹⁰ Operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que fue refrendado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en

fue evolucionando hasta consolidarse como un auténtico procedimiento preventivo del concurso.

materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. También el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidado en vía parlamentaria por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

¹⁰¹¹ Operada por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, convalidado en el parlamento por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social

Capítulo 6º: La naturaleza jurídica del Preconcurso.

1. Algunas acotaciones preliminares

1.1. Consideración introductoria

Antes de adentrarnos en el estudio de la verdadera naturaleza jurídica del concurso (viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis LC), hemos de decir que, desde que se introdujo el concurso en el año 2009, en la literatura jurídica concursal han proliferado infinidad de estudios doctrinales¹⁰¹² sobre la

¹⁰¹² Sobre el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actual derogado), véanse, por todos los siguientes trabajos doctrinales, DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151-166; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva disposición adicional cuarta de la misma: ¿la figura del concurso?», en ARIZA-GALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167-181; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La defectuosa concepción del presupuesto objetivo», AA-VV, en BELTRÁN- PRENDES (dirs.), *Los problemas de la Ley Concursal I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 73; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del concurso en la reforma de la ley Concursal», en *Diario económico Expansión*, sección opinión, 10 de enero de 2011, p. 31; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^a.J., «La negociación del convenio anticipado de acreedores como causa de suspensión del deber de instar el concurso», en *Diario La Ley*, n.º 7264, sección tribuna, 10 octubre 2009, año xxx, pp. 1-4; PULGAR EZQUERRA, J., *El Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 459 y ss.; MUÑOZ DE BENAVIDES, C., «La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal a la luz de la jurisprudencia», en *Diario La Ley*, n.º 7419, sección tribuna, 8 de junio 2009, año xxxi, pp. 1-4; GARCÍA-VILLARRUBIA, M., Y RODRÍGUEZ, E., «Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3 Ley Concursal», en *ADCo*, n.º 20, 2010, pp. 587-598; GALEOTE, M^a.P., «Los acuerdos extrajudiciales en fase concursal», en *Diario La Ley*, n.º 7375, 7 de abril de 2010, año xxxi, pp. 1-6; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «La nueva fase concursal», en *Diario La Ley*, n.º 7272, 29 de octubre de 2009, pp. 1-8; AA-VV en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil II*, 14ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 982-985; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio», en *RdM*, 2010, pp. 645-684; QUINTÁNS EIRAS, R., «Luces y sombras en la reforma de la propuesta anticipada de convenio concursal», en GÓMEZ SEGADE-GARCÍA VIDAL (eds.) *El Derecho mercantil en el umbral del Siglo xxi. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 753-767; GARCÍA-CRUCES, J.A., «Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación», en GÓMEZ SEGADE-GARCÍA VIDAL (eds.) *El Derecho mercantil en el umbral del Siglo xxi. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 731-741; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., y DÍAZ MORENO, A., «Algunas cuestiones en torno a la reforma del régimen del convenio concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009», en GÓMEZ SEGADE-GARCÍA VIDAL (eds.) *El Derecho mercantil en el umbral del Siglo xxi. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Nóvoa, con motivo de su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 743-754; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideración en torno al refinanciación de deuda y la posibilidad de no

presentar declaración de concurso. (A propósito del auto del juzgado de Primera Instancia núm. 9 y mercantil de Córdoba de 10 de septiembre de 2009)», en *RcP*, n.º 12, 2010, pp. 257-268; YANES YANES, P., «La reforma (inacabada) de la administración concursal en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo», en *RcP*, n.º 11, 2009, pp. 109-121; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., «Concurso de acreedores y refinanciación de pasivo: algunas reflexiones», en *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá III*, 2010, pp. 47-53; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los «acuerdos de refinanciación» (Disp. Ad. 4ª LC). Propuesta de reforma Legislativa*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, (Cuadernos de Derecho Registral), Madrid, 2009; SÁNCHEZ GARCÍA, J.C., «la fase común del concurso», ARIZAGALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 183-218; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal. Doctrina, Jurisprudencia y formularios*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011; SAN JUAN Y MUÑOZ, E., «Apuntes a la reforma del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE de 31 de marzo de 2009)», en *Diario La Ley*, n.º 7189, sección doctrina, 4 de junio de 2009, año xxx, pp. 1-8; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concurso y contratos con el sector público en el marco real 3/2009 y de la nueva Ley de contratos del Sector Público», en *RcP*, n.º 11, 2009, pp. 267 y ss.; MARCOS GONZÁLEZ-LECUONA, M., «Deber de solicitar la declaración de concurso», en CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo II, 2ª edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 134-145 y 264-274; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª.M., y ORELLANA CANO, N., «Deber de solicitar la declaración de concurso», en PRENDES (dir.), *Tratado práctico concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 212-220; PULGAR EZQUERRA, J., «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009», en *RcP*, n.º 11, 2009, pp. 45-57; YANES YANES, P., «La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio», en *Diario La Ley*, n.º 7161, sección doctrina, 24 abril 2009, año xxx, pp. 1-18; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma inarmónica de la Ley Concursal», en *AJA*, n.º 775, 2009, pp. 1-11; ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 191-197; URÍA Fernández, F., «Las reformas de la Ley Concursal y las entidades de crédito», en *Diario La Ley*, n.º 7240, sección tribuna, 14 septiembre 2009, año xxx, pp. 1-9; AZOFRA, F., «El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación», *Revista el Notario del siglo xxi*, mayo-junio, 2009, pp. 58-76; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «El nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal (another trick in the in the law)», en <http://www.Legaltoday.com>, 21 de mayo de 2009, pp. 1-4; FERNÁNDEZ SEIJO, J.Mª., «Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 273-306; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio concursal», en *RdCyP*, n.º 15, 2011, pp. 75-90; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los “acuerdos de refinanciación”. El expediente registral preconcursal», en *ADco*, n.º 21, 2010, pp. 9-80; ALONSO-MUÑUMER, M., «Operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las solicitudes negociadas de las crisis económicas», en *RcP*, n.º 8, 2008, pp. 455 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Los cambios que afectan a la propuesta anticipada de convenio», en *EPrints Complutense*, Mayo, 2009, <<http://eprints.ucm.es/>>; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y si posible enmienda)», en *RcP*, n.º 11, 2009, pp. 85-98; SAN GIL LÓPEZ-QUESADA, P., «Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 71-79; SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., «Refinanciación y reintegración concursal», en *EPrints Complutense*, noviembre 2009, pp. 1-39; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática en torno a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 56-61; NIETO DELGADO, C., «Comunicación previa del art. 5.3 LC, nuevos institutos preconcursales y reglamento (CE) n.º 1346/2000», en *RcP*, n.º 15, 2011, pp. 199-208; THERY, A., «La junta de acreedores y el convenio. La propuesta anticipada», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 691-695; GARAU

ALCOVER, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso», en *RcP*, n.º 13, 2010, pp. 321-327; OLIVENCIA RUIZ, M., «El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», en *RcP*, n.º 13, 2010, pp. 19-26; GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «El presupuesto objetivo del concurso y los problemas de su concreción práctica», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 193-204; GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal», *ADco*, n.º 19, 2010, pp. 115-126; CASTILLA MARTÍNEZ, J.Mª., en AA-VV, *Comentarios a la reforma de la ley Concursal*, ed. Wolters Kluwer, Valencia, 2010, pp. 77-82; ÁLVAREZ VEGA, M.I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, 190-200; ALONSO ESPINOSA, F.J., «Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el RD-Ley 3/2009», en *ADco*, n.º 21, 2010, pp. 143-162; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Las soluciones preconcursales», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 41-52; PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores», en ALONSO UREBA-PULGAR (dirs.), *Implicaciones financieras de la Ley concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, e 27 de marzo*, ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 51-134; ALCOVER GARAU, G., «El Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias», en *RcP*, n.º 10, 2009, pp. 461-463; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 49-61; JACQUET YESTE, T., «contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio», en *RcP*, n.º 4, 2006, pp. 227 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», en *RcP*, n.º 5, 2006, pp. 25-64; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Ley Concursal y crisis económica (I)», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 4 de marzo de 2009; ídem., «Ley Concursal y crisis económica (II)», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 4 de marzo de 2009, ídem., «Reforma concursal de urgencia», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 2 de abril de 2009; en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, ídem., «Discutiendo sobre la (¿penúltima?) reforma concursal», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 24 de abril 2009; ídem., «El fracaso de la propuesta anticipada de convenio», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 14 de mayo de 2009; ídem., «¿Un juez contra la reforma concursal?; No lo creo», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 18 de mayo de 2009; ídem., «Un apunte sobre el nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 15 de junio de 2009; ídem., «El artículo 5.3 de la Ley Concursal puede tener un final feliz», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 6 de noviembre de 2009; ídem., «La continuada reforma concursal», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 14 de diciembre de 2009; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El convenio anticipado*, ed. Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración del concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)», en *ADco*, n.º 21, 2010, pp. 163-176; AZNAR GINER, E., *Los acuerdos de refinanciación y la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010; AZNAR GINER, E., *El procedimiento de declaración de concurso necesario del deudor*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010; AZNAR GINER, E., *La acción rescisoria concursal*, 2ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009; De Ángel, R., «La acción directa en el concurso (art. 1597 CC)», en *ADco*, n.º 3, 2009, pp. 37 y ss.; GOZALO, V., «La acción directa en caso de concurso de contratista», en *ADco*, n.º 3, 2008, pp. 139 y ss.; MAGDALENO, A., «La acción directa y la insolvencia del contratista», en *ADco*, n.º 3, 2008, pp. 125 y ss.; MELÉNDEZ HUELIN, O., *Derecho concursal y normativa contable del banco de España: provisiones por insolvencia y alternativas al concurso de acreedores*, en *RcP*, n.º 10, 2009; MORALES MENÉNDEZ, I., «El concurso de la contratista subcontratante», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Crisis inmobiliaria y Derecho Concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 116 y ss.; SAN JUAN Y MUÑOZ, E., *Concurso de acreedores en el sector de la construcción*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 372 y ss.; VILATA MENADAS, S., *Introducción al derecho concursal*,

ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

Será ilustrativo tener presente todas las publicaciones doctrinales que también fueron proliferando con las sucesivas reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal, que en el año 2011 fue derogado y sustituido por el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal; vid. entre otras, PULGAR EZQUERRA, J., «“Acuerdos de refinanciación y escudos protectores” en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003 (1)» en *Diario La Ley*, n.º 7731, sección doctrina, 8 de noviembre de 2011, año xxii, pp. 1-6; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Los “acuerdos de refinanciación” en el proyecto de reforma de la Ley Concursal», en *RdCyP*, n.º 15, sección comunicaciones, segundo semestre de 2011, pp. 155-165; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio concursal», *RdCyP*, n.º 15, sección doctrina, segundo semestre 2011; GARCÍA BARTOLOMÉ D., «El deseado reforzamiento del precurso en la reforma de la ley Concursal», en *Diario económico Expansión*, sección opinión, 10 de enero 2011, p. 31; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 31-42; GARCÍA MORALES, E., y CALBACHO, F., «La paralización de las ejecuciones individuales en situaciones preconcursales», en *Actualidad jurídica Uría&Menéndez*, n.º 31, 2012, pp. 53-60; DE LEÓN, F., «Comunicación ex art. 5 bis LC, seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos: agravación del riesgo asegurado», en *RdCyP*, n.º 17, 2012, pp. 251-256; AZOFRA VEGAS, F., «La agilización de la reestructuración del activo: pre-pack y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley Concursal», en *RcP*, n.º 17, 2012, pp. 131 y ss.; GARCÍA-MANSO, J.L., «Reforma del artículo 5.3 de la Ley Concursal», en *Revista del despacho Pérez-Llorca*, n.º 11, 2012, pp. 1-2; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., «Solicitud de concurso. La solicitud anticipada», en PRENDES-MUÑOZ PAREDES (dirs.), *Tratado de la insolvencia*, tomo I, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 547-678; CUTILLAS TORNS, J.M.^a, «El artículo 5 bis de la ley Concursal y la posterior solicitud de concurso voluntario», en MARTÍNEZ SANZ (dir.), *Tratado de derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, Madrid, 2012, pp. 41-56; MARTÍN ALONSO, O., «El concurso voluntario», en NIETO DELGADO (coord.), *Derecho Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 73-92; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012; Bertram, M., «Pre-concurso de acreedores», en *www.Legaltoday.com*, 29 de mayo de 2013; MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 809-824; Gómez López, E., «La utilización real de la aplicación del artículo 5 bis LC», en MARTÍN MOLINA (dir.), *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia dada por especialistas*, ed. Dykinson, Madrid, pp. 27-33; NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal: algunos aspectos problemáticos», en MARTÍN MOLINA (dir.), *La aplicación práctica de la nueva Ley Concursal tras un año de vida: el análisis de los especialistas*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 19-26; PAVÓN NEIRA, C., «Precurso como método para evitar el concurso de acreedores», en *Economist & Jurist*, n.º 1, enero 2013, pp. 68-73; MARRODÁN MONTIEL, S., «La aplicación práctica del llamado “precurso” de acreedores», <<http://blogs.unir.net/1047-la-aplicacion-practica-del-llamado-precurso-de-acreedores>>, 16 de mayo de 2013; RICHARD, E.H., «Mas justicia y menos juicios! Conservación de la empresa y preconcursalidad societaria», en *Revista de Derecho Comercial del consumidor y de la empresa*, n.º 1, febrero 2013; ATIENZA LÓPEZ, J.I., «La tutela pública de la autonomía de la voluntad en el precurso: análisis comparativo», en *El derecho.com*, 3 de marzo de 2014, pp. 1-10; VEIGA COPO, A., «Preconcursalidad e incertidumbre», en *Diario económico cinco días*, 5 de marzo de 2013; SÁNCHEZ-CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 36ª edición, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 586-588; SÁNCHEZ-CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, (revisada por Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE), ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 750-751; DE LAS HERAS GARCÍA, M^a.D., «La reforma concursal. Los grandes cambios», en MARTÍN MOLINA (dir.), *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia dada por especialistas*, ed. Dykinson, Madrid, pp. 15-33; NIETO DELGADO, C., «La refinanciación como alternativa al concurso», en MARTÍN MOLINA/DEL CARRE/LOPO (coords.), *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, ed. Dykinson, 2014, pp. 13-28; RUIZ DE LARA, M., «Ejecución del auto de homologación de acuerdos de refinanciación previsto en la

denominada «comunicación del inicio de comunicaciones» (viejo art. 5.3 y, actual art. 5 bis LC) *rectius*: precurso, pero lo sorprendente, a nuestro juicio, es que en ninguna de las obras mencionadas se ha realizado un profundo

disposición adicional cuarta de la Ley Concursal», en MARTÍN MOLINA/DEL CARRE/LOPO (coords.), *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, ed. Dykinson, 2014, pp. 29-42; DÍAZ REVORIO, E., «Efectos de la comunicación pre-concursal en las ejecuciones singulares contra el deudor», en MARTÍN MOLINA/DEL CARRE/LOPO (coords.), *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, ed. Dykinson, 2014, pp. 43-51; PAVÓN NEIRA, C., *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*, ed. Bosch, Barcelona, 2013; CONDE FUENTES, J., «El Real Decreto-Ley, de 7 de marzo: refinanciación y reestructuración de deuda empresarial», en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, n.º 2, abril-junio 2014, ensayos, 171-182; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho preconcursal», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, duodécima edición, vol. II, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 587 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «El nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma de 2014», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2014, pp. 1-15; CÁMARA LEMUS, S., «El artículo 5 bis de la Ley Concursal», en *Diario Económico Expansión*, 31 de marzo de 2014; CABANAS TREJO, R., «La garantía real en el precurso de acreedores», en *Diario La Ley*, n.º 8317, sección doctrina, 23 de mayo de 2014, año xxxv, pp. 1-10; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Proyecto de Ley de refinanciación», en el Blog de Juan SÁNCHEZ-CALERO, de 24 de febrero de 2014, <http://jsanchezcalero.blogspot.com>; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Apuntes sobre las obligaciones preconcursales de los administradores», en *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 969-993; CABANAS TREJO, R., «Ahora vienen a pares» en *revista el Notario del Siglo XXI*, n.º 58, opinión, 15 de diciembre de 2014, pp. 1-5; SENÉS MOTILLA, C., «La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores», en *ADco*, n.º 33, 2014; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Artículo 5 bis LC: un auto pionero», en el Blog de Juan SÁNCHEZ-CALERO, 13 de junio 2014, www.jsanchezcalero.blogspot.com; CUÑAT EDO, V., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Algunas limitaciones de la utilidad del periodo preconcursal», en *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur menor, 2014, pp. 179-193; GURREA MARTÍNEZ, L., «La problemática paralización de las ejecuciones tras la reforma del artículo 5 bis de la Ley Concursal por el RDL 4/2014, de 7 de marzo», en *Revista e-dictum*, n.º 32, sección doctrina, agosto 2014; CARRASCO PERERA, Á., «*Gaudium teneatis*: no hay ningún blindaje concursal de las refinanciaciones», en *AJA*, n.º 780, sección tribuna, 2009; GALLEGO LANAU, M., «El artículo 5 bis de la ley Concursal y modificaciones estructurales societarias», en *RcP*, n.º 22, 2015, pp. 469-481; MEGÍAS LÓPEZ, J., «Competencia orgánica y crisis económicas de sociedades de capital: disolución, precurso y concurso», en *RcP*, n.º 22, 2015, pp. 443-456; PASCUAL BROTONS, C.C., «Efectos de la comunicación del inicio de negociación precia al concurso en la ejecución hipotecaria», en *Diario la Ley*, n.º 8484, sección doctrina, 19 de febrero de 2015, pp. 1-13; NIETO DELGADO, C., Y VILLENNA CORTÉS, F.B., «Garantías financieras y homologación de acuerdo de refinanciación», en *Diario la Ley*, n.º 8471, sección documento online, 2 de febrero de 2015, año XXXVI, p. 1-7; DÍAZ MORENO, A., «Dies a quo y dies ad quem de la paralización de ejecuciones previsto en el artículo 5 bis. 4 de la Ley Concursal», en *RcP*, n.º 22, 2015, pp. 105-113; MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación de negociaciones en el artículo 5 bis LC», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 251-259; MORENO SERRANO, E., «Ejecuciones de bienes necesarios y negociación de un acuerdo de refinanciación», en *RcP*, n.º 22, 2015, pp. 483-493; BACIGALUPO SAGGESE, S., «La responsabilidad penal de los administradores en los procesos de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial», en *RcP*, n.º 22, 2015, pp. 129-138; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comunicación ex artículo 5 bis LC y paralización de ejecuciones», en el Blog de Juan SÁNCHEZ-CALERO, 26 de mayo de 2015, <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es>; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Sobre deudas y acreedores», en el Blog de Juan Sánchez-Calero, 7 de julio de 2015, <http://jsanchezcalero.com.es>.

análisis sobre la verdadera naturaleza jurídica del precurso o, si se ha realizado, ha sido de forma cuasi testimonial sin entrar en mayores detalles¹⁰¹³. En los epígrafes siguientes intentaremos ofrecer una aproximación a la verdadera naturaleza jurídica del precurso (viejo art. 5.3).

1.2. El precurso es un procedimiento

En primer lugar, creemos oportuno delimitar la figura del «precurso» (viejo art. 5.3 y actual art. 5 bis LC) para saber si estamos ante un proceso o, ante un procedimiento. Como decía el profesor Emilio Gómez Orbaneja, «el proceso es un proceder, un procedimiento judicial. En las medievales canónicas los términos “processus” y “procederé” no sólo son términos equivalentes, sino que gramaticalmente el primero derivaba del segundo, pero lo cierto es que en la actualidad es conveniente distinguirlos. Un solo procedimiento judicial puede contener varios procesos (*verbi gratia*: cuando el demandado ejercita la reconvencción frente al actor originario, y en general, en todos los casos de acumulación de acciones, o de autos, donde se reúnen en un proceder común varios objetos procesales)¹⁰¹⁴. Sin embargo, según continuaba ilustrando el profesor Gómez Orbaneja, no siempre que hay un procedimiento judicial existe proceso. Los actos de *jurisdicción voluntaria* presentan un procedimiento, pero en ningún caso son proceso. Además, puede haber procedimientos realizados en función de un proceso (procedimientos preparatorios), sin pertenecer propiamente a éste (*verbi gratia*: La conciliación, las diligencias preliminares, etc.). Querámoslo o no, la palabra procedimiento está íntimamente asociada a una consideración meramente formal o externa de la actividad procesal»¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 462 ; ídem, «Protección de las refinanciaciones de deuda...», op. cit., p. 55. La profesora PULGAR ya apuntaba, sin dar mayores argumentos, que la comunicación del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal no era una diligencia preliminar ni una medida cautelar sino que se acercaba a un acto de jurisdicción voluntaria.

¹⁰¹⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E., «Distinción entre proceso y procedimiento» en GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA (autores), *Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª edición, ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1951, pp. 14-15.

¹⁰¹⁵ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., «Distinción entre proceso y...», op. cit., pp. 14-15.

A la hora de analizar qué es realmente la figura, hemos de dejar patente que el precurso es ante todo un procedimiento y no un proceso jurisdiccional, pues no podemos perder de vista que la palabra procedimiento va asociada a una consideración meramente formal o externa de la actividad procesal¹⁰¹⁶, por lo tanto no podemos hablar de proceso en el precurso.

La anterior afirmación puede parecer obvia, pero era conveniente remarcarla antes de entrar en la verdadera naturaleza del precurso. Decimos que el precurso es un procedimiento porque la estructura que se vislumbraba en el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal nos permitía descifrar un conjunto de actividades concatenadas al margen de toda actividad procesal que van dirigidas a un órgano jurisdiccional. A pesar de lo anterior, el precurso debe entenderse como una expresión que va asociada a una actividad no procesal, es decir, el juez que conocía de la comunicación del inicio de negociaciones del viejo artículo 5.3 (actualmente derogado) no ejercía función jurisdiccional (ex art. 117.3 CE) a la hora de admitir a trámite la solicitud de precurso; por otro lado, como es obvio, en el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal, como veremos más adelante, el letrado de la Administración de Justicia (antiguo secretario judicial) tampoco ejerce función jurisdiccional (ex art. 117.3 CE). Por todo ello, podemos concluir que el precurso debe ser considerado como un *procedimiento* para indicarnos que no estamos ante (ni con el derogado artículo 5.3 LC) un proceso jurisdiccional *stricto sensu*.

1.3. El precurso es un procedimiento judicial

Si analizamos detenidamente el *procedimiento* de precurso, es fácil adivinar que el mismo es un procedimiento autónomo e independiente del procedimiento de declaración de concurso, con sustantividad propia y, cuya tramitación, se desarrolla al margen del proceso concursal (de naturaleza jurisdiccional); por lo tanto, se podría caer en la tentación de calificarle – a nuestro juicio erróneamente – como *procedimiento extrajudicial*, ya que el mismo

¹⁰¹⁶ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., «Distinción entre proceso y...», op. cit., p. 15.

se desarrolla *extra muros* del concurso de acreedores (entendiendo a éste como proceso jurisdiccional *stricto sensu*¹⁰¹⁷).

A pesar de la anterior explicación hay que decir que, desde el nacimiento del precurso en el año 2009¹⁰¹⁸, el mismo ha sido, desde nuestro punto de vista, un *procedimiento judicial*; decimos que es «judicial» porque la solicitud de precurso va dirigida y es tramitada ante un Órgano jurisdiccional, el juez competente para conocer de la declaración judicial de concurso (viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis 1 LC). La solicitud de precurso es admitida a trámite ante un órgano jurisdiccional, por ello, entendemos que debe ser calificado como procedimiento judicial. Otra nota que se debemos resaltar es que en la derogada redacción del viejo artículo 5.3, conocía de la solicitud de precurso el juez competente para la declaración judicial de concurso, aunque éste intervenía como un mero receptor de la solicitud. En este sentido, debemos recordar, que dicho juez intervenía de forma orgánica, en ningún caso de forma funcional, por lo tanto, al conocer de la solicitud de precurso, en ningún caso ejercía potestad jurisdiccional (ex art. 117.3 CE); dicho de otra manera, la actividad realizada por el juez ante una solicitud el precurso en la vieja redacción del art. 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), no era actividad jurisdiccional. A partir de la nueva redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal introducida en el año 2011¹⁰¹⁹, el competente para conocer de la solicitud de precurso pasó a ser el secretario judicial (actual Letrado de la Administración de Justicia): «*El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor*» (ex art. 5 bis 3 LC), y, como es obvio, tampoco su actividad a la hora de conocer de la solicitud de

¹⁰¹⁷ Vid, por todos CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», op. cit., p. 20. DE LA OLIVA SANTOS, A., «Derecho concursal y procedimientos concursales», en DE LA OLIVA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/VEGAS TORRES (autores), *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 518;

¹⁰¹⁸ Introducido por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia fiscal, financiera y concursal ante la evolución económica, publicado en el BOE n.º 45, de 31 de marzo de 2009.

¹⁰¹⁹ Redacción del artículo 5 bis 3 introducida por la reforma concursal operada con la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011.

preconcurso era actividad jurisdiccional, pues que dicha función es exclusiva de los jueces y tribunales, siendo la misma indelegable (art. 117.3 CE).

Es cierto que con el nacimiento del concurso (viejo art. 5.3) el legislador dio un primer paso en busca de la necesitada desjudicialización¹⁰²⁰ de la insolvencia, pero el paso que se dio en el año 2009, no fue tan amplio como para entender que se había desjudicializado por completo la tutela del derecho de la insolvencia. Por ello entendemos que, más bien, lo que se introdujo en la reforma del año 2009¹⁰²¹, fue una desjudicialización parcial de la tutela del derecho de la insolvencia a través del procedimiento del concurso (viejo art. 5.3), motivo por el cual, a nuestro juicio, no se puede entender al concurso como procedimiento extrajudicial puro, pues el grado de desjudicialización que se produjo no era de tal entidad que permitiera calificar al concurso de procedimiento extrajudicial. Con las sucesivas reformas del artículo 5 bis de la Ley Concursal llevadas a cabo en 2011¹⁰²², 2013¹⁰²³, 2014¹⁰²⁴ y 2015¹⁰²⁵, el grado de desjudicialización ha ido en aumento, puesto que, desde el año 2011 el competente para conocer de las solicitudes de concurso era el secretario

¹⁰²⁰ Se ha venido criticado por la doctrina científica la excesiva judicialización del concurso, apostando por una desjudicialización del mismo, vid., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del derecho concursal...», op. cit., pp. 101 y ss.; también, en la misma línea nos encontramos a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica...», op. cit., pp. 21-22.

¹⁰²¹ Operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia fiscal, financiera y concursal, publicado en el BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

¹⁰²² Operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011.

¹⁰²³ Operada por la Ley 14/2013, de 27 de marzo, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Publicada en el BOE n.º 233, de 28 de septiembre.

¹⁰²⁴ Operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que fue refrendado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Publicada en el BOE n.º 238, de 1 de octubre de 2014. También el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidado en vía parlamentaria por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Publicada en el BOE n.º 125, de 26 de mayo de 2015.

¹⁰²⁵ Operada por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, convalidado en el parlamento por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Publicada en el BOE n.º 180, de 29 de julio de 2015.

judicial (actual letrado de la Administración de Justicia), que simplemente procedía a dejar constancia, sin más trámite, de la comunicación presentada por el deudor (art. 5 bis 3 LC)¹⁰²⁶. Aunque, como es sabido, dicha comunicación de precurso se seguía dirigiendo y tramitando en la sede judicial.

1.4. El precurso es un procedimiento judicial preventivo

Una vez que hemos que llegamos a la conclusión de que el precurso es un procedimiento judicial, debemos proceder a clasificar al mismo en función a su finalidad. En orden a su verdadera finalidad, entendemos que el procedimiento judicial de precurso se debe encuadrar dentro de los procedimientos judiciales preventivos del proceso¹⁰²⁷, pues, a nuestro juicio, la esencial finalidad del precurso consiste en evitar el nacimiento del ulterior proceso jurisdiccional, *rectius*: concurso de acreedores, mediante la consecución de un acuerdo de refinanciación de la deuda con los acreedores (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional Cuarta) o, mediante la obtención de un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC). Asimismo, hay que decir que el procedimiento de precurso se asemejaba al procedimiento de conciliación y a los viejos procedimientos de quita y espera, y, el de suspensión de pagos (estos últimos ya derogados). La conciliación, el procedimiento de quita y espera y, el procedimiento de suspensión de pagos se configuraban como los tres procedimientos preventivos por excelencia regulados en el antiguo derecho positivo español¹⁰²⁸. La conciliación preventiva o anterior al proceso tendía a evitar el nacimiento de un ulterior juicio declarativo¹⁰²⁹, mientras que los antiguos procedimientos de: i) quita y espera y, ii) de suspensión de pagos

¹⁰²⁶ Artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. Publicada en el BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011.

¹⁰²⁷ Siguiendo la clasificación dogmática que elabora HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, vol. II, 8ª edición, elaborado por HERCE, ed. Artes Gráfica y ediciones, Madrid, 1979, pp. 177 y ss.

¹⁰²⁸ HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal Civil,...*, op. cit., pp. 177 y ss.

¹⁰²⁹ Vid. por todos a HERCE QUEMADA, V., «La conciliación como medio de evitar el proceso civil, en *RDP*, 1, enero-marzo, 1968, pp. 51-68; MONTERO AROCA, J., «La conciliación preventiva en el proceso civil», en *RJC*, n.º 4, 1971, pp. 139 y ss.

perseguían la eliminación del concurso y de la quiebra respectivamente. Otra de las notas comunes que caracterizaban a estos cuatro¹⁰³⁰ procedimientos preventivos es que su naturaleza jurídica hunde sus raíces en el ámbito de la jurisdicción voluntaria¹⁰³¹.

6.1.4. *El precurso como procedimiento preconcursal*

En la literatura especializada hubo algún autor que vino a defender la idea de que el precurso se configuraba como una mera fase preconcursal¹⁰³², pero a nuestro juicio, el precurso no era un fase preconcursal previa, puesto que si así se entendiera parecería que estuviéramos admitiendo que el precurso está conectado al concurso, considerándose al mismo una mera fase preconcursal o preliminar del propio concurso de acreedores. Como ya hemos dicho anteriormente, el precurso es un procedimiento autónomo e independiente del proceso concursal, por eso creemos que no era oportuno decir que nos encontrábamos ante una mera fase preconcursal. Según nuestro criterio, el procedimiento de precurso (viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC) es un procedimiento preconcursal. Decimos que es un procedimiento preconcursal porque se sustancia al margen del concurso, en un estadio temporal también denominado preconcursal. Es cierto que el precurso se tramita en un estadio temporal anterior a una eventual declaración judicial de concurso, pero ello no

¹⁰³⁰ Incluimos también al procedimiento de precurso. Como veremos a continuación, la naturaleza jurídica del procedimiento preventivo de precurso se debe encuadrar dentro de la esfera de la *jurisdicción voluntaria*; algún autor ya se pronunció, sin mayores argumentos, sobre dicha naturaleza del precurso. La profesora PULGAR EZQUERRA decía que la comunicación ex artículo 5.3 de la Ley Concursal «no constituía una medida cautelar ni una diligencia preliminar, sino un actuación que, de algún modo, se aproxima a un acto de jurisdicción voluntaria», véase PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 462; ídem., «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario», op. cit., p. 55; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática en trono a la declaración...*, op. cit., p. 58, concretamente en la nota al pie de página n.º 42, donde el autor dice que: «Cabría sostener, en sentido contrario, que la comunicación de la negociación preconcursal no supone en si un procedimiento judicial en el que varios litigantes someten al conocimiento de la jurisdicción competente su conflicto de intereses, de suerte que nos encontraríamos ante un supuesto de jurisdicción voluntaria que no requeriría contar con la preceptiva postulación procesal».

¹⁰³¹ Vid. HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal civil*, op. cit., pp. 178-179, 189 y 197.

¹⁰³² SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda), en *RcP*, n.º 11, 2009, pp. 89 y ss.; ídem., «Los cambios que afectan a la nueva propuesta anticipada de convenio, en <http://eprints.ucm.es/>, de 13 de mayo de 2009; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «La nueva fase...», op. cit., p. 1 y ss.

quiere decir que el precurso sea una *fase preliminar* (o la antesala) del propio proceso concursal; es más, el precurso no siempre precede al concurso¹⁰³³.

Con la reforma del año 2011¹⁰³⁴, el precurso no sólo servía para preparar un ulterior concurso (*antiquo* art. 5.3), sino que también servía para que el deudor que se encontraba en estado de insolvencia realizara, durante los cuatro meses (de moratoria temporal) que concede el precurso (3+1 meses), todo tipo de actuaciones concursales¹⁰³⁵ que coadyuvaran a evitar el concurso, y puede que lo consiga¹⁰³⁶; por eso decimos que el precurso no tiene por qué preceder siempre a una declaración judicial de concurso¹⁰³⁷, puesto que si el deudor acogido al precurso consiguiera *remover* o *prevenir* su estado de insolvencia, éste no tendría, llegado el vencimiento del plazo, la *carga* de instar la declaración judicial de concurso (art. 5.1). Por todo ello, el precurso –se convertía, a nuestro entender, en un potencial procedimiento *preventivo*¹⁰³⁸ del concurso (tanto necesario como voluntario), puesto que (en la actualidad) si deudor acogido al precurso logra alcanzar un acuerdo de refinanciación (Disp. Adicional 4ª y art. 71 bis 1 LC) o, alcanzaba un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss.), consiguiendo remover su estado de

¹⁰³³ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, V., «Apuntes sobre las obligaciones concursales...», op. cit., p. 973 y ss.

¹⁰³⁴ Operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicado en el BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011.

¹⁰³⁵ En la actualidad con el vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal las actuaciones concursales por las que pueda optar el deudor común acogido al precurso son: i) alcanzar un acuerdo de refinanciación de la Disposición Adicional Cuarta o del artículo 71 bis de la Ley Concursal; ii) instar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss LC) o, iii) la negociación de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

¹⁰³⁶ OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso y precurso», op. cit., p. 12.

¹⁰³⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Apuntes sobre las obligaciones concursales de los administradores», en *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, p. 973.

¹⁰³⁸ Para comprender la dinámica, el objeto y la finalidad de los procedimientos preventivos es conveniente consultar el trabajo de HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 177 y ss.

insolvencia, no tendrá la carga de instar el concurso una vez transcurran los plazos del precurso (art. 5 bis 5 *in fine* LC¹⁰³⁹)

Por ello cuando utilizamos la palabra precurso, estamos hablando tanto del periodo que puede preceder a una eventual declaración de concurso como aquél periodo en el que ésta se prevé y se tiende a evitar¹⁰⁴⁰ con actos o actuaciones precursoales. Algunos autores sugerían que quizá habría sido más razonable haber utilizado el prefijo «*para-*», en lugar del haber utilizado el prefijo «*pre-*», es decir, utilizar la palabra *paraconcurso*, en lugar de la palabra precurso ¹⁰⁴¹; pero a nuestro entender, la palabra *precurso* es más idónea que la palabra *paraconcurso* para referirnos al procedimiento *preventivo* albergado en el viejo artículo 5.3 y el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal, debido a que, a nuestro juicio, la palabra *paraconcurso* se mueve en otro ámbito de aplicación distinto al precursoal

Lo cierto es que dichas palabras se dirigen a escenarios jurídicos distintos y, es por ello, por lo que es preciso hacer un pequeño esfuerzo para delimitarlas correctamente. La palabra *paraconcursoal* podría tener cierta semejanza con la palabra *precursoal*, sobre todo si se afirma que el ámbito *paraconcursoal* está conformado por «medidas alternativas a las típicas concursales¹⁰⁴²»; para nosotros, los institutos o procedimientos precursoales también pueden calificarse de *alternativos* a la solución estrictamente concursal; pero dicha semejanza no significa que ambas palabras se puedan utilizar de forma indistinta, en todo caso.

¹⁰³⁹ Si durante la moratoria temporal que concede el procedimiento de precurso (art. 5 bis LC) el deudor alcanza con su acreedores un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos, removiendo con ello su estado de insolvencia, no tendrá la carga de instar la declaración judicial de concurso (art. 5 bis 5 *in fine*). Por lo tanto, como podemos ver en estos casos, en precurso opera como un verdadero procedimiento preventivo del concurso.

¹⁰⁴⁰ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso y precurso», op. cit., p. 12.

¹⁰⁴¹ Vid., OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso y precurso», op. cit., p. 12.

¹⁰⁴² ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias, en *RdBB*, n.º 29, año VIII, enero-marzo, 1988, p. 144.; es interesante realizar una lectura sosegada y completa del epígrafe: *el problema de la legitimad del derecho Paraconcursoal bancario*, vid., pp. 144-146.

Como apunta algún autor¹⁰⁴³, la *paraconcursalidad* es un concepto doctrinal de perfiles poco definidos y ligados a un conjunto de expresiones algunas de las cuales son más propias de un lenguaje político que de un lenguaje jurídico (entre otras: rescate, conservación, saneamiento, salvamento, intervención, incautación, secuestro, sanación, liquidación administrativa intervenida, intereses generales, ayudas públicas, reflotamiento, prevención). Se ha llegado a decir que el Derecho *paraconcursal* aglutina todo aquello *que transcurre paralelamente o junto a lo concursal*¹⁰⁴⁴, aunque, a nuestro entender, hay otros conceptos que explican con mayor precisión el contenido del Derecho *paraconcursal*. Como dice el profesor ROJO «existen dos pautas que marcan las notas características del Derecho *paraconcursal*, y que le diferencian claramente del Derecho *preconcursal*; por un lado la especialidad y, por otro, la excepcionalidad; en primer lugar, el Derecho *paraconcursal* se caracteriza por la especialidad, en cuanto que se ha desarrollado en sectores económicos especiales, donde el Ordenamiento jurídico establece potestades de vigilancia y control; por otro lado resalta la excepcionalidad, al aplicarse a empresas o grupos de empresas que por razones de dimensión o de complejidad hacían entrar en juego el criterio político de oportunidad¹⁰⁴⁵. Finalmente, aunque con frecuencia se presentan formalmente como medidas preconcursales, las medidas administrativas y asimiladas de intervención y saneamiento de empresas en crisis constituyen en realidad, soluciones alternativas a las típicamente concursales. Por lo general, a través de ellas no se trata de evitar la crisis, sino sencillamente eliminarla o, en otro caso, paliar sus negativos efectos»¹⁰⁴⁶.

Es cierto que también pudiera decirse que «la normativa *paraconcursal* era el conjunto de reglas que se han venido promulgando en atención a las necesidades concretas de cada caso que se presentaba y, en gran medida, como

¹⁰⁴³ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial e instituciones paraconcursales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 249.

¹⁰⁴⁴ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial...*, op. cit., p. 255.

¹⁰⁴⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Aspectos civiles y mercantiles...», op. cit., p. 144.

¹⁰⁴⁶ Vid., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Aspectos civiles y mercantiles...», op. cit., p. 144.

consecuencia de las crisis económicas de aquellos sectores más significativos de la economía de un país, fundamentalmente, las entidades financieras, integradas por las entidades de crédito, seguros y agentes de inversión»¹⁰⁴⁷.

El profesor DEL GUAYO¹⁰⁴⁸ clasifica las instituciones paraconcursoales en dos tipos: «i) Son *paraconcursoales* las medidas públicas destinadas al salvamento o rescate de empresas en crisis económica, que pueden ser de naturaleza preventiva (evitar que se abra el concurso) o, de naturaleza *sanatoria* (medidas especiales que se llevan a cabo en seno de un proceso concursal ya abierto), en atención a los importantes intereses generales que se ponen en juego, que son distintos de los intereses de las partes en un proceso concursal, y que deben sanearse mediante la técnica de la intervención de la empresa o la ayuda pública (o ambas a la vez); y, ii) Por otro lado, está el Derecho administrativo *paraconcursoal* que está compuesto por las especialidades que el propio Ordenamiento concursal (la Ley Concursal, pero exclusivamente), regula para el concurso de determinadas empresas, como las entidades financieras: entidades de crédito y sociedades de inversión; y de entidades de aseguradoras. En estos casos lo *paraconcursoal* consiste en un conjunto de especialidades en el seno del concurso de acreedores ya abierto que operan de modo paralelo al proceso concursal –lo administrativo acompaña a lo concursal–; en este caso, el Derecho *paraconcursoal* sería el que introduce especialidades en el concurso de acreedores por razón de la naturaleza de la empresa»¹⁰⁴⁹.

Pero, tal y como argumenta ROJO, el Derecho *paraconcursoal* «está conformado por las distintas normas legales administrativas que el Ordenamiento dispone para dar tratamiento a las situaciones concursales de determinadas entidades sometidas a un control especial: entidades de crédito, empresas de inversión y entidades de seguro, cuyas *medidas* principales (con las diferencias y especialidades de cada sector) son: la intervención de dichas

¹⁰⁴⁷ CANDELARIO MACÍAS, M^a.I., «Procedimientos paraconcursoales: ¿regulación administrativa o judicial de los concursos?, en *Rej-Unesp, Franca*, A.14, n.º 20, 2010, p. 75.

¹⁰⁴⁸ DEL GUAYO CASTIELLA, Í., «Sector público empresarial...», op. cit., p. 255.

¹⁰⁴⁹ Vid. DEL GUAYO CASTIELLA, Í., «Sector público empresarial...», op. cit., p. 255.

entidades (con sustitución de los órganos de administración y de dirección) y la liquidación de las mismas¹⁰⁵⁰. No existe en nuestro Ordenamiento jurídico un Derecho *paraconcursal* general sino Derechos *paraconcursoales* sectoriales, dependiendo del sector don opere la entidad sometida a ese control administrativo especial. Además, estas medidas administrativas pueden adoptarse cuando no se haya dado o no la declaración del concurso (Disp. Adicional 2ª); en los casos en los que el concurso se hubiera declarado, estaríamos ante un concurso sometido a un régimen especial por razones del interés público presente en esas entidades para la estabilidad del sistema financiero (en sentido amplio)¹⁰⁵¹.

Después de los anteriores argumentos parece claro que la palabra *paraconcurso* no es idónea para identificar al procedimiento regulado en el viejo art. 5.3, y el actual 5 bis de la Ley Concursal, pues como hemos podido comprobar, la palabra *paraconcursal* o *paraconcurso* se utiliza para definir otros derechos especiales y extraordinarios cuya alcance se dirige a otro ámbito de aplicación (entidades sectoriales sometidas a control); sobre todo se utilizaba para regular (dentro de la ley Concursal y, en otras leyes especiales) las especialidades para dar tratamiento a las excepcionales situaciones concursales de determinados sectores sometidos a supervisión y control administrativo (entidades financieras, aseguradoras, sociedades de inversión), que debido a la naturaleza de la entidad, la complejidad, la dimensión y el interés general que subyace en dichas situaciones, hace que sea necesario prever especialidades que operen en paralelo a la normativa ordinaria concursal (*paraconcurso administrativo*¹⁰⁵²). Asimismo, el Derecho *paraconcursal* es un disciplina que se aplica a situaciones concursales en sectores sometidos a supervisión administrativa, que debido al interés general que subyace en dichas situaciones (en aras de la estabilidad del sistema financiero), se hacía necesario contar con

¹⁰⁵⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho concursal», op. cit., pp. 897-898.

¹⁰⁵¹ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho concursal», op. cit., p. 898.

¹⁰⁵² ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, ed. La Ley, 2ª edición, Madrid, 2009, pp. 914 y ss.

especialidades que se adaptaran efectivamente a dichas situaciones de crisis extraordinarias, puesto que desde antiguo se ha venido manifestando una marcada inadecuación del Derecho concursal al sector público económico¹⁰⁵³.

En conclusión, por todo lo realmente apuntado, debemos dejar patente que el procedimiento albergado en el viejo artículo 5.3 y actual 5 bis de la Ley Concursal, en ningún caso puede denominarse *paraconcurso*, puesto que, en todo caso, el procedimiento de precurso (viejo art. 5.3, actual 5 bis LC) no ofrece tratamiento preventivo a entidades sectoriales sometidas a supervisión ni sometidas a medidas de supervisión y control: (entidades financieras: de crédito, aseguradoras, sociedades de inversión), sino que regula un procedimiento preventivo (general) del concurso en la propia Ley Concursal como norma ordinaria general, no dirigido a entidades especiales sometida a control; el precurso no está configurado para prevenir las insolvencia de entidades sectoriales complejas, de grandes dimensiones, y que estén bajo supervisión administrativa, sino que regula un procedimiento general alternativo al concurso dirigido tanto a persona físicas como jurídicas.

2. El precurso como procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria

Cuando se incoa el procedimiento de precurso a través de la solicitud del deudor común (viejo art. 5.3, actual artículo 5 bis LC) no entabla acción judicial alguna, y, por ende, tampoco está instando ningún proceso jurisdiccional (contencioso). Tanto el juez que conocía de la comunicación de precurso en el derogado art. 5.3 de la Ley Concursal como el actual *letrado de la Administración de Justicia* competente para conocer de la misma (art. 5 bis LC), no ejercían la potestad jurisdiccional (ex art. 117.3), sino que simplemente intervenían como meros receptores de las comunicaciones (viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis); por lo tanto, ni enjuiciaban, ni declaraban derechos por la existencia de un conflicto intersubjetivo de partes contendientes, como si de un proceso contencioso se tratara. En nuestra opinión, la verdadera naturaleza

¹⁰⁵³ GARCÍA VILLAVARDE, R., «Instituciones concursales y paraconcursoales: el ámbito de una reforma», en *RFDUC*, marzo 1985, p. 195-196; DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, ed. La Ley, monografía *RdCyP*, n.º 14, Madrid, 2011, p. 217.

jurídica del precurso (viejo art. 5.3 y el actual art. 5 bis) descansa sobre los terrenos de la «jurisdicción voluntaria». El precurso es un *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*¹⁰⁵⁴ al margen del concurso de acreedores (proceso jurisdiccional en sentido estricto). En este sentido, es cierto que algún autor, sin mayores argumentos, ya afirmó dicha naturaleza sobre la comunicación del inicio de negociaciones del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, negando que dicha comunicación pudiera ser entendida como una medida cautelar o, como una diligencia preliminar¹⁰⁵⁵.

El profesor GÓMEZ ORBANEJA, siguiendo la tesis de WACH, decía que la finalidad de la jurisdicción voluntaria consistía en la producción o constitución negocial, es decir, producción de *derechos subjetivos* nuevos o cooperación a esa producción¹⁰⁵⁶ o, como bien apuntaba el profesor Valentín CORTÉS en la jurisdicción voluntaria se *completan* nomas jurídicas, para que las mismas produzcan sus efectos¹⁰⁵⁷. Y esto es lo que, en puridad, ocurre en el

¹⁰⁵⁴ Somos partidarios de utilizar la terminología de HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal...*, op. cit. pp. 377 y ss., puesto que nosotros también defendemos la idea de que los expedientes de jurisdicción voluntaria son un tipo de procedimientos judiciales, donde el funcionario competente para conocer de la solicitud, no ejerce, en ningún caso, potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), ni aplica ni declara derechos subjetivos, sino que, completa las normas jurídicas para que éstas produzcan efectos o, si se quiere, el objeto de la jurisdicción voluntaria es la realización de actos jurídicos que permiten el ejercicio de los derechos subjetivos (siguiendo el concepto dogmático de jurisdicción voluntaria de los profesores: Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y Juan DAMIÁN MORENO); vid DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Almacén de Derecho*, 3 de julio de 2015, <<http://almacendederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>>; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV)», en *Otra opinión, la jurídica*, 18 junio 2015, http://otraopinionjuridica.blogspot.com.es/2015_06_01_archive.html.

¹⁰⁵⁵ La profesora PULGAR EZQUERRA decía que la comunicación ex artículo 5.3 de la Ley Concursal «no constituía una medida cautelar ni una diligencia preliminar, sino un actuación que, de algún modo, se aproxima a un acto de jurisdicción voluntaria», véase PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 462; ídem., «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario», op. cit., p. 55; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática en trono a la declaración...*, op. cit., p. 58, concretamente en la nota al pie de página n.º 42, donde el autor dice que: «Cabría sostener, en sentido contrario, que la comunicación de la negociación preconcursal no supone en si un procedimiento judicial en el que varios litigantes someten al conocimiento de la jurisdicción competente su conflicto de intereses, de suerte que nos encontraríamos ante un supuesto de jurisdicción voluntaria que no requeriría contar con la preceptiva postulación procesal».

¹⁰⁵⁶ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 729.

¹⁰⁵⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV)», en *Otra opinión, la jurídica*, 18 junio 2015:

procedimiento de precurso, el juez en al antiguo artículo 5.3, o el Letrado de la Administración de Justicia (nuevo art. 5 bis) cuando conocían de la *comunicación de precurso* no declaraban derechos subjetivos, sino que con la «mera» recepción de la solicitud de precurso cooperaban (con su auto o con su decreto) para permitir o facilitar el ejercicio de los derechos del deudor; en nuestra opinión, el deudor que solicita el precurso busca comunicar al juez (viejo artículo 5.3 LC) o al Letrado de la Administración de Justicia (nuevo art. 5 bis) que ha iniciado negociaciones para alcanzar: i) un acuerdo de refinanciación con sus acreedores; ii) adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o, iii) un acuerdo extrajudicial de pagos. Las tres opciones (soluciones) arriba señaladas se pueden considerar como los *derechos subjetivos* del deudor por los que podrá optar dentro del procedimiento de precurso. Por ello, el precurso (viejo art. 5.3, actual 5 bis LC) como *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*, coopera o facilita el ejercicio de esos derechos, es decir en él se realizan los actos jurídicos necesarios para permitir o facilitar que el deudor pueda ejercitar sus derechos, intentando con ello, remover o prevenir el estado de insolvencia (ya sea actual o inminente), lo que conllevaría la evitación del concurso de acreedores.

La recientemente aprobada Ley de Jurisdicción Voluntaria¹⁰⁵⁸ dice que «se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso» (art. 1.2 LJV). Aunque como apunta el profesor DAMIÁN MORENO, dicha tutela no es tal, sino más bien es un puro espejismo. «La jurisdicción voluntaria no tiene (ni debe tener) por objeto la *tutela* de los derechos subjetivos, sino la realización de actos jurídicos

http://otraopinionjuridica.blogspot.com.es/2015_06_01_archive.html.

¹⁰⁵⁸ Vid. Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, publicada en el BOE nº 158, de 3 de julio de 2015.

que permitan o faciliten su ejercicio»¹⁰⁵⁹. Asimismo, debemos tener en cuenta que en la jurisdicción voluntaria no es necesaria la intervención del juez pues (cfr. Art. 5 bis LC), en dichos procedimientos no se aplican ni se declaran derechos subjetivos, sino que el Estado –la jurisdicción voluntaria es una función del poder del estado, confiada a órganos suyos¹⁰⁶⁰– a través de funcionarios habilitados completa, en determinadas ocasiones, las normas jurídicas para que éstas produzcan determinados efectos¹⁰⁶¹.

En nuestra opinión, entendemos que el precurso (ex art. 5 bis LC), como *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*¹⁰⁶², debía haberse regulado en la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria¹⁰⁶³, concretamente, dentro del Capítulo VIII, donde se regulan los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia mercantil; a pesar del *lapsus calami* del legislador, al no incluir el procedimiento de precurso en dicha Ley, debemos decir que la naturaleza jurídica del precurso (ex art. 5 bis LC) en ningún caso se ve afectada.

3. Distinción con otras figuras afines

3.1. El precurso no es una diligencia preliminar

A pesar de lo que se pudiera pensar, el procedimiento de precurso (viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis) no era un procedimiento *preliminar*; tampoco lo

¹⁰⁵⁹ DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Almacén de Derecho*, 3 de julio de 2015, <<http://almacenderecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>>;

¹⁰⁶⁰ GÓMEZ ORBANEJA, E., en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª edición, ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1951, p. 728.

¹⁰⁶¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV)», en http://otraopinionjuridica.blogspot.com.es/2015_06_01_archive.html, (consultado en julio 2015).

¹⁰⁶² A pesar de que la ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, los denomina expedientes de jurisdicción voluntaria, a nosotros nos parece más idóneo denominarlos como procedimientos judiciales de jurisdicción voluntaria, sobre todo cuando se sustancia ante el Letrado de la Administración de Justicia.

¹⁰⁶³ Véase la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, publicada en el BOE n.º 158, de 3 de julio, de 2015.

eran, a nuestro juicio, los viejos procedimientos de quita y espera y, el de suspensión de pagos (actualmente derogados). Según la doctrina procesalista¹⁰⁶⁴, los procedimientos preliminares había que distinguirlos de los procedimientos preventivos y de los prejudiciales, debido a la diversa finalidad que perseguían los mismos. Es cierto que los procedimientos *preparatorios* pueden identificarse con los procedimientos *preliminares* como así se ha venido observando en nuestra legislación española¹⁰⁶⁵, y, por tanto, este tipo de procedimientos carecerían de autonomía propia, constituyendo un primer tramo del proceso principal al que preparan¹⁰⁶⁶. Sin embargo, el precurso no debe identificarse con un procedimiento *preliminar* del posterior concurso, puesto que, en puridad, entendemos que se trata de un procedimiento *preventivo*, independiente y autónomo del propio concurso de acreedores.

Durante los primeros dos años de vigencia del precurso (viejo art. 5.3), algún juzgado de lo mercantil¹⁰⁶⁷ optó por denominar «*diligencias preliminares de concurso*» a la comunicación del inicio de negociaciones (viejo art. 5.3 LC), imaginamos que por las posibles semejanzas que pudieran existir entre ambas figuras. Partiendo de la base de que la naturaleza jurídica del precurso (viejo art. 5.3, actual 5 bis LC) descansa en el ámbito de la *jurisdicción voluntaria*, es cierto que dicho procedimiento judicial puede presentar una doble finalidad: i) la *preparatoria* del posterior concurso, en los casos en los que el deudor común – durante el precurso – opte por negociar

¹⁰⁶⁴ FAIRÉN GUILLÉN, V., «La solicitud de concurso por el deudor en la nueva ley concursal», en *RDM*, n.º 251, enero-marzo de 2004, p. 239.

¹⁰⁶⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «En torno a la noción de proceso preliminar», en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, ed. Universidad Nacional autónoma de México, México, 1974, p. 457.

¹⁰⁶⁶ Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., «La solicitud de concurso...», op. cit., p. 239.

¹⁰⁶⁷ Véase, por todos, el auto del juzgado de lo mercantil n.º 1 de Pontevedra, de 1 de septiembre de 2009, cuyo encabezado numera por orden de registro *las diligencias preliminares de concurso*, refiriéndose a un comunicación del inicio de negociaciones del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal. En la parte dispositiva del auto se dice que: «*Los únicos efectos sustantivos de dicha comunicación, al margen de los formales propios de la incoación de unas denominadas «diligencias preliminares de concurso» a efectos informáticos y de registro, son la prórroga del deber de presentación de la solicitud de concurso para el deudor que está en situación de insolvencia actual y el cierre temporal o blindaje frente a las solicitudes de concurso necesario que durante ese tiempo se presenten*».

adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (viejo art. 5.3 y actual 5 bis LC); y, ii) la *preventiva* del concurso, en los casos en los que el deudor opte por negociar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis y Disp. Adicional cuarta) o, decida instar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC). En el proceso civil español la actividad *preparatoria* del mismo viene encomendada a las partes; son ellas las encargadas de realizar todas las actividades o actuaciones pertinentes, encaminadas a la preparación del proceso jurisdiccional que pretenden iniciar. A pesar de ello, es cierto que, en muchas ocasiones, el actor que pretende incoar un proceso jurisdiccional, carece de los elementos necesarios o de la información suficiente para poder redactar e interponer el escrito de demanda con ciertas garantías de éxito. Por ello, en dichas ocasiones, el actor se ve obligado a solicitar el auxilio del juez mediante la *solicitud* de las denominadas *diligencias preliminares*¹⁰⁶⁸ para obtener la información o los datos necesarios que le permitan demandar con ciertas garantías¹⁰⁶⁹.

Las *diligencias preliminares* vienen reguladas en el Capítulo II, del Libro II, concretamente en los artículos 256 y siguientes de la vigente Ley de

¹⁰⁶⁸ Las denominadas *diligencias preliminares* no son algo desconocido y/o novedoso introducido por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sino que cuentan con un larga tradición en nuestra legislación procesal; a parte de los precedentes existentes en el Derecho romano, las *diligencias preliminares* comenzaron a tomar carta de naturaleza desde un punto de vista positivo en la regulación de las «partidas». Posteriormente, venían siendo reguladas en un sólo artículo de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, aunque, en dicha Ley, no se recogía procedimiento alguno para llevarlas a cabo, ni sanción judicial ante el caso de negativa por parte del sujeto pasivo que las sufría (futuro demandado), a acceder a lo solicitado. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, intentó resolver –aunque insatisfactoriamente– el problema que se presentaba en la Ley de 1855. Finalmente, se promulgó la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y por fin vino a introducir un procedimiento completo para la solicitud de diligencias preliminares, y, además, reforzó las medidas coercitivas que podía decretar un juez ante la negativa del sujeto pasivo que las sufre (futuro demandado) a acceder a lo solicitado en dichas diligencias (art. 261 LEC). Vid., la evolución legislativa de las diligencias preliminares en PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Efectos de las diligencias preliminares sobre el proceso ulterior: la negativa del requerido a llevar a cabo la diligencia acordada», en *Diario La Ley*, n.º 6598, sección doctrina, 24 de noviembre de 2006, año XXVII, p. 4.

¹⁰⁶⁹ DAMIÁN MORENO, J., «Actividades judiciales de preparación. las diligencias preliminares», en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA (coords.), AA.VV, *La nueva ley de Enjuiciamiento Civil: Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, tomo II, por Juan DAMIÁN MORENO, ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 18 y ss.

Enjuiciamiento Civil¹⁰⁷⁰; se las puede definir como las actividades judiciales *instrumentales* al servicio del actor que sirven para obtener la información necesaria para poder demandar con garantías de éxito¹⁰⁷¹. Las *diligencias preliminares* se caracterizan por su *instrumentalidad* frente al proceso jurisdiccional ulterior que se pretende instar; la finalidad esencial de las *diligencias preliminares* es la *preparación* del juicio propiamente dicho o, incluso, en algunos casos, pueden tener una finalidad *cautelar*, cuando se pretenda asegurar lo que sea objeto del juicio¹⁰⁷².

Las *diligencias preliminares* no pueden ser decretadas *ex officio* por lo que serán, en todo caso, a instancia de parte (*principio de justicia rogada*). En contra de lo que defienden algunos autores¹⁰⁷³, la solicitud de *diligencias preliminares* no pone en marcha ningún proceso jurisdiccional¹⁰⁷⁴, puesto que el juez que acuerda una *diligencia preliminar* no está declarando derechos ni realiza

¹⁰⁷⁰ Véanse los artículos 256 a 263 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE n.º 7, de 8 de enero de 2000. Vid. DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español. Organización judicial. Proceso civil*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 166-167.

¹⁰⁷¹ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «Actividades judiciales de preparación...», op. cit. p. 18; también del mismo autor vid., en *Introducción al sistema judicial...*, op. cit., p. 166-167.

¹⁰⁷² Sobre la finalidad cautelar se pronuncia LORCA NAVARRETE, A., «La regulación de las diligencias preliminares en la LEC: una regulación inconstitucional», *Diario La Ley*, n.º 6, 2000, D-201, pp. 1918 y ss. Dicho autor defiende que a pesar de que las diligencias preliminares no constituyen una modalidad de tutela judicial efectiva cautelar en sentido estricto, su justificación si puede revestir tal carácter (cautelar), aunque *no en todos los casos* como bien señala PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Efectos de las diligencias preliminares sobre el proceso ulterior: la negativa del requerido a llevar a cabo la diligencia acordada», en *Diario La Ley*, n.º 6598, sección doctrina, 24 de noviembre de 2006, año XXVII, véase nota al pie de página n.º 17; Vid. DAMIÁN MORENO, J., «Actividades judiciales de preparación...». op. cit., p. 18.

¹⁰⁷³ En la doctrina existen diversos autores que defienden que las *diligencias preliminares* son actividad jurisdiccional de naturaleza contenciosa, véase a GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, tomo II, Madrid, 1968, pp. 659 y ss. Dicho autor afirmaba que nos encontrábamos ante un proceso completo: un *proceso de aclaración* de las cuestiones que puedan surgir antes del nacimiento de un proceso principal; e, incluso, defendía la idea que el juez en los procesos de solicitud de *diligencias preliminares* si declaraba derechos; ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares en el proceso penal*, ed. J.M^a. Bosch editor, Barcelona, 1992, p. 56; BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 1994, pp. 31 y ss.; PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Efectos de las diligencias preliminares sobre el proceso ulterior...», op. cit., p. 5.

¹⁰⁷⁴ Vid. DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial...*, op. cit., p. 166-167

actividad jurisdiccional alguna¹⁰⁷⁵, por esa razón, entendemos que las decisiones judiciales que resuelvan dichas solicitudes no surten el efecto de la *cosa juzgada* (art. 258 LEC)¹⁰⁷⁶.

En nuestra opinión, la solicitud de *diligencias preliminares* debe entenderse como un verdadero procedimiento judicial de *jurisdicción voluntaria*¹⁰⁷⁷. El actor, a través de este cauce, pide el auxilio del juez para *completar* información personal sobre el futuro demandado, así como *obtener* documentos y objetos *necesarios* para poder iniciar con éxito el proceso¹⁰⁷⁸. Además, debemos tener en cuenta de que la solicitud de *diligencias preliminares* es una actividad contingente en el proceso civil (dichas diligencias son un facultad del futuro actor, que se hace valer de las mismas a la hora pretender iniciar un proceso, en los casos en los que sea necesario), puesto que, normalmente, las relaciones jurídico-privadas son conocidas entre las partes *contendientes*, a diferencia de lo que ocurre con la preceptividad de la fase de instrucción sumarial en el proceso penal español¹⁰⁷⁹. En virtud del *principio de*

¹⁰⁷⁵ DE LA OLIVA, SANTOS, A., en DE LA OLIVA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/VEGAS TORRES, (autores), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 226; MORENO CATENA, V., «Actos previos al proceso», en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., (autores), *Derecho procesal civil. Parte general*, 8ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 124. Así parece entenderlo también el profesor MORENO CATENA, pues, como bien apunta, el juez en este procedimiento no interviene declarando derechos.

¹⁰⁷⁶ En contra se pronuncian ÁLVAREZ ALARCÓN, que entendía que la decisión judicial denegando una *diligencia preliminar* solicitada, una vez firme, produce efectos de la cosa juzgada, no pudiéndose nuevamente instar como tal dicha diligencia. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares...*, op. cit., pp. 56-57; BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2003, p. 32;

¹⁰⁷⁷ Siguiendo la tesis de HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE, *Derecho Procesal Civil*, 8ª edición, vol. II, por HERCE QUEMADA, ed. Artes Graficas, 1979, pp. 166-167. HERCE clasifica a las diligencias preliminares dentro de los procedimientos preparatorios del ulterior proceso. Acertadamente también nos ilustra diciendo que en este tipo de procedimientos no existe acto de decisión ni declaración de derechos por parte del juzgador, por tanto, nos encontramos en el sector de la jurisdicción voluntaria; en el mismo sentido se pronuncia el profesor DE LA OLIVA, que dice que las diligencias preliminares son un procedimiento judicial porque dichas actividades se desarrollan ante los órganos judiciales, pero, en ningún caso, se realiza actividad de naturaleza jurisdiccional, por tanto nos encontramos en los terrenos de la denominada jurisdicción voluntaria, ante la ausencia de controversia alguna. Véase a DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 226.

¹⁰⁷⁸ MORENO CATENA, V., «Actos previos...», op. cit., p. 124.

¹⁰⁷⁹ Vid. MORENO CATENA, V., «Actos previos...», op. cit., p. 124.

igualdad, las *diligencias preliminares* serán acordadas siempre y cuando sean absolutamente necesarias y adecuadas, por lo tanto, si no fueran estrictamente necesarias, ni concurriera *justa causa e interés legítimo* la medida solicitada sería rechazada de plano por parte del juzgador (art. 258)¹⁰⁸⁰.

Es cierto que, el carácter *instrumental* que puede aflorar en el procedimiento judicial de concurso (viejo art 5.3, actual 5 bis), hace que el mismo pudiera tener ciertas semejanzas con la actividad *preparatoria* llevada a cabo por el actor en las solicitudes de *diligencias preliminares* (arts. 256 y ss. LEC), sobre todo, en los casos en los que el deudor se acoja al mismo para *negociar* las adhesiones para la admisión a trámite de una *propuesta anticipada de convenio* (viejo art. 5.3 y actual art. 5 bis LC). Como ya hemos dicho en otro lugar¹⁰⁸¹, dejando al margen los casos en los que el deudor se acoja al concurso con la intención de negociar un *acuerdo de refinanciación* (viejo art. 5.3, y actual 5 bis LC), se pudiera decir que el procedimiento concurso opera como si de una diligencia preliminar *sui generis* se tratara, pues, el deudor cuando comunica al juez que ha iniciado las negociaciones de adhesiones a un propuesta anticipada de convenio, está llevando a cabo una actividad preparatoria del concurso posterior, como ocurre con la solicitud de *diligencias preliminares* respecto del proceso ulterior que se pretende incoar; si el deudor consiguiera las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (art. 106 LC), incoaría el concurso para aprobar un convenio en un tiempo relativamente corto (solución de convenio), que le permitía salir del concurso de forma rápida con un convenio aprobado judicialmente que garantizaría la refinanciación y la viabilidad de la empresa concursada¹⁰⁸².

¹⁰⁸⁰ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «Actividades judiciales de preparación...», op. cit., p. 18.

¹⁰⁸¹ GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del 'pre-concurso' en la reforma de la Ley Concursal», en *Diario Económico Expansión*, 10 de enero de 2011, sección opinión, p. 31.

¹⁰⁸² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 LC...», op. cit., p. 175

Como podemos observar, el deudor común que opta por solicitar el precurso con la intención de negociar las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (viejo art. 5.3 y actual 5 bis), busca un espacio temporal donde llevar a cabo dichas negociaciones, para –si se nos permite– *preparar* el concurso que solicitará tras el trascurso de la moratoria temporal de cuatro meses (3+1); si consigue las adhesiones necesarias, entendemos, que podrá instar el concurso con una propuesta anticipada de convenio secundada previamente por los acreedores, que será aprobada judicialmente en el seno del concurso. En conclusión, al igual que ocurre con las *diligencias preliminares*, la consecución de adhesiones suficientes a una propuesta anticipada de convenio en sede de precurso (se consigue una propuesta que garantice cierto éxito en la tramitación del concurso), permitirá al deudor solicitar el concurso con ciertas garantías de éxito, al adjuntar a la solicitud de concurso una propuesta anticipada de convenio que podrá ser aprobada judicialmente en poco tiempo en el seno de la fase de convenio del concurso (art 106 LC). Pero, a pesar de las posibles semejanzas que se puedan detectar a la hora de hablar de la finalidad *preparatoria* que pudiera desprenderse –en algunos casos– de ambos procedimientos, somos conscientes que las patentes diferencias entre ambos procedimientos hacen que no sea posible entender al precurso como si de una *diligencia preliminar* se tratara.

3.2. El precurso no es una medida cautelar

Las *medidas cautelares* se pueden definir como «el derecho frente al Estado por el que se pide se *asegure* la plena efectividad de la futura sentencia de condena durante el tiempo que se tarde en tramitar el procedimiento (art. 721.1 LEC)»¹⁰⁸³. En cuanto a su naturaleza jurídica, el derecho a la medida cautelar o al aseguramiento de la tutela plena de las sentencias es un puro derecho procesal¹⁰⁸⁴. Debemos tener en cuenta que es tan acción procesal como la tutela declarativa o como la tutela ejecutiva, por lo tanto, dicho derecho se solicita

¹⁰⁸³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil, Parte general*, (con MORENO CATENA, V.), 8ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 439.

¹⁰⁸⁴ *Ibíd.*, p. 439.

ante los órganos jurisdiccionales a través de un proceso *instrumental* de otro proceso principal; dicha *instrumentalidad* o dependencia del proceso principal no significa que el proceso a través del cual se solicitan medidas cautelares no sea autónomo, ya que la acción *cautelar* es tan autónoma como lo es la propia acción *declarativa de condena*¹⁰⁸⁵. Según podemos observar las medidas cautelares no se asemejan, en ningún caso, al procedimiento de preconcursos (viejo art. 5.3, actual 5 bis), pues como ya sabemos en el preconcursos no se ejercita acción procesal alguna, y mucho menos, la cautelar.

Como ya hemos afirmado, el preconcursos es un *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*¹⁰⁸⁶, por tanto, en ningún caso se puede asimilar a los procesos jurisdiccionales en los que se solicitan *medidas cautelares*, en los que el juez competente *enjuicia* y *declara* el *derecho* a la medida cautelar o al aseguramiento de la tutela plena de las sentencias. En el preconcursos el juez no declaraba derechos (viejo art. 5.3) y, en el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal, tampoco los puede declarar el letrado de la Administración de Justicia, por motivos obvios.

3.3. El preconcursos versus el acto de conciliación

A pesar de que el «preconcursos» comparta naturaleza jurídica y finalidad con el «acto de conciliación», pues, en nuestra opinión, ambos son procedimientos judiciales de *jurisdicción voluntaria*¹⁰⁸⁷ y tienen una eminente finalidad *preventiva* del proceso, hemos de decir que, en puridad se trata de dos procedimientos distintos. El acto de conciliación se debe encuadrar dentro de los denominados medios de resolución de conflictos *autocompositivos*¹⁰⁸⁸, donde

¹⁰⁸⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil...*, con MORENO CATENA, op. cit., p. 440.

¹⁰⁸⁶ Utilizando la terminología de HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal civil...*, con GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., p. 377 y ss.

¹⁰⁸⁷ En este sentido nos gusta utilizar la denominación del profesor HERCE: «*procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*», véase en HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal Civil...*, con GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pp. 377 y ss.

¹⁰⁸⁸ MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil...*, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., op. cit., p. 120.

las partes en conflicto cobran especial protagonismo, pues, en dicho acto pueden poner fin al mismo, *renunciando* a sus posiciones iniciales mediante: *el desistimiento, la renuncia o la transacción*. Son las partes las que voluntariamente resuelven la controversia (autocomposición), pero ello no obsta para que también pueda intervenir en dicha conciliación un tercero que se sitúa *inter partes*, llamado a cooperar (sin imponer) en la solución a la que lleguen las partes controvertidas. Como es de sobra conocido, la actividad desarrollada por las partes en el «acto de conciliación» es considerada un acto de *jurisdicción voluntaria*¹⁰⁸⁹, en el que generalmente no está prevista la intervención del juez, siendo preferible la solución del litigio por acuerdo de las partes, a la solución impuesta por un tercero por muy imparcial que pueda ser¹⁰⁹⁰. El acto de conciliación que se ha venido desarrollando tradicionalmente ante el juez con carácter previo al proceso, pero en la actualidad se atribuye la competencia a los

¹⁰⁸⁹ En el Ordenamiento jurídico español, el profesor GUASP entendía que la conciliación era una figura de derecho procesal; es decir, él entendía que era *proceso de cognición especial*, enclavado en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, y que clasificaba dentro de los procesos que él denominaba de *eliminación*, vid., GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal civil*, ed. Instituto de estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 1234 y ss.; a pesar de la tesis del profesor GUASP, la doctrina mayoritaria entendía que la conciliación se debía encuadrar dentro del ámbito de la *jurisdicción voluntaria*, puesto que, ésta no era un verdadero proceso jurisdiccional, véase toda la doctrina que sigue esta segunda tesis a HERCE QUEMADA, V., «La conciliación como medio de evitar el proceso civil», en *RDP*, n.º 1, enero-marzo, 1968, p. 58; también vid. en HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, vol. II, 8ª edición, ed. Artes Graficas ediciones, Madrid, 1979, p. 179; MONTERO AROCA, J., «La conciliación preventiva en el proceso civil», en *RJC*, n.º 4, octubre-diciembre 1971, año LXX, pp. 883-885, puesto que el entiende que: «La conciliación, como especie autocompositiva de poner fin a los litigios, en la que interviene un tercero que se encuentra *inter partes*, cuando es confiada a un órgano judicial ha de ser proceso o acto de jurisdicción voluntaria. No cabe mantener una tercera posición frente a las otras dos contrapuestas expresadas. En dicho trabajo, el autor parece que se separa de la idea de que la conciliación es un proceso (tal y como planteaba GUASP), para dejar paso a la jurisdicción voluntaria; Tampoco parecía entender a la conciliación como un proceso, ni siquiera especial MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.Mª., «El acto de conciliación en el proceso penal», en *RDPIb*, n.º 2, 1969, pp. 422 y ss.; En la actualidad, el profesor MORENO CATENA también entiende que la naturaleza jurídica de la conciliación descansa sobre la jurisdicción voluntaria, véase en MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil...*, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., op. cit., p. 120.

¹⁰⁹⁰ Como bien apunta el profesor MORENO CATENA: «Tradicionalmente la conciliación se configuraba en el proceso civil como un verdadero presupuesto de admisibilidad de la demanda, que debía ser verificado por el juez antes de admitir a trámite la misma. Por lo tanto, la conciliación era de paso obligatorio para los litigantes en el proceso civil. Debido al escaso éxito que tuvo durante casi dos siglos, con la reforma de la Ley procesal civil de 1984, pasó a ser facultativa para las partes, puesto que antiguamente se había configurado como una mera formalidad, que había que salvar dentro de la carrera de obstáculos que había que salvar dentro del proceso civil». Cfr. MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil...*, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., op. cit., p. 120.

letrados de la Administración de Justicia de los juzgados de primera instancia, manteniéndose, también para los jueces de paz (art. 140 LJV).

Al igual que ocurre con el procedimiento de precurso (viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis LC), el procedimiento de conciliación es *facultativo* para las partes, al que podrán acudir antes de iniciar un proceso con el objeto de intentar evitarlo (art. 139.1 LJV). No obstante a lo anterior, la conciliación no se puede intentar siempre antes de cualquier tipo de proceso civil, el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción voluntaria dispone que no se admitan a trámite solicitudes de conciliación que se formulen en relación con: *i) los juicios en que estén interesados los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes; ii) los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y, las demás Administraciones Públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza; iii) el proceso de responsabilidad civil contra jueces y magistrados y, iv) en general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.*

Si, a pesar de la prohibición establecida por el legislador (art. 139.2 LJV) se intentara la conciliación en dichos supuestos, la solicitud de conciliación deber ser *inadmitida a trámite*, pero si, inadvertidamente se admitiera, se podría recurrir la resolución de admisión a trámite para que se declarase de oficio la nulidad de lo actuado. En los casos en los que se hubiera celebrado la conciliación con avenencia de las partes, podría instarse la nulidad del artículo 148 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, siempre y cuando, se trate de materias no susceptibles de transacción o compromiso o de responsabilidad civil de jueces y magistrados. Aunque había que tener en cuenta como bien apuntaba MORENO CATENA que no procedía la acción de nulidad (art. 148 LJV) en los dos casos primeros enumerados *ut supra*, cuando efectivamente se hubieran cumplido los requisitos exigidos para transigir, puesto que en dichos supuestos no está prohibido la transacción¹⁰⁹¹.

¹⁰⁹¹ MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil...*, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., op. cit., p. 121.

Es cierto que tanto el procedimiento de precurso como la conciliación, tienen muchas cosas en común. Por ejemplo, con respecto a la hora de referirnos a la competencia para conocer de ambas solicitudes hay que decir que el competente para conocer de la solicitud de conciliación era el letrado de la Administración de Justicia (art. 140 LJV), al igual que ocurre con la solicitud del precurso que (actualmente) también es tramitada ante el letrado de la Administración de Justicia (art. 5 bis 3 LC). Estamos ante dos procedimientos de jurisdicción voluntaria cuya finalidad puede ser la *preventiva* del proceso; en la clasificación dogmática de los procedimientos ideada por el profesor HERCE aparecía la conciliación como un *procedimiento preventivo del proceso*¹⁰⁹². Con la conciliación se intentaba que las partes contendientes de un proceso civil, pudieran resolver su controversia renunciando a sus posiciones iniciales, y, llegando un acuerdo que evitara la entrada en el proceso ulterior. El letrado de la Administración de Justicia simplemente intervenía para cooperar a que las partes puedan llegar a la solución que pusiera fin a su contienda, pero en ningún caso, puede imponerla.

A pesar de que el objeto de ambos procedimientos se pueden concretar en la evitación del proceso jurisdiccional ulterior mediante un arreglo amistoso de las partes contendientes (art. 139 LJV), el letrado de la Administración de Justicia ante una solicitud de precurso, no desempeña el papel de «mediador» (como ocurre en la conciliación) entre el deudor y los acreedores, sino que, actuaba como mero receptor de la solicitud de precurso, para dar la publicidad oportuna y dejar constancia de la misma (art. 5 bis 3 LC). Quizá el procedimiento de precurso tiene mayores semejanzas con los viejos procedimientos de quita y espera y el de suspensión de pagos (actualmente derogados) que también según la opinión de HERCE formaban parte de los que él clasifica como *procedimientos preventivos del proceso*¹⁰⁹³; en el derecho anterior,

¹⁰⁹² Vid. HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, con GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., p. 177.

¹⁰⁹³ Vid., HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, con GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pp. 188 y 195.

estos viejos procedimientos eran considerados, junto a la conciliación, como los tres procedimientos preventivos del proceso por excelencia¹⁰⁹⁴. El desarrollo de los mismos, como ya vimos en la primera parte de esta tesis, era muy semejante al del procedimiento del actual precurso. Tanto la vieja suspensión de pagos para los deudores comerciantes, como la quita y espera para deudores no comerciantes trataban de facilitar que el deudor pudiera cerrar un convenio mayoritario con los acreedores que sería aprobado por el juez, evitando, con ello, la quiebra. El procedimiento de precurso busca, entre otros, la posibilidad de que el deudo alcance un acuerdo de refinanciación con los acreedores para evitar tener que solicitar el concurso de acreedores (viejo art. 5.3, actual artículo 5 bis LC).

En conclusión, a pesar de que la tramitación de los mismos es diversa, es posible afirmar que debido a todos los caracteres que presentan en común, el precurso se puede alinear con los actos de conciliación, debido a la finalidad preventiva de ambos procedimientos. En puridad, estamos ante auténticos procedimientos preventivos cuya naturaleza jurídica descansa dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria; el objeto de ambos procedimientos era la evitación del ulterior proceso mediante la consecución de un acuerdo entre las partes.

¹⁰⁹⁴ HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil...*, con GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pp. 177-210.

Capítulo 7º: Los presupuestos del precurso

1. El presupuesto subjetivo del precurso

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, cuando el deudor común solicitaba el precurso (viejo art. 5.3), en ningún caso estaba solicitando la declaración judicial de concurso (art. 5.1 LC), a pesar de que con dicha solicitud pudiera estar, de alguna manera, «confesando» que se encontraba en estado de insolvencia actual (viejo art. 5.3)¹⁰⁹⁵; la diferencia es patente: el concurso de acreedores es un proceso de naturaleza jurisdiccional *stricto sensu*¹⁰⁹⁶, mientras que el precurso como ya hemos defendido es un procedimiento de jurisdicción voluntaria¹⁰⁹⁷. Aunque parezca obvio decirlo, y sin confundir los presupuestos (*objetivo y subjetivo*) de ambos, entendemos que el *presupuesto subjetivo* del precurso podría concretarse –al igual que ocurre con en el del «concurso de acreedores» (art. 1 LC)– en la *condición de persona*, ya sea natural o jurídica, siendo indiferente que sea española o extranjera; lo esencial es que dicha persona natural o jurídica tenga el centro de sus intereses principales (COMI: *center of main interests*) o el domicilio en territorio español (art. 10.1-I LC). En este sentido la Ley Concursal presume que, en el caso de deudor persona jurídica, el centro de sus intereses principales (COMI) se encuentra en el lugar del domicilio social (art. 10.1-II LC)¹⁰⁹⁸; además, como bien apunta ROJO, una persona jurídica extranjera (deudora) podrá ser declarada judicialmente en concurso en España, aun no teniendo su domicilio social ni su

¹⁰⁹⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 375.

¹⁰⁹⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La declaración judicial de concurso», en *RPJ*, n.º especial XVIII, 2004, pp. 13-14; ídem., «Naturaleza jurídica de la declaración...», op. cit., p. 20.; OLIVENCIA RUIZ, M., «Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso», en *RPJ*, n.º especial XVIII, 2004, p. 29.; SENÉS MOTILLA, C., «Concurso y proceso», en *TeoDer*, n.º 12, 2012, p. 24.; VEGAS TORRES, J., «el concurso como proceso jurisdiccional», en QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES (dirs.), AA.VV., *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 83 y ss.

¹⁰⁹⁷ Vid., sobre lo que hemos defendido en el epígrafe sobre la naturaleza jurídica del precurso.

¹⁰⁹⁸ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Presupuesto subjetivo, (art. 2), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 143-144.

centro de intereses principales (COMI) en territorio español, siempre y cuando, tenga un establecimiento mercantil en España (art. 10.3-I); en este caso, desde el punto de vista internacional, estaríamos ante un *concurso territorial* cuyos efectos se limitarían a los bienes y derechos –afectos o no a la actividad de la deudora extranjera– que estén situados en España. (art. 10.3-III)¹⁰⁹⁹.

Por tanto, según nuestra opinión, podrá acogerse al procedimiento de precurso todo deudor común, ya sea persona natural o jurídica (nacional o extranjera¹¹⁰⁰) que, tras la tramitación del procedimiento de precurso (viejo art. 5.3), tuviera *capacidad concursal*¹¹⁰¹; es decir, que tras la tramitación del precurso, tuviera capacidad para ser declarada judicialmente en «concurso de acreedores» (art. 1 LC). Y esta idea que mantenemos tiene bastante lógica, puesto que, en un primer momento, el deudor común acogido al precurso negocia en el espacio temporal de cuatro meses (3+1 meses de moratoria concedida por el precurso) las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, tras el transcurso de dicha moratoria temporal de cuatro meses (3+1 meses) el mismo venía obligado a solicitar la declaración judicial de concurso (viejo art. 5.3).

En este sentido, para ver si concurre el presupuesto subjetivo del precurso habría que hacer una pequeña *prognosis de futuro*, en la que nos preguntáramos –mentalmente– si una determinada persona natural o jurídica (ya sea nacional o extranjera), tendría *capacidad concursal* tras una hipotética tramitación del procedimiento de precurso (art 5 bis). Si en virtud del artículo 1 de la Ley Concursal, se llega a la conclusión de que si tendría *capacidad concursal* para ser declarada judicialmente en concurso (art. 1 LC),

¹⁰⁹⁹ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., (art. 2), en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pp. 143-144.

¹¹⁰⁰ Si se diera el caso de una persona jurídica extranjera insolvente con un establecimiento mercantil en España (aunque no tuviera ni domicilio social ni COMI en territorio español), debemos recordar que al tener ésta capacidad concursal para ser declarada judicialmente en concurso (ex art. 1 LC), también, por tanto, podría acogerse al precurso (viejo art. 5.3 y actual 5 bis).

¹¹⁰¹ Sobre el concepto de *capacidad concursal* véase ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., art. 2, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, ed., pp. 144 y ss.

entonces también, podrá acogerse al precurso (viejo art. 5.3, y actual art, 5 bis).

En otro orden de cosas, el viejo artículo 5.3 no decía nada de nada sobre los *requisitos de mérito* que debían concurrir en la persona del deudor para poder solicitar el precurso. En este sentido, cuando el deudor solicitaba el precurso con la intención de negociar las adhesiones suficientes para presentar una propuesta anticipada de convenio con la ulterior solicitud de concurso (art. 104.1 LC), el mismo *no debía* estar incurso en ninguna de las prohibiciones previstas en el artículo 105 de la Ley Concursal, es decir: i) no debía haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, el orden socioeconómico o falsedad documental contra Hacienda, Seguridad Social o los derechos de los trabajadores, y no debía haber incumplido la obligación legal de depósito de cuentas en los últimos tres ejercicios¹¹⁰².

Por todo ello, parecía entenderse que si la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio se condicionaba a que el deudor solicitante no estuviera incurso en ninguna de las prohibiciones legalmente establecidas (art. 105.1), también entendemos –siguiendo lo apuntado por algunos autores– que la admisión a trámite de la solicitud de precurso debía estar condicionada a la verificación de dicho requisito¹¹⁰³.

Aunque, si observamos detenidamente la norma, es cierto que había que tener presente que, en realidad, las prohibiciones del artículo 105 de la Ley Concursal sólo operaban en sede de *admisión a trámite* de la propuesta anticipada de convenio (arts. 105.2 y 106.1 LC), por lo que, según la redacción

¹¹⁰² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y acuerdos de refinanciación...*, op. cit., p. 381.

¹¹⁰³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 460.; Véase por todos los siguientes pronunciamientos judiciales que entendían que las prohibiciones del artículo 105 de la Ley Concursal también operarían con la comunicación de precurso (viejo art. 5.3). Vid., en este sentido AJM Granada, de 11 de mayo de 2009 (JUR 2009, 215005), que defendía que en la admisión a trámite de la solicitud de precurso habría que verificar que el deudor no se encuentre incurso en ninguna de las prohibiciones del artículo 105.1 de la Ley Concursal; en la misma línea está el AJM Cuenca, de 7 de julio de 2009, que *inadmitió* un solicitud de precurso (ex art. 5.3) debido a que el deudor solicitante no había depositado las cuentas anuales del ejercicio 2008, en el registro mercantil.

de la Ley, no era necesario que el deudor acreditara, en el momento inicial de presentar la solicitud de concurso, que no se encontraba incurso en ninguna de las prohibiciones legalmente establecidas (art. 105.1).

A pesar de que la doctrina mayoritaria entendía que no se debía acreditar dicho extremo con la solicitud de concurso, algunos autores exponían, sin falta de razón¹¹⁰⁴, que resultaba algo inconexo el hecho de que un deudor común que estuviera incurso en algunas de las prohibiciones que prescribe la Ley Concursal para presentar propuesta anticipada de convenio (art. 105.1), pudiera acogerse al procedimiento de concurso (viejo art. 5.3) para negociar un «convenio anticipado» que le está vedado *ab initio* (art. 105.1)¹¹⁰⁵. Aunque frente a esta visión algún autor¹¹⁰⁶ entendía que la única prohibición que había que tener en cuenta a la hora de vedar al deudor la presentación de propuesta anticipada de convenio, era la contenida en el artículo 105.1.1º (sentencia de condena penal firme), puesto que la prohibición de haber infringido la obligación de depósito de las cuentas anuales, podía ser fácilmente subsanable.

En nuestra opinión, eran demasiados los problemas que planteaba la cuestión, que, a nuestro juicio, podrían haberse resuelto exigiéndole al deudor que pretendía formular solicitud de concurso, que acreditase que no se encontraba incurso en ninguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 105.1 de la Ley Concursal con la presentación de la solicitud de concurso (viejo art. 5.3). De esta forma, se evitaría que deudores incursos en alguna prohibición, accedieran al concurso, haciéndose acreedores de una moratoria temporal de cuatro meses (3+1 meses) para negociar con los acreedores unas adhesiones que no servirán para nada, puesto que si está incurso en alguna prohibición no podrá presentar propuesta anticipada de convenio *ab initio* (art. 105.1 LC).

¹¹⁰⁴ ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., p. 324; AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 43.

¹¹⁰⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 460.

¹¹⁰⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 461 ; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., p. 324.

2. El presupuesto objetivo del precurso: su necesaria acreditación

Para poder acogerse al precurso, la redacción del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado) exigía que el deudor común se encontrara en estado de *insolvencia actual*. Como es sabido, un deudor se encuentra en estado de *insolvencia actual* cuando no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC)¹¹⁰⁷. Por lo tanto, según el derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, el deudor que se encontrara en estado de *insolvencia inminente* (art. 2.3) no podría solicitar el precurso, pues, dicho estado no estaría cubierto por la redacción inicial del precepto (viejo art. 5.3)¹¹⁰⁸. Se entiende que un deudor se encuentra en estado de insolvencia inminente cuando prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3 *in fine*)¹¹⁰⁹.

Como hemos visto, la *comunicación del inicio de negociaciones* (viejo art. 5.3) carecía de efecto en los casos en los que un deudor estuviera en estado de insolvencia inminente, puesto que, en dicho estado, no es exigible la carga de instar el concurso (art. 5.1 LC). El derogado artículo 5.3 exigía que el deudor se encontrara en estado de insolvencia actual, porque uno de los efectos primordiales que producía el precurso era que suspendía temporalmente el deber de solicitar la declaración de concurso (viejo art. 5.3). En este sentido parecía pronunciarse el juzgado de los mercantil n.º 5 de Madrid, en un auto de 17 de abril de 2009¹¹¹⁰ decía que:

¹¹⁰⁷ Sobre el concepto de insolvencia actual véase a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., art. 2, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, op. cit., pp. 169-175.

¹¹⁰⁸ En los supuestos de *insolvencia inminente* no tienen trascendencia la comunicación del inicio de negociaciones, con el efecto de no exigir el deber de solicitar la declaración de concurso, y por tanto la comunicación que se efectuara no puede desplegar los efectos pretendidos por el legislador. Véase en esta línea, AJM 5 Madrid, de 17 de abril de 2009 (AC 2009, 10); Auto del Juzgado de primera Instancia y Mercantil, n.º 2 de Cuenca, de 9 de julio, de 2009; AJM 1 Pamplona, de 28 de junio de 2010.

¹¹⁰⁹ Sobre el concepto de insolvencia inminente consultar a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., art. 2, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, op. cit., p. 175 y ss.

¹¹¹⁰ Vid., el auto del Juzgado de lo mercantil n.º 5 de Madrid, de 17 de abril de 2009 (AC 2010, 10).

«La comunicación del inicio de negociaciones carecía de efecto en el caso de que el deudor estuviera en estado de insolvencia inminente. El precepto exige que el comunicante se encuentre en situación de insolvencia actual, ya que deja sin efecto el deber de solicitar la declaración de concurso (...). «(...) De modo que solo existe esta obligación de solicitar el concurso en caso de insolvencia actual, y no es admisible entender que también existe deber de solicitar el concurso en caso de insolvencia inminente, pues supone una interpretación extensiva de una norma imperativa y restrictiva de derechos, máxime cuando el incumplimiento de ese deber puede dar lugar a la calificación del concurso como culpable».

Lo que la norma exigía era que el deudor se encontrara en estado de insolvencia actual para poder solicitar el precurso con el objetivo de *suspender* temporalmente su deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5.1) y, además, conseguir la *no provisión* de solicitudes de concursos necesarios durante los cuatro meses de moratoria temporal que otorgaba el precurso (art. 15.3)¹¹¹¹. Según lo anterior, la *ratio legis* del precepto no permitía que el deudor en estado de *insolvencia inminente* solicitara el precurso (art. 5.3), pues, cuando se daba esta situación de insolvencia inminente no le era exigible aún el deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5.1) y, lo que era más importante, no era posible admitir una solicitud de concurso necesario instada

¹¹¹¹ En este sentido es ilustrativo traer a colación el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de febrero de 2010 (AC 2010, 835) donde se dice: «Los requisitos para la admisión a trámite de la comunicación preconcursal son: 1º) que el solicitante se halle en situación de insolvencia actual; 2º) que dicho deudor haya iniciado negociaciones con sus acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; y 3º) que la solicitud, que debe ir dirigida al juzgado que sería competente de para su declaración de concurso, se plantee, dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que el peticionario hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Si se cumplen tales premisas el juzgado deberá admitir a trámite tal comunicación y con ello se desencadenarían los siguientes efectos: 1º) al solicitante no le sería exigible, durante cierto periodo, el deber de solicitar el concurso, que por regla general ha de hacerse en el plazo marcado, lo que le permitiría eludir las consecuencias legales inherentes al incumplimiento de esa obligación; 2º) el peticionario dispondrá de un plazo de tres meses, contados desde su comunicación, para acabar de negociar y obtener las adhesiones, tras lo cual, lo haya conseguido o no en la medida suficiente para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, dispondrá de un mes para solicitar la declaración de concurso; y 3º) las solicitudes de concurso necesario que puedan presentarse con posterioridad a la comunicación del deudor quedarán sujetas a un espera durante ese periodo, gozando de preferencia la voluntaria que finalmente pueda presentar el deudor si se atiende a los plazos legales».

por cualquier acreedor, fundada en un estado de insolvencia inminente del propio deudor común (art. 2.4).

Como veremos en capítulos posteriores, el presupuesto objetivo del precurso fue evolucionando con las reformas que ha ido sufriendo el artículo 5 bis de la Ley Concursal a lo largo de estos últimos años, admitiéndose, incluso, la posibilidad de acogerse al precurso en estado de insolvencia inminente e, incluso en estado de preinsolvencia (al suprimir la expresión «actual»)¹¹¹². A juicio de algún autor era más que cuestionable que un deudor común no pudiera acogerse al precurso cuando se encontraba en estado de *insolvencia inminente* o de *preinsolvencia* (viejo art. 5.3)¹¹¹³. En este sentido, somos conscientes de que en dichos estados no es exigible la *carga* de instar el concurso en el plazo legalmente establecido (art. 5.1) y, tampoco sería posible declarar judicialmente una solicitud de concurso necesario fundada en un hipotética *insolvencia inminente* del deudor (art. 2.4)¹¹¹⁴, pues todavía no se ha

¹¹¹² A pesar de que la jurisprudencia de los juzgado de lo mercantil había entendido de forma mayoritaria que el deudor no tuviera que acreditar si estado de insolvencia actual, *verbi gratia* véase: AJPI y mercantil 6 de Badajoz, de 11 de mayo de 2009, AJM 1 Bilbao, de 2 de junio de 2009 (JUR 2009, 268414); AJM 2 A Coruña, de 16 junio de 2009; *por otro lado* estaría el sector jurisprudencia que defendía la *tesis procesalista* que exigía la prueba de la insolvencia actual vid: AJM Granda, de 11 de mayo de 2009 (JUR 2009, 215005); AJM Badajoz, de 11 de mayo de 2009; AJM 2 Pontevedra, de 23 de octubre de 2009; la reforma llevada a cabo en el año 2011, parece permitir esta posibilidad y, por tanto, el deudor no tendría que acreditar su estado de insolvencia desde la promulgación de la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011, que derogó el viejo artículo 5.3 e introdujo el artículo 5 bis de la Ley Concursal, suprimiendo de dicho precepto la expresión «insolvencia actual». Véase la opinión de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho preconcursal», op. cit., pp. 565-566; y, también en PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 383.

¹¹¹³ ALONSO ESPINOSA, F.J., «Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el RD-Ley 3/2009, en *ADco*, n.º 21, 2010-3, p. 153-154, dicho autor decía que: «tal disposición carece de explicación y, sobre todo de eficacia real pues cabe observar que si la misma se interpretaba conforme al artículo 5.1 nos encontrábamos con cierta incongruencia entre los artículos 5.1 y 5.3 ya que dicho artículo no distinguía entre insolvencia actual e insolvencia inminente; no se entendía por qué no se extendía los efectos del artículo 5.3 a la insolvencia inminente, ya que el substrato del supuesto permite amparar ambos tipos de insolvencia. Vid., también en esta línea a FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal...*, op. cit., p. 215.

¹¹¹⁴ Algunos autores entendían que el deudor en estado de insolvencia inminente no corría ningún riesgo de que le instaran los acreedores una solicitud de concurso necesario, pues, en dicho estado no le era exigible el deber de solicitud de declaración de concurso, siendo innecesario que se amplíe el plazo de un deber legal que aún no le es exigible. Véase a PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 460; GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE,

comenzado a incumplir puntualmente las obligaciones exigibles; pero tal y como estaba redactado el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, era lógico no poder acogerse al precurso en estado de *insolvencia inminente* (art. 2.3), porque como ya hemos dicho, en dicho estado no era exigible el deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5.1), y, además, si ello fuera posible, el deudor se podría ver sometido a un concurso «fáctico», pues, si los acreedores se enteraran de que el deudor se acogía al precurso, se encenderían las alarmas y los proveedores (al entender erróneamente que el precurso está conectado al concurso) podrían dejar de suministrar al deudor, cortándole todo tipo de suministro y resolviendo toda relación contractual o empresarial, lo que podría conllevar efectos perversos no deseados, como que se agravase la situación de insolvencia del deudor, sin haber sido, siquiera, declarado judicialmente en concurso¹¹¹⁵.

La posibilidad de que un deudor pueda acogerse al precurso en estado de insolvencia *inminente* (o, incluso, en estado de preinsolvencia) tendría razón de ser si se pudiera solicitar el mismo con carácter reservado¹¹¹⁶, para no activar las alarmas de acreedores y proveedores relacionados con el deudor, que con sus actuaciones, harían pasar al deudor por un *concurso fáctico*, cuyas consecuencias podrían ser muy perjudiciales para el deudor que aún no ha sido declarado judicialmente en concurso. Además, para que el precurso pueda servir de protección al deudor en un estado de *insolvencia inminente* (o estado de preinsolvencia), sería necesario que se hubiera regulado también la posibilidad de que la solicitud de precurso no permitiera iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales durante la tramitación del precurso y, si estuvieran ya en tramitación, que éstas quedaran *suspendidas* automáticamente

B., «El presupuesto...», op. cit., p 194; Giner Aznar, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 26.

¹¹¹⁵ Cfr. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 375.

¹¹¹⁶ Como podemos observar el vigente artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal regula la posibilidad de solicitar el carácter reservado de la solicitud de comunicaciones (precurso). Dicha posibilidad fue introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, publicada en el BOE n.º 233, de 28 de septiembre de 2013.

con la presentación de la resolución por la que se haya dejado constancia de la solicitud de precurso (automatic stay). Como veremos en pasajes posteriores, esta línea fue por la que avanzó el legislador a la hora de ir reformando el procedimiento de precurso con las sucesivas modificaciones efectuadas sobre el artículo 5 bis de la Ley Concursal¹¹¹⁷.

¹¹¹⁷ El artículo 21.2 de Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, publicado en BOE n.º 233, de 28 de septiembre de 2013, introdujo cambios en ese sentido en el artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal. Véase el tenor literal del actual artículo 5 bis 3 y 4 de la Ley Concursal.- «3. El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen.

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

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

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

a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1;

b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación;

c) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos;

d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio;

e) o tenga lugar la declaración de concurso.

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

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

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

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

Por otro lado, como ya hemos reiterado, a la hora de solicitar el precurso el deudor común debía encontrarse en situación de insolvencia actual (viejo art. 5.3), y, como es sabido, desde los primeros meses de vigencia de dicho precepto, la doctrina empezó a debatir si el deudor tenía que acreditar en su solicitud de precurso que efectivamente se encontraba en situación de insolvencia actual o, si por el contrario, era suficiente con manifestar (hacer alusión general) dicha situación en la solicitud, sin necesidad de acreditar ningún extremo del estado patrimonial del deudor. Si atendíamos a la vieja redacción del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, observábamos que, tal precepto, no exigía que el deudor probara que se encontrara en situación de insolvencia actual en el momento – inicial – de solicitar el precurso (viejo art. 5.3).

A pesar de que el tenor literal del precepto no exigía la acreditación del estado de insolvencia actual, es cierto que en la doctrina científica¹¹¹⁸ y algunas plazas judiciales¹¹¹⁹ tendían a realizar una interpretación más restrictiva (tesis

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

¹¹¹⁸ ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., p. 326. Dicho autor estaba en contra de la postura mayoritaria a la que se acogieron casi todas las plazas judiciales, por la que entendían que el juez, cuando conocía de un solicitud de precurso (art. 5.3) debía exclusivamente realizar un mera comprobación formal de la misma.

¹¹¹⁹ Entre la jurisprudencia menor de los juzgados de los mercantil podía distinguirse un sector jurisprudencial formalista minoritario que abogaba por la tesis forma o procesalista: dicha tesis exigía que para que la presentación de la comunicación de precurso (viejo art. 5.3) suspendiera temporalmente el deber de solicitud de la declaración de concurso si se acreditaba: el estado de insolvencia actual, la prueba del inicio de las negociaciones, así como exigirle al deudor que expresara que no se encontraba incurso en ninguna de las prohibiciones del artículo 105 de la Ley Concursal, para poder presentar propuesta anticipada de convenio. Véase, por todas: AJM Granada, de 11 de mayo de 2009 (JUR 2009, 215005); AJM Badajoz, de 11 de marzo de 2009; AJM 1 Pamplona, de 28 de junio de 2010; AJM Cuenca, de 7 de julio de 2009, y AJM de Cuenca de 9 de julio de 2009; otro sector jurisprudencia entendía que la comunicación del inicio de negociaciones era una un mero acto formal en el que el deudor no tenía que acreditar su estado de insolvencia, ni el inicio de las negociaciones ni el hecho de no estar incurso en la prohibiciones del art. 105, bastaba con que alegase dichas manifestaciones en el escrito de solicitud de precurso bajo su responsabilidad que, en su caso podría se podría depurar en la sección de calificación del concurso posterior declarado (si éste se declarara). En este línea se pronunciaban: AJM 1 Bilbao, de 2 de junio de 2009; AJM 2 A Coruña, de 16 de julio de 2009; AJM 8 Barcelona, de 11 de mayo de 2009, AJM 3 Madrid, de 29 de abril de 2009; AJM 2 Madrid, 18 de mayo de 2009, AJM 5 Madrid, de 14de abril de 2009 y AJM 5 Madrid, de 17 de

procesalista) del viejo artículo 5.3 (actual derogado), defendiendo la idea de que se debía exigir que el deudor que pretendía beneficiarse de los efectos del precurso (viejo art. 5.3), debía, en todo caso, acreditar que se encontraba en estado de insolvencia actual (tesis procesalista)¹¹²⁰. La doctrina científica y, los juzgados que defendían esta tesis, entendían que el precurso era un beneficio exclusivo del deudor, puesto que él es el único legitimado para promover la solicitud del precurso y, por tanto, si el mismo decidía solicitarlo para beneficiarse de todos los efectos protectores que el mismo desencadenaba, era necesario que el deudor presentara, al menos, un *principio de prueba*¹¹²¹, que acreditara, de manera indiciaria, que efectivamente se encontraba en estado de insolvencia actual; a nuestro juicio esta tesis (de corte procesalista), pretendía dotar de un mínimo de seriedad a la solicitud de precurso, evitando con ello, que deudores sin «escrúpulos» (con propósitos frontalmente opuestos a los acreedores, o sea a los del concurso) utilizaran dicho procedimiento de forma fraudulenta, sin estar si quiera en situación de insolvencia actual. Si no se exigiera al menos un *principio de prueba* (indiciario) del estado de insolvencia actual, pudiera parecer que el procedimiento de precurso (viejo art. 5.3) se convertía, según llegó a afirmar la doctrina, en una especie de «coladero» inadmisibles en el que «*todo valía*», puesto que la

abril de 2009 (AC 2009, 10); AJPI y Mercantil 6 Badajoz, de 11 de mayo de 2009 (n.º recurso: 743/2009).

¹¹²⁰ Vid, por todos, el pionero auto del Juzgado de lo mercantil n.º 14 de Granada, de 11 de mayo (JUR 2009, 215005), en el que se entendía que: «(...) Ello, sin embargo, no alude a un insolvencia actual, sino a lo sumo inminente, y en todo caso es precisa la justificación de la concurrencia del estado de insolvencia al que alude el artículo 2 de la Ley Concursal, pues así lo dispone el artículo 5.3». Además, el auto también se pronunciaba sobre el inicio de negociaciones con los acreedores argumentaba que: «no basta con un mera alusión genérica a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado, sino aportar un principio de prueba de que tales negociaciones son reales, se han iniciado ya – pues de lo contrario no se activaría la protección del artículo 5.3 – y versan sobre un propuesta anticipada de convenio que permita superar la insolvencia actual del solicitante».

¹¹²¹ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal», en *ADCo*, n.º 19, 2010-1, p. 122. Dicho autor apuntaba que el deudor en la solicitud de precurso (viejo art. 5.3), debía acreditar que se encontraba en estado de insolvencia actual, para ello se debe exigir por el juzgado un *principio de prueba* de que la insolvencia actual concurre, es decir algún indicio que, interpretado de forma interina y razonable, permita afirmar que el deudor solicitante del precurso no puede cumplir con sus obligaciones exigibles. No se exigía una prueba plena del estado de insolvencia, sino que se trataba de aportar un prueba semiplena mucho más ligera.

redacción del precepto permitía, incluso, que el deudor que se encontrara en estado de insolvencia actual desde hace más de dos meses pudiera acogerse al precurso (viejo art. 5.3)¹¹²².

En este sentido, nosotros también entendemos que la mera comprobación formal (realizada por el juez) de las manifestaciones del deudor declaradas en la solicitud de precurso no era garantía suficiente para evitar que accedieran a los juzgados solicitudes de precurso infundadas, que retrasaran de por sí la declaración judicial de concurso (en perjuicio de los acreedores), concediendo un espacio temporal en el que los deudores *in malam partem*, pudieran realizar, incluso, actos fraudulentos (liquidaciones parciales de patrimonio, daciones de pago, etc.) para luego presentar un concurso «más sencillo y llevadero». En este sentido, entendemos que no era muy razonable dejar unos efectos tan importantes en manos de la voluntad del deudor, solo por el hecho de presentar una mera comunicación, sin que se acredite –al menos indiciariamente– que se encuentra realmente en estado de insolvencia actual. Ante esta facilidad de acceso al precurso, todo deudor podía acudir al mismo, sin cumplir siquiera los requisitos *de mérito* exigidos por el viejo art. 5.3 de la Ley Concursal.

Según la doctrina jurisprudencial mayoritaria, con la redacción del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal no era necesario acreditar el estado de insolvencia actual¹¹²³, pues, simplemente bastaba con la manifestación del deudor –bajo su responsabilidad– para poder admitir la solicitud de precurso, pues, si dichas manifestaciones no se correspondían con la realidad, dicha conducta se analizaría a la hora de depurarse las responsabilidades (en la sección de calificación del concurso) en las que haya

¹¹²² ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., p. 326 y 327.

¹¹²³ Véase las siguientes resoluciones que decían que no era necesaria la acreditación del estado de insolvencia actual por parte del deudor; AJPI y mercantil 6 de Badajoz, de 11 de mayo de 2009, AJM 1 Bilbao, de 2 de junio de 2009 (JUR 2009, 268414); AJM 2 A Coruña, de 16 junio de 2009; *por otro lado* estaría el sector jurisprudencia que defendía *la tesis procesalista* que exigía la prueba de la insolvencia actual vid: AJM Granda, de 11 de mayo de 2009 (JUR 2009, 215005); AJM Badajoz, de 11 de mayo de 2009; AJM 2 Pontevedra, de 23 de octubre de 2009.

podido incurrir el deudor por haber formulado un solicitud de precurso de forma infundada y fraudulenta, retrasando –dolosamente– su solicitud de concurso infundadamente y, por ende, incumpliendo su deber de solicitud de concurso (art. 165.1 LC); creemos que hubiera sido oportuna la exigencia de acreditación del estado de insolvencia actual para evitar la admisión a trámite de solicitudes infundadas que, a pesar de poder ser sancionadas en sede de calificación del concurso, podrían haberse evitado *ab initio* en el mismo momento de la admisión a trámite de la solicitud de precurso.

3. Los requisitos de «mérito» del precurso

A parte de los presupuestos: objetivo y subjetivo del precurso también había que tener presentes los *requisitos de mérito* exigidos por el viejo artículo 5.3, y, que, a nuestro juicio, también debían concurrir, y, por ende, *acreditarse* a la hora de la solicitar el precurso (viejo art. 5.3). En este sentido, somos partidarios de la tesis *formal o procesalista* defendida por GONZÁLEZ NAVARRO¹¹²⁴, pues, creemos que en la admisión a trámite de la solicitud de precurso debía ejercerse un control por parte del juez (viejo art. 5.3), y del letrado de la Administración de Justicia (vigente art. 5 bis), en el que se verificase el cumplimiento por parte del deudor de los requisitos *de mérito* exigidos por la norma para poder beneficiarse de la protección del precurso (viejo art. 5.3). Es cierto que según la tesis más flexible a la que se acogieron casi todas las plazas judiciales y gran parte de la doctrina, se entendía que dichos requisitos *de mérito* no era necesario acreditarlos en el momento inicial de la solicitud el precurso, bastaba con una mera alusión genérica expresada en el escrito de solicitud del mismo; en caso de que dichas manifestaciones no fueran acordes con la realidad y hubieran sido falseadas por el deudor común, éstas serían tenidas en cuenta posteriormente, una vez abierta la sección de calificación, a la hora de calificar el concurso como culpable (art. 165.1-I LC). Por lo tanto, como así apuntaba alguna resolución de los jueces de lo mercantil: «a pesar de que era conveniente acreditar el inicio de las negociaciones con los

¹¹²⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo art. 5.3...», op. cit., pp. 121-123.

acreedores con la solicitud de concurso (viejo art. 5.3), no obstante, en aras a lograr un convenio anticipado y en virtud del principio favor convenii que inspira toda la regulación concursal, se podía prescindir de su acreditación en este momento procesal»¹¹²⁵.

Según el tenor literal del precepto, parecía razonable no exigir la acreditación de las manifestaciones realizadas por el deudor en la solicitud de concurso en aras a favorecer el convenio anticipado e intentar que las empresas pudieran utilizar el concurso como un espacio temporal alternativo (al concurso) donde pudieran negociar «tranquilamente» con sus acreedores para intentar alcanzar: i) adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis), ii) un acuerdo de refinanciación de pasivo (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª) o, iii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC); pero, a nuestro juicio, la protección del viejo artículo 5.3 y del actual 5 bis de la Ley Concursal no se debía –ni se debe en la actualidad– conceder a los deudores de «cualquier manera» y, a «cualquier precio»; en la admisión a trámite del concurso «no puede, ni debe valer todo», el concurso no puede ser concebido como una especie de «coladero¹¹²⁶» inadmisibles al que puede acceder todo deudor, incluso sin reunir los presupuestos y requisitos de mérito legalmente exigidos. En este sentido, entendemos que los importantes efectos que concede el concurso a los deudores no pueden conseguirse, sin más, con la presentación de una mera *comunicación de negociaciones* (viejo art. 5-3, y actual 5 bis LC), puesto que, para poder acogerse a tal *beneficio*, el deudor debe cumplir con los presupuestos y los requisitos *de mérito* exigidos, que, a nuestro juicio, deberían ser acreditados con la propia solicitud de concurso, para evitar que se presentaran *solicitudes de concurso infundadas* – o fraudulentas – que permitieran a los deudores beneficiarse de la protección (viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis), sin haber cumplido, siquiera, los requisitos de mérito. Es cierto

¹¹²⁵ Vid., por todos el AJM 5 de Madrid, de 17 de abril de 2009 (AC 2010, 10).

¹¹²⁶ Vid. la expresión apuntada por ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el art. 5.3...», op. cit., p. 327.

que hay que incentivar el uso del convenio anticipado y de los acuerdos de refinanciación preconcursales, pero no, a costa de crear un procedimiento que puede convertirse en un «coladero¹¹²⁷» inadmisibles al que podría acceder cualquier deudor cumpla o no los presupuestos y requisitos exigidos (viejo art. 5.3, y actual 5 bis LC), para utilizar la moratoria con objetivos contrarios a su finalidad.

En nuestra opinión, tanto el juez (viejo art. 5.3) como el letrado de la Administración de Justicia (vigente artículo 5 bis) que conoce de la solicitud de concurso no pueden actuar como si de meros «receptores» de la *comunicación* se tratara, sino que, debían verificar que el deudor que promueve la solicitud de concurso cumple con los presupuestos o requisitos exigidos por la norma, para poder beneficiarse de los importantes efectos que se desprenden de la *comunicación de concurso*. Por lo tanto, en la admisión a trámite del concurso, no podía –ni puede– valer todo, pues, si así fuera, se permitiría que deudores sin ánimo de llegar a un acuerdo con los acreedores, ni de solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, ni de alcanzar un acuerdo de refinanciación de pasivo, pudieran acceder al concurso haciéndose acreedores de la protección legal del viejo artículo 5.3 (y actual art. 5 bis LC), retrasando –*dolosamente*– la declaración judicial de concurso en perjuicio de los acreedores concursales.

3.1. El inicio de negociaciones de las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio: su acreditación

Otro de los requisitos exigidos por la redacción del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), consistía en que el deudor que pretendiera acogerse al concurso debía haber *iniciado* negociaciones de adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 5.3, 104 y 106 LC). Como era sabido, el deudor contaba con una moratoria temporal de cuatro meses (3+1 meses) para negociar las adhesiones con sus

¹¹²⁷ En este sentido opina ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el art. 5.3...», op. cit., p. 327.

acreedores, con el fin de alcanzar una propuesta anticipada de convenio (art. 5.3); si conseguía las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (art. 106.1), solicitaría la declaración de concurso voluntario con la propuesta anticipada de convenio, acompañada de las adhesiones de acreedores de cualquier clase que superen la quinta parte del pasivo que presente el deudor (arts. 104.1 y 106.1-2 LC).

El objetivo del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado) era claro. Consistía en habilitar un espacio temporal de cuatro meses (3+1 meses) para que el deudor pudiera negociar con «tranquilidad» las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio que permitiría al deudor entrar el concurso para salir del él de forma rápida con un convenio aprobado que garantizase la refinanciación y la viabilidad del deudor común¹¹²⁸. Según la tesis formal o también denominada «procesalista», defendida a «capa y espada» por el auto del juzgado de lo mercantil, n.º 14 de Granada, de 11 de mayo de 2009 (JUR 2009, 215005)¹¹²⁹: *«no bastaba con una mera alusión genérica a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado, sino aportar un principio de prueba de que tales negociaciones son reales, se han iniciado ya – pues de lo contrario no se justifica la activación del mecanismo protector del artículo 5.3 – y versan sobre una propuesta anticipada de convenio que permita superar la insolvencia actual del solicitante»*.

Por lo tanto, según esta tesis era necesario que el deudor solicitante de precurso acreditase el inicio de dichas negociaciones, al menos con un mínimo *principio de prueba* que permitiera al juez comprobar que las negociaciones existían y se habían iniciado; es decir, el juez antes de conceder la protección del viejo artículo 5.3 (*rectius*: precurso) debía asegurarse mínimamente de que esa voluntad negociadora existía. Como decía GONZÁLEZ NAVARRO, el juez no debía entrar a valorar ni la seriedad o la

¹¹²⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 175.

¹¹²⁹ En la misma línea que el AJM Granada de 11 de mayo de 2009 (JUR 2009, 215005), se sitúa en la misma posición también el AJM 1 Pamplona, de 28 de junio de 2010, «(...) *La solicitante no ha presentado un principio de prueba sobre el inicio de conversaciones con sus acreedores tendente a obtener adhesiones a un propuesta anticipada de convenio...*»

eficacia de la propuesta anticipada de convenio, ni siquiera era necesario que la conociera en ese momento, simplemente habría que acreditarla con cruces de burofax, emails, borradores, documentos de cualquier tipo que indicaran o pusieran de manifiesto que se estaba negociando con los acreedores¹¹³⁰.

En sentido contrario, existía una interpretación más flexible del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, que entendía que «a pesar de que dicho precepto exigía el inicio de negociaciones para obtener un convenio («*haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones...*») –siendo conveniente la acreditación de ese inicio– se podía prescindir de dicha acreditación en momento de la presentación de la solicitud de concurso (viejo art. 5.3), en aras a favorecer la consecución de dicho convenio y, en virtud del principio *favor convenii* que inspira toda la regulación concursal»¹¹³¹. En este sentido, había que tener en cuenta que «el primer efecto importante de la comunicación de concurso es la *suspensión temporal* del deber de solicitar la declaración de concurso (viejo art. 5.3), y, la consecuencia del incumplimiento de ese deber viene regulada en el artículo 165 de la Ley, regulándose dicho incumplimiento como una posible presunción *iuris tantum* del elemento intencional para calificar el concurso como culpable. Asimismo, la acreditación del inicio de esas negociaciones con los acreedores, tendrá su plena virtualidad en el caso de que se abra la sección de calificación y haya una propuesta de calificación culpable del concurso por concurrir la presunción del artículo 165, y, ello, supondría desvirtuar la presunción del artículo 165. En consecuencia, no era necesario justificarla en dicho momento procesal para tener por efectuada la comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal»¹¹³². Siguiendo la tesis flexible no faltaron autores que entendían –a nuestro juicio erróneamente– que la referencia a que el deudor haya iniciado negociaciones para obtener en

¹¹³⁰ Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., p. 123.

¹¹³¹ AJM 5 Madrid, de 17 de abril de 2009, (AC 2010, 10). Concretamente vid., razonamiento jurídico segundo.

¹¹³² Vid. AJM 5 Madrid, de 17 de abril de 2009, (AC 2010, 10). Concretamente vid., razonamiento jurídico segundo.

un sentido literal, es decir, que no era necesario que se hubieran iniciado dichas negociaciones antes de presentar la solicitud de precurso, puesto que no habría problema en que el deudor se dirigiera efectivamente a los acreedores una vez presentada la solicitud de precurso, pues realmente se comunicaba al juzgado el inicio de dichas negociaciones no la existencia¹¹³³. En este sentido, había que decir que el argumento que se utilizaba para justificar la anterior manifestación lo centraban en el hecho de que si se habían iniciado las negociaciones ante de presentar la solicitud de precurso, algún acreedor díscolo que no estuviera a favor de negociar, ante la evidencia de que el deudor se encuentra en estado de *insolvencia actual* (viejo art. 5.3), pudiera instar la solicitud de concurso necesario, frustrando toda negociación precurso¹¹³⁴.

A pesar de los riesgos anteriormente expuestos, lo cierto es que la redacción del viejo artículo 5.3 de la Ley Concurso (actualmente derogado) era clara: «*haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a un propuesta anticipada de convenio...*», por lo tanto, al momento de la presentación de la solicitud de precurso, el deudor debía haber iniciado (aunque sea mínimamente) las negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a un propuesta anticipada¹¹³⁵.

3.2. Plazo de presentación de la solicitud de precurso: el requisito temporal.

Según la redacción del viejo artículo 5.3 de la Ley Concurso (actualmente derogado), el deudor común que pretenda acogerse al procedimiento de precurso debía presentar la solicitud dentro de los dos meses a contar desde la fecha en la que hubiera conocido o debiera conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 LC). Se imponía un plazo de dos meses para

¹¹³³Vid., en este sentido a HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., y ORELLANA CANO, N., «Deber de solicitud...», op. cit, pp. 212 y ss.; GARCÍA-CRUCES, J.A., Inexigibilidad del deber..., op. cit., p. 735., AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., pp.41-42.

¹¹³⁴ Así lo expresa DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcurso...», op. cit., p. 172.

¹¹³⁵ ALCOVER GARAU, G., ««Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., p. 323.

comunicar la solicitud de precurso, por lo tanto, si el deudor comunicaba su solicitud de precurso en un plazo posterior, la misma no podía quedar amparada bajo el efecto protector que se derivaba del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal. Lo que se deducía del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal era que el deudor que presentaba la solicitud de precurso, daba a entender que se encontraba en estado de insolvencia actual y, por tanto, su instancia debía formularse dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que conoció o debió conocer su estado de insolvencia¹¹³⁶.

A pesar de lo anterior, algún autor criticaba duramente la figura del precurso contenida en el artículo 5.3 de la Ley Concursal, porque entendía que el legislador había creado un especie de «coladero» inadmisibile, al permitir, incluso, que algunos deudores que se encontraban en insolvencia actual desde hacía más de dos meses, pudieran acceder a los efectos de protección del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal¹¹³⁷. Posteriormente, con la reforma llevada a cabo en el año 2011, esta polémica se acabó, puesto que con la redacción del vigente artículo 5 bis la comunicación de precurso, podría efectuarse *en cualquier momento anterior* al vencimiento de plazo contenido en el artículo 5.1 de la Ley Concursal; por lo tanto, entendemos que, con el nuevo artículo 5 bis, podrán solicitar el precurso, tanto los deudores en estado de insolvencia inminente como los que se encuentren en estado de preinsolvencia, es decir, que aún son solventes (art. 5 bis 2 LC).

3.3. Las prohibiciones del artículo 105 de la Ley Concursal: control y enforcement

Como bien apuntaba la profesora PULGAR con la solicitud de precurso el deudor común no estaba solicitando la declaración de concurso voluntario, ni estaba solicitando la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (tampoco se trataba de una *medida cautelar* ni de una

¹¹³⁶ Vid., en este sentido el AJM 8 Barcelona, de 11 de mayo de 2009 (AC 2009,1070).

¹¹³⁷ Vid. ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., p. 327.

diligencia preliminar), solo perseguía beneficiarse de la suspensión temporal del plazo de exigibilidad del deber del deudor de presentar la solicitud de concurso (viejo art. 5.3), así como de la protección que le brindaba el artículo 15.3 de la Ley Concursal, esto es, la paralización de las solicitudes de declaración de concurso necesario, desde el momento en que se presenta la solicitud de precurso (viejo art. 5.3)¹¹³⁸.

La activación del precurso (viejo artículo 5.3 LC) suponía la concesión de un espacio temporal de cuatro meses (3+1 meses) para que el deudor negociara «tranquilamente» las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. El deudor negociaría durante esa moratoria temporal de cuatro meses (3+1 meses) las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, que podrá presentar junto a la solicitud de concurso voluntario (art. 104.1); asimismo, una vez transcurridos tres meses desde la solicitud de precurso, el deudor vendría obligado a solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente (viejo art. 5.3), con la posibilidad de presentar una propuesta anticipada de convenio (art. 104.1 LC); dicha propuesta deberá ir acompañada de las de acreedores de cualquier clase, prestadas en la forma establecida en esta Ley y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art. 106.1).

Posteriormente, el juez que conocía de la solicitud de concurso en la que se presentaba también una propuesta anticipada de convenio (art. 104.1), se deberá pronunciar sobre la admisión a trámite de la misma, en el auto de declaración judicial de concurso (art. 106.2); en dicho trámite deberá controlar, además, que el deudor que presenta la propuesta anticipada de convenio no está incurso en ninguna de las prohibiciones que le impedían presentar la misma (art. 105.1). En este sentido como ya apuntó la doctrina, hay que decir que la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo,

¹¹³⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., pp. 461-462.

efectuó «una poda del elenco de prohibiciones» que recaen sobre el deudor y que le impiden, en su caso, formular propuesta anticipada de convenio»¹¹³⁹.

En puridad se suprimieron del artículo 105.1 de la Ley Concursal gran parte de las prohibiciones previstas para vedar la presentación de propuesta anticipada de convenio al deudor común que se encontrara incurso en alguna de ellas. Como ponía de manifiesto el profesor DAMIÁN MORENO, no se entendían demasiado bien las razones de semejante generosidad por parte del legislador, a no ser que lo que realmente se pretendía fuera extender y ampliar la medida a cualquier deudor que se encontrara en estado insolvencia¹¹⁴⁰.

Actualmente, el artículo 105.1 de la Ley Concursal solo regula dos únicas prohibiciones para la presentación de propuesta anticipada de convenio, i) haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, el orden socioeconómico o falsedad documental contra hacienda, seguridad social o los derechos de los trabajadores y, ii) haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación de depósito de cuentas anuales (art. 105.1.1º-2º LC). Esta reforma fue aplaudida por parte de la doctrina, que, incluso, defendía que hubiera sido deseable que se derogara toda prohibición para presentar propuesta anticipada de convenio¹¹⁴¹; pero ante tal tesitura, no se debe olvidar, a pesar de los autores que pretenden hacer ver lo contrario, que el *convenio anticipado* se ha venido concibiendo por la doctrina como una medida en beneficio exclusivo de un determinado tipo de deudores¹¹⁴², que por tanto, no estuvieran incurso en alguna de las prohibiciones legalmente establecidas (art. 105.1). Si una vez admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio el juez tuviera conocimiento de que el deudor estaba incurso –o lo hubiera estado anteriormente– en alguna de las prohibiciones establecidas por la Ley

¹¹³⁹ Vid. GARCÍA-CRUCES, J.A., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La reforma de la Ley Concursal...», op. cit., p. 64.

¹¹⁴⁰ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas...», op. cit., p. 159.

¹¹⁴¹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 460; GARCÍA-CRUCES, J.A., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal...*, op. cit., pp. 63-64.

¹¹⁴² ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El convenio anticipado*, op. cit., p. 35.

(art. 105.2), el juez de oficio o a instancia del órgano de administración concursal o de parte interesada, y en todo caso después de ser oído al deudor, declarará sin efecto la propuesta y pondrá fin a su tramitación (art. 105.2).

Según expone la doctrina especializada¹¹⁴³, era un poco inconexo el hecho de que un deudor común, que pudiera estar incurso en algunas de las prohibiciones que prescribe la Ley Concursal para presentar propuesta anticipada de convenio (art. 105.1), pudiera acogerse al procedimiento de precurso (viejo art. 5.3) para negociar un «convenio anticipado» que le está prohibido *ab initio* (art. 105.1)¹¹⁴⁴. Aunque frente a esta cuestión algún autor¹¹⁴⁵ entendía que la única prohibición que había que tener en cuenta a la hora de vedar al deudor la presentación de propuesta anticipada de convenio, era la contenida en el artículo 105.1.1º (sentencia de condena penal firme), puesto que la prohibición de haber infringido la obligación de depósito de las cuentas anuales, podía ser fácilmente subsanable:

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

Con respecto a la prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio por haber incumplido la obligación del depósito de las cuentas anuales de los últimos tres ejercicios (art. 105.1.2º), la doctrina entendía que esta prohibición, sólo podrá referirse a los deudores que, obviamente, vengán obligados a tal proceder y, de acuerdo con las normas que disciplinen tal

¹¹⁴³ ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., p. 324; AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 43.

¹¹⁴⁴ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 460.

¹¹⁴⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 461 ; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., p. 324.

exigencia¹¹⁴⁶, pues como apuntaba ROJO «dicho deber legal no tiene un carácter general: ni todas las personas naturales y jurídicas, obligadas a formular cuentas anuales, están obligadas a depositarlas en un Registro Público, ni las personas obligadas tienen que depositarlas en el mismo Registro»¹¹⁴⁷.

En el momento de presentar la solicitud de precurso (viejo art. 5.3, y actual 5 bis), el profesor ALCOVER GARAU advertía que el hecho de que el deudor no hubiera efectuado el depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil, no debía tenerse en cuenta para vedar la posibilidad al deudor de poderse presentar propuesta anticipada de convenio y, por ende, también vedarle el acceso al precurso (viejo artículo 5.3), puesto que el incumplimiento de las obligaciones de depósito de cuentas anuales puede ser fácilmente subsanable y cumplido tardíamente¹¹⁴⁸. Sobre la prohibición por haber incumplido la obligación legal de depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil,

Es cierto que había que incentivar y favorecer el uso de la propuesta anticipada de convenio (arts. 104 y ss.), pero, en nuestra opinión, no a costa de derogar todas las prohibiciones previstas en el artículo 105 de la Ley Concursal, como sugerían algunos autores¹¹⁴⁹; además, creemos que no era oportuno eliminar dichas prohibiciones, puesto que la propuesta anticipada de convenio debe ser entendida como un *beneficio exclusivo* del deudor común (como único

¹¹⁴⁶ GARCÍA-CRUCES, J.A., Y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal...*, op. cit., p. 65. Como dicen los autores, habrá que atender al régimen jurídico a que se sujeta el deudor concursado para, en primer lugar, determinar la procedencia de este deber de depósito y, por tanto, la posibilidad de esta prohibición ex art. 105 de la Ley Concursal, pero, también, para determinar el alcance y modo de cumplimiento del deber impuesto: por ejemplo, las fundaciones tienen la obligación de depositar las cuentas anuales, pero lo deben hacer, previo examen de la documentación contable por parte del patronato, en el Registro de Fundaciones (art. 25.7 Ley de Fundaciones); en el mismo sentido ver a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El convenio anticipado*, op. cit., 69-72;

¹¹⁴⁷Vid. ROJO, FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El convenio anticipado*, op. cit., p. 69.

¹¹⁴⁸ Vid. ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., p. 324. En el mismo sentido se pronuncia PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 461.

¹¹⁴⁹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 460; GARCÍA-CRUCES, J.A., Y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal...*, op. cit., pp. 63-64.

legitimado para formularla), al que podrá optar¹¹⁵⁰, siempre y cuando éste, no estuviera incurso en ninguna de la prohibiciones previstas en dicho precepto (art. 105.1.1º-2º LC).

En definitiva, como la Ley Concursal no presume el cumplimiento del deber legal de depósito de cuentas anuales de los últimos tres ejercicios (art. 105.1.2º), sería razonable, al igual que ocurre cuando se presentaba propuesta anticipada de convenio, que el juez que conociera de la solicitud de concurso verificase, a la hora de admitir a trámite la solicitud del mismo (viejo art. 5.3), si el deudor estaba incurso en alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 105.1 de la Ley Concursal, por lo que, a nuestro juicio, hubiera sido deseable exigir, en el momento de la solicitud de concurso (viejo art. 5.3), que el deudor adjuntara una certificación registral que acreditara que el deudor que pretende acogerse al concurso ha depositado las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios¹¹⁵¹.

En la derogada regulación, existía un sector jurisprudencial que entendía que las prohibiciones del artículo 105 de la Ley Concursal también operaban con la comunicación del inicio de negociaciones para una propuesta anticipada de convenio, y, por lo tanto, el deudor que estuviera incurso en alguna de las prohibiciones debía *removerlas* (si ello fuera posible) antes de formular la solicitud de concurso (viejo art. 5.3), *verbi gratia*: depositando las cuentas anuales que faltaban por depositar¹¹⁵². Asimismo, parecía entenderse que si la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio se condicionaba a que el deudor solicitante no estuviera incurso en ninguna de las prohibiciones legalmente establecidas (art. 105.1), también entendemos —siguiendo lo

¹¹⁵⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El Convenio anticipado*, op. cit., p. 35.

¹¹⁵¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Prohibiciones», art. 105, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, p. 1957 y ss.

¹¹⁵² Vid., en este sentido AJM Granada, de 11 de mayo de 2009 (JUR 2009, 215005), que defendía que en la admisión a trámite de la solicitud de concurso habría que verificar que el deudor no se encuentre incurso en ninguna de las prohibiciones del artículo 105.1 de la Ley Concursal; en la misma línea está el AJM Cuenca, de 7 de julio de 2009, que *inadmitió* un solicitud de concurso (ex art. 5.3) debido a que el deudor solicitante no había depositado las cuentas anuales del ejercicio 2008, en el registro mercantil.

apuntado por algunos autores— que la admisión a trámite de la solicitud de concurso debía estar condicionada a la verificación de dicho requisito¹¹⁵³.

3.4. ¿Era necesario el control judicial de los presupuestos y requisitos de la solicitud de concurso (viejo art. 5.3 LC)?

Después de tratar todos los requisitos de mérito exigidos por el viejo artículo 5.3 de la ley Concursal (actualmente derogado). Nos preguntamos si era realmente necesario que el juez del concurso ejerciera un auténtico control de la solicitud de concurso en el momento de la admisión a trámite de la misma para comprobar que el deudor solicitante del concurso cumple con todos los presupuestos y requisitos de mérito exigidos por la norma. Como ya hemos tenido ocasión de ver en pasajes anteriores, desde el nacimiento del artículo 5.3 de la Ley Concursal afloraron dos tesis a la hora de interpretar la norma: i) a tesis formalista o también denominada procesalista, iniciada por el entonces Magistrado especialista en materia mercantil Blas Alberto GONZÁLEZ NAVARRO¹¹⁵⁴ (doctrina minoritaria), y, otra contraria a la anterior tesis, que interpretaba el artículo 5.3 de una forma más flexible (doctrina mayoritaria)¹¹⁵⁵.

Como ya hemos apuntado, la tesis procesalista entiende que el deudor no podía hacerse acreedor de la protección que dispensaba el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), con la mera presentación de la

¹¹⁵³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 460.; en esta línea también AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p 43.

¹¹⁵⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo art. 5.3...», op. cit.; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^aJ., «La negociación de convenio anticipado de acreedores como causa de “suspensión” del deber de instar el concurso», en *Diario La Ley*, n.º 7264, sección tribuna, 19 de octubre 2009, año XXX, p. 2; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3...», op. cit., pp. 325-326.

¹¹⁵⁵ DÍAZ MORENO, A., «Nuevo régimen del convenio y algunas cuestiones procesales», en *El notario del S.XXI*, mayo-junio, 2009, p. 59; PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias concursales...», op. cit. p. 72; de la misma autora véase también, *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 460; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso», en *RdCyP*, n.º 12, 2010, p. 260; GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «El presupuesto objetivo...», op. cit., p. 194; VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, valencia, 2011, p. 39. AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 57.

comunicación de precurso, sin acreditar ninguno de los presupuestos y requisitos que debía cumplir el deudor. Las meras alusiones generales a los requisitos formuladas por el deudor en la solicitud de precurso, no eran suficientes para admitir a trámite la solicitud de precurso (viejo art. 5.3). Siguiendo los postulados esgrimidos por esta tesis el deudor solicitante del precurso tendría que acreditar, con un mínimo *principio de prueba* que se encontraba en situación de insolvencia actual, que había iniciado negociaciones para la obtención de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, que no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones previstas en el artículo 105 de la Ley Concursal.

Por el contrario, la tesis flexible, a la que se sumó la doctrina mayoritaria, defendía la idea de que la solicitud de precurso era una mera comunicación, y que el deudor común en el momento de la admisión a trámite de la solicitud de precurso no tenía que acreditar ninguno de los presupuestos y requisitos antes mencionados, simplemente bastaba con esgrimirlos expresamente en la solicitud de precurso. Por lo tanto, se entendía que el deudor comunicaba al juzgado, bajo su responsabilidad, que se encontraba en situación de insolvencia actual, que había iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, haciendo mención de que no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones previstas en el artículo 105.1 de la ley Concursal, sin necesidad de aportar prueba con la comunicación. Entender lo contrario sería dotar de un excesivo rigor y formalismo a la solicitud de precurso afectando a su tramitación y a la finalidad de la misma, esto es, la consecución de una propuesta anticipada de convenio, impidiendo la consecución de la misma¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁶ QUINTANS EIRÁS, R., «*Luces y sombras en la reforma de las propuesta...*», op. cit., pp. 760 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de acreedores», op. cit., p. 460, ídem., «Estrategias preconcursales...», op. cit., pp. 72 y ss.; AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., pp. 57-58; GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «El presupuesto objetivo del concurso...», op. cit., pp. 194 y ss.; en cuanto a los pronunciamientos judiciales que abrieron la brecha decantándose por una interpretación flexible del viejo artículo 5. 3 de la Ley Concursal, véase por todos: el AJM 5 Madrid, 17 de abril de 2009 (AC 2009, 10).

3.5. La aprobación del Anteproyecto de reforma de la Ley Concursal, de 16 de diciembre de 2010 y, la posterior promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ¿zanjaban realmente la cuestión?

Es cierto que con la aprobación del Anteproyecto de reforma de la ley Concursal el 16 de diciembre de 2010¹¹⁵⁷, podría decirse que, de alguna manera, se zanjó, de forma diáfana, la cuestión sobre el contenido de la solicitud de precurso y la acreditación de los presupuestos y requisitos del artículo 5 bis, pues, el artículo 5 bis proyectado nos decía que: «*el juez, una vez recibida la comunicación, dejará constancia de la misma, sin más trámites*» (art. 5 bis 3)¹¹⁵⁸; la Ley 38/2011, de 10 de octubre, también mantuvo dicha dicción a la hora de reformar el artículo 5 bis de la Ley Concursal. Por lo tanto, según el contenido del precepto parecía que el legislador apostaba por entender que la comunicación, *rectius*: la solicitud de precurso, era una mera comunicación al juzgado, cuyos presupuestos no debían ser objeto de control previo por parte del juez para tener por presentada la comunicación, pues, como afirman los partidarios de la interpretación flexible del viejo art. 5.3 (actualmente derogado), el hecho de que no se exija el control por parte del juez en la fase de admisión a trámite de la solicitud de precurso, no significaba que no existiera control judicial a posteriori, cuando se declarase el posterior concurso¹¹⁵⁹.

3.6. Nuestra tesis sobre la cuestión

Según la *ratio legis* del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), era razonable defender la interpretación flexible, puesto que el

¹¹⁵⁷ Véase el artículo 5 bis proyectado en el Anteproyecto de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, aprobado el 16 de diciembre de 2010 y el artículo 5 bis 3 de la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicado en el el BOE nº 245, de 11 de octubre de 2011.

¹¹⁵⁸ Así lo expusimos en GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del “precurso” en la reforma de la Ley Concursal», en *Diario Económico Expansión*, sección opinión, 10 de enero de 2011, p. 31.

¹¹⁵⁹ Vid., por todos a FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad...», op. cit., p. 260; AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 66.

objeto de la solicitud de concurso de acreedores en sus dos primeros años de vigencia era la consecución de una propuesta anticipada de convenio que coadyuvara a tramitar en menor tiempo y con menor coste la declaración de concurso posterior (viejo art. 5.3). Parecía que el legislador había ideado un procedimiento para incentivar el uso de la propuesta anticipada de convenio, que desde su promulgación en el año 2003, vino siendo infrutilizada¹¹⁶⁰ por los deudores declarados judicialmente en concurso; desde su introducción en el año 2003, se ha podido constatar el fracaso¹¹⁶¹ del mecanismo de la propuesta anticipada de convenio, debido, en gran medida, a la falta de confianza de los deudores en los mecanismos concursales anticipados a la hora de resolver su situación de insolvencia, prolongando su estado de insolvencia hasta cotas insostenibles, y, llegando posteriormente al concurso *intempestivamente* con una situación patrimonial verdaderamente «lamentable».

A pesar de lo anterior, nosotros entendemos que el concurso de acreedores es un procedimiento que ofrece una gran riqueza de oportunidades, puesto que, a nuestro juicio, el artículo 5.3 ya albergaba un potencial procedimiento preventivo de concurso (tanto voluntario como necesario), y, por tanto, a nuestro entender, se debía dotar de mayor exigencia a la admisión de trámite de la solicitud de concurso de acreedores (viejo art. 5.3). Entendemos que no es malo exigir la acreditación de los presupuestos o requisitos de mérito en sede de admisión a trámite de la solicitud de concurso de acreedores, ni ello tiene por qué afectar a su tramitación ni a las finalidades perseguidas por el mismo, es más, que exista un

¹¹⁶⁰ JACQUET YESTE, T., «La propuesta anticipada de convenio en las reformas de la Ley Concursal», en *RdCyP*, monografía, n.º 17, p. 215; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma inarmónica de la Ley Concursal», en *AJA*, n.º 775/2009, p. 7; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)», en *RdCyP*, n.º 11, 2009, pp. 86-88; YANES YANES, P., «La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio», en *Diario La Ley*, n.º 7161, sección doctrina, 24 de abril 2009, año XXI; pp. 8-9; DÍAZ MORENO, A., «Nuevo régimen del convenio GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio concursal», en *RdCyP*, n.º 15, 2011, pp. 76-77. También, ampliamente, véanse todas las críticas formuladas sobre la propuesta anticipada de convenio en el trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El convenio anticipado*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 35 y ss

¹¹⁶¹ Vid., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta anticipada de convenio...», op. cit., pp. 86-88.

control por parte del juez previo a la admisión a trámite de la solicitud de concurso, garantizaría que no accedieran solicitudes infundadas de deudores profesionales que simplemente buscaran retrasar el pago a sus acreedores, y, en ningún caso, estuvieran dispuestos a alcanzar ningún tipo de acuerdo con los acreedores, retrasando deliberadamente la declaración judicial de concurso, y, por ende, agravando la situación de insolvencia hasta cotas insospechadas.

Entendemos que si un deudor se acoge al precurso sin ninguna intención de negociar adhesiones para un propuesta anticipada, negociar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos, estaría produciendo un grave perjuicio a los acreedores difícilmente resarcible, puesto que el deudor – sin ánimo de negociar – al retrasar su declaración de concurso, agotaría su moratoria temporal de cuatro meses (3+1 meses), agravando – no nos queda duda de que así será – su situación de insolvencia. Creemos que sería bueno hacer una especie de «filtro» en fase de admisión a trámite de la solicitud de precurso, para evitar que deudores «desaprensivos» y sin «escrúpulos» puedan utilizar el precurso para prolongar y, por ende, para agravar su situación de insolvencia en perjuicio de los acreedores; y, lo que sería peor, que el deudor utilizara el precurso de manera fraudulenta para jugar con el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso, intentando eludir a las temidas *acciones rescisorias concursales* (ex art. 71 LC)¹¹⁶². Es cierto que se podría aducir el contenido del artículo 22.1 de la ley Concursal para zanjar la anterior cuestión, pues dicho precepto establecía que a los efectos de dicho precepto, la solicitud de concurso realizada conforme al viejo artículo 5.3 o el 5 bis se entendía presentada el día

¹¹⁶² El procedimiento de precurso (viejo art. 5.3, y actual 5 bis LC), podría ser utilizado por los deudores de manera fraudulenta para esquivar el periodo sospecho de los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso con el objeto de conseguir eludir las acciones de reintegración de la masa (ex art. 71.1 LC): «*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*». Según AZNAR GINER, el problema se evita retrotrayendo la declaración de concurso y sus efectos a la fecha en la que se presentó la comunicación de precurso. Véase AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 84; pero a nuestro juicio, esa posibilidad que ya estaba incluido en el artículo 22.1 de la Ley Concursal, no resolvía efectivamente el problema arriba reseñado.

en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo¹¹⁶³. Pero si observamos con atención la dicción literal del artículo 22.1 de la Ley Concursal, es cierto que se refiere *a los efectos de dicho artículo*, en ningún caso se hace referencia a las acciones de reintegración (ex art. 71.1) ni a los efectos de la sección de calificación del concurso (163 y ss.), por lo tanto, se plantean dudas de si ese escudo operaría frente a un posible acción de reintegración en los casos en los que un deudor que se hubiera acogido al precurso (viejo art. 5.3, actual 5 bis) con la clara intención de retrasar su declaración de concurso para evitar que algún acto perjudicial para la masa realizado, por el mismo, dentro de los años anteriores a la declaración de concurso, pueda ser rescindido por una acción de reintegración instada por el órgano de administración concursal (ex art. 72.1 LC). Por lo tanto, no estaría de más que, de *lege ferenda*, se introdujeran reformas encaminadas a configurar un mecanismo de control que actuara de filtro de las solicitudes de precurso en la fase de la admisión a trámite, para intentar evitar que se puedan dar posibles fraudes en perjuicio de los acreedores por parte de los deudores insolventes más «desaprensivos».

El «filtro» podría consistir en que la norma exigiera que el deudor que presente la solicitud de precurso, tuviera que acreditar todos los requisitos de mérito y presupuestos exigidos por la norma (viejo art. 5.3, actual 5 bis); si se optara por este control en sede de admisión a trámite, la carga de probar la concurrencia de los requisitos de mérito y de los presupuestos exigidos no sería tan excesiva, pues, valdría con un mínimo *principio de prueba*¹¹⁶⁴ que, de forma interina, permitiera al juez (mediante un juicio indiciario) entender que el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual, que ha iniciado negociaciones para adhesiones a un propuesta anticipada de convenio y, que no se encuentra incurso en algunas de las prohibiciones previstas en el artículo

¹¹⁶³ El artículo 22.1 de la ley Concursal reformado por la ley 38/2011, de 10 de octubre, disponía lo siguiente: «A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada conforme al artículo 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo».

¹¹⁶⁴ Vid., el trabajo de GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo art. 5.3...», op. cit., p. 122; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el art. 5.3...», op. cit., pp. 325-326.

105.1 de la ley Concursal¹¹⁶⁵. Creemos que la exigencia de establecer la carga de probar dichos extremos (presupuestos y requisitos) no hacía, a pesar de lo que aducía la doctrina¹¹⁶⁶, fracasar al procedimiento impidiendo la celebración de las propuestas anticipada de convenio, sino que se le dotaría de la seriedad y eficacia necesaria a la hora de evitar que acedan al precurso solicitudes infundadas realizadas con una clara intención fraudulenta.

La admisión a trámite de una solicitud de precurso produce unos efectos tan importantes que el deudor no puede beneficiarse de los mismos de cualquier manera y a cualquier precio, por ello, entendemos que el precurso debe ser un procedimiento habilitado para el deudor que lo merezca, pues, si dicho deudor no es capaz de probar, aunque sea *indiciariamente*, que se encuentra en estado de insolvencia actual o que ha iniciado negociaciones, o, incluso, que no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones del artículo 105 de la Ley Concursal, es que, a lo mejor, no está en condiciones (ni las cumple) de pedir el precurso, e, inmediatamente, por tanto, debería sopesar instar la declaración judicial de concurso para dar tratamiento a su estado de insolvencia.

¹¹⁶⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo art. 5.3...», op. cit., p. 122 y ss.; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el art. 5.3...», op. cit., pp. 325-326.

¹¹⁶⁶ GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «El presupuesto objetivo...», op. cit., pp 194 y ss.; QUINTANS EIRÁS, R., «Luces y sombras en la reforma de la propuesta...», op. cit., p p. 760; PULGAR EZQUERRA, J., El concurso de acreedores..., op. cit., p. 460; AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 58.

Capítulo 8º: Procedimiento

1. La comunicación de negociaciones: La solicitud de concurso

Como ya hemos reiterado, el viejo artículo 5.3 de Ley Concursal albergaba en su redacción un *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*, y por ello, al no tratarse de un proceso jurisdiccional no cabía afirmar que el mismo principiara mediante escrito de demanda (art. 399 LEC). Al igual que todos los expedientes de jurisdicción voluntaria, el procedimiento de concurso se incoaba mediante solicitud¹¹⁶⁷: «la solicitud de concurso» (viejo art. 5.3), mediante la cual, el deudor comunicaba al juzgado de lo mercantil competente que: i) se encontraba en estado de insolvencia actual; ii) que había iniciado negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones para un propuesta anticipada de convenio (viejo art. 5.3). A pesar de que generalmente los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden iniciarse de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o, por solicitud formulada por persona legitimada (art. 14 LJV), la solicitud de concurso necesitaba del impulso del deudor como único y exclusivo legitimado para *promover* la solicitud de concurso (viejo art. 5.3, actual art 5 bis).

Desde un punto de vista dogmático, la solicitud de concurso (viejo art. 5.3, actual 5 bis) no es un escrito de demanda, por lo tanto, en puridad, dicha solicitud no se somete a la formalidad y el contenido exigible a todo escrito de demanda (ex art. 399 LEC). No obstante a lo anterior, en la práctica, el escrito de solicitud de concurso se presenta como si de una demanda se tratara, pues se identifica al deudor en el encabezamiento, su domicilio para que pueda ser emplazado y, además, se exponen numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho que fundamentan la solicitud de concurso.

¹¹⁶⁷ GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, 3ª edición, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 127.

2. La prueba del contenido sustantivo de la solicitud de concurso

Como ya hemos apuntado, una de la mayores polémicas suscitadas en la doctrina en relación con la figura del concurso (viejo art. 5.3, actual art. 5 bis LC), ha sido, desde su nacimiento en el año 2009, la de ver si era necesario *acreditar*, en sede de admisión a trámite, los presupuestos y los requisitos de *mérito*¹¹⁶⁸ exigidos por la norma para poder acceder a la protección legal que dispensaba el concurso (viejo art. 5.3, y art. 5 bis LC). Como es sabido, ante tal tesitura, surgieron dos tesis contrapuestas; en primer lugar, surgió la tesis formal o, también denominada procesalista, que entendía que el deudor común que quería acogerse al concurso debía acreditar con un *principio de prueba*: i) que se encontraba en estado de insolvencia actual; ii) que ha iniciado negociaciones para adhesiones a un propuesta anticipada de convenio, iii) que no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones previstas en el artículo 105.1 de la Ley Concursal.

Según los defensores de esta interpretación más rigurosa y formal, la solicitud de concurso se rige por un principio similar al de merecimiento que establecía el procedimiento de suspensión de pagos ideado por el profesor ROJO en su propuesta de anteproyecto de reforma de Ley Concursal de 1995, aunque mucho más relajado. Este sector doctrinal y jurisprudencial entendía que el juez en el viejo artículo 5.3 de la ley Concursal no podía conceder escudos protectores a deudores que pueden no estar en insolvencia actual, que no tiene intención en negociar propuesta alguna con los acreedores o que incurren en alguna de las dos prohibiciones establecidas en el artículo 105.1 de la Ley Concursal. En puridad, no se podía entregar la protección dispensada por el viejo artículo 5.3, a deudores que sólo trataban de detener el reloj concursal en perjuicio de sus acreedores, para resguardarse de las solicitudes de concurso necesario¹¹⁶⁹. La acreditación de los presupuestos y los requisitos de

¹¹⁶⁸ Nos recuerdan a lo requisitos de merecimiento en el procedimiento de suspensión de pagos que introdujo el profesor Ángel ROJO en los artículos 270 y ss., de su Propuesta de Anteproyecto de reforma de Ley Concursal de 1995. Véase en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 3354 y ss.

¹¹⁶⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., p. 121.

mérito exigidos por el viejo artículo 5.3 (actualmente derogado) sería a través de la aportación por parte del deudor de un *principio prueba*, es decir, la aportación de algún indicio que interpretado de forma interina y razonable permitiera al juez comprobar que concurren y se cumple con los presupuestos y requisitos de mérito exigidos por el precepto.

Desde el punto de vista técnico procesal, lo que realmente se exigía, por los que defendían esta postura formal (o procesalista), era la aportación de una «mera justificación» o también denominada como *semiplena probatio*¹¹⁷⁰; en puridad, se buscaba que el deudor aportara con su solicitud un *principio de prueba* con el que mostrara la mera probabilidad o verosimilitud de la concurrencia del hecho¹¹⁷¹, esto es, la concurrencia de los presupuestos y requisitos exigidos por el viejo artículo 5.3 (actualmente derogado), por tanto, no se busca que el juez quedara convencido de la verdad, como si de una prueba plena se tratara, sino que no resulte la falsedad de lo alegado¹¹⁷² por el deudor en su solicitud de precurso. Además, todo lo anterior se debía a que la resolución que va a fundar el juzgador con el hecho así fijado no entraña adquisición definitiva de derechos. Estamos ante lo que la procesalística denomina: *prueba semiplena*. En el caso que nos ocupa, la carga de probar los presupuestos y requisitos de mérito en la solicitud de precurso, se atenuarían (no se busca el convencimiento pleno del juez con dicha justificación), y no revestirían tanta complejidad como si de una prueba plena se tratara, simplemente requeriría de una *mera justificación*¹¹⁷³ aportada por el deudor en su solicitud de precurso, para que el juez verificara interinamente la mera probabilidad y verosimilitud de que concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos (viejo art. 5.3). Este control de legalidad

¹¹⁷⁰ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil*, (con HERCE QUEMADA), tomo I, 3ª edición, ed. Grafica Administrativa, Madrid, 1951, pp. 276-277

¹¹⁷¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, con MORENO CATENA, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 195.

¹¹⁷² Vid., GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 277.

¹¹⁷³ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 195.

efectuado por el juez, garantizaría que solicitudes infundadas y fraudulentas accedieran a la protección que brinda el precurso

3. Postulación

En la antigua regulación sobre jurisdicción voluntaria (vigente hasta julio de 2015¹¹⁷⁴), regulada en la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se exceptuaba a los actos de la jurisdicción voluntaria de la regla general de postulación del artículo 3 de la LEC, según la cual, «*la comparecencia en juicio será por medio de procurador*». En relación a la asistencia letrada, la jurisdicción voluntaria no precisó de la *actuación mediante asistencia letrada* hasta la reforma del artículo 10.1 de la LEC de 1881, llevada a cabo por la Ley de 23 de julio de 1966 y, tras la reforma llevada a cabo en 1992 a través de la Ley 10/1992 de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, que no exigía la asistencia letrada en determinados actos¹¹⁷⁵. Actualmente, con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, los solicitantes e interesados en los procedimientos de jurisdicción voluntaria deberán comparecer representados mediante procurador y actuar mediante asistencia letrada en los expedientes que así se requiera dentro de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, y, en todo caso, en los casos en los que la Ley no lo exija podrán comparecer voluntariamente representados por procurador y asistidos técnicamente por letrado¹¹⁷⁶.

En el caso del procedimiento de precurso, el viejo artículo 5.3 y, el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal mantenían silencio con respecto a si era necesario que la solicitud de precurso fuera firmada por procurador y letrado. Tampoco podíamos aplicar el artículo 184 de la Ley Concursal regulado

¹¹⁷⁴ Hasta que se ha promulgado la nueva ley 15/2015, de 3 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, publicada en BOE nº 158, de 3 de julio de 2015.

¹¹⁷⁵ Vid. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria...*, op. cit., pp. 115-116.

¹¹⁷⁶ El artículo 3.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, BOE nº 158, de 3 de julio de 2015, dispone lo siguiente: «*Tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley. No obstante, aun cuando no sea requerido por la ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente*».

dentro del título VIII, del Capítulo I de la Ley, donde se regulan las normas procesales generales del procedimiento abreviado, los recursos y la tramitación del procedimiento concursal, puesto que entendemos que no procedía su aplicación en el *procedimiento de precurso* (viejo artículo 5.3 y actual artículo 5 bis), ya que, con la solicitud de precurso el deudor no deduce pretensión alguna, ni ejercita acción que ponga en marcha el proceso de declaración de concurso¹¹⁷⁷.

A pesar de que pudiera entenderse que no es preceptiva la postulación procesal en la solicitud de precurso (viejo art. 5.3, y actual art. 5 bis), entendemos que es más que recomendable que del deudor comparezca y actúe representado por procurador (adjuntando a la solicitud el poder conferido al mismo) y asistido de letrado, a la hora de presentar la solicitud de precurso; entendemos que es conveniente que la solicitud de precurso vaya firmada por procurador y letrado, debido a los importantes efectos que se pueden desencadenar con la presentación de la misma y, como indicaba la doctrina, en aras de dotar de mayor seriedad a las negociaciones llevadas a cabo con los acreedores¹¹⁷⁸. Como ya hemos advertido, a pesar de que tanto el viejo artículo 5.3 como el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal no exigen la comparecencia mediante la representación de procurador y la asistencia letrada, pero bien es cierto que, en la práctica forense, el escrito de solicitud de precurso, siempre va firmado por abogado y procurador.

En este sentido, creemos oportuno resaltar que a la hora de solicitar el precurso es más que recomendable que se comparezca representado mediante procurador y con asistencia letrada, no sólo para dar seriedad a la solicitud, sino porque el procedimiento de precurso es un procedimiento muy técnico que precisa en todo momento de asesoramiento jurídico

¹¹⁷⁷ AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 45.

¹¹⁷⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 461; ídem., «Estrategias concursales...», op. cit., p. 72.; AZNAR GINER, E., «*La comunicación del art. 5.3...*», op. cit., p. 45. Dicho autor discrepa de la opinión de la profesora PULGAR EZQUERRA, pues, pone en duda que la firma de letrado y procurador contribuya a la seriedad de la comunicación de precurso.

estratégico, sobre todo por las vicisitudes o acontecimientos que puedan darse en durante de la tramitación moratoria temporal de cuatro meses (3+1 meses) que otorga el precurso y que deba conocer el juzgado competente (*verbi gratia*: imaginemos que el deudor antes de vencer el plazo de la moratoria temporal sale del estado de insolvencia); además, que se haya apoderado a un procurador, a nuestro juicio da seguridad y garantiza una perfecta comunicación entre el juzgado y el deudor¹¹⁷⁹.

4. Legitimación

La legitimación para poder instar la solicitud de precurso la ostenta en exclusiva el *deudor común*, ya sea persona natural o jurídica (viejo art. 5.3, y art. 5 bis LC); como se puede adivinar los acreedores no tienen legitimación para poder solicitar el precurso, pues, debemos entender que el precurso es un beneficio exclusivo del propio deudor (es una *facultad* o *potestad* del deudor), y en el momento que el deudor decide ejercer dicha *facultad*, se produce un situación jurídica frente a la que los acreedores nada pueden hacer y, lo que es más importante, no pueden evitar¹¹⁸⁰.

Otra de las cuestiones que se deben tener en cuenta a la hora de abordar el tratamiento de la legitimación en el procedimiento de precurso es que, en los casos en los que el deudor común legitimado inste la solicitud de precurso para comunicar el inicio de negociaciones para negociar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, éste deberá no estar incurrido en ninguna de las prohibiciones previstas en el artículo 105.1 de la Ley Concursal, puesto que si el deudor estuviera incurrido en cualquiera de ellas, no podría solicitar el precurso. Sin embargo, dichas prohibiciones no operarán

¹¹⁷⁹ A partir del uno de enero de 2016, el Ministerio de Justicia eliminó la utilización de papel judicial, para que todas las notificaciones y escritos se hagan virtualmente, a través de *Lexnet*: la plataforma virtual de intercambio seguro de información (documentos, notificaciones, escritos y demandas) entre los juzgados y todo tipo de operadores jurídicos.

¹¹⁸⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 2ª edición, ed. Colex, Madrid, 2000, p. 198.

cuando el deudor haya solicitado el precurso para comunicar el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (art. 5 bis 1 LC).

Cuando el deudor común es una persona jurídica, *verbi gratia*: una sociedad de capital, el legitimado para decidir y presentar la solicitud de precurso será el órgano de administración o el de liquidación de la sociedad dependiendo de si la misma está en activo o en liquidación, al igual que ocurre a la hora de instar la posterior declaración de concurso voluntario (art. 3.1 LC), una vez transcurren los plazos del precurso (art. 5 bis). Además, será sobre estos órganos sobre los que recaigan las sanciones conectadas ante un eventual incumplimiento del deber de solicitud de concurso en el caso de que la mercantil estuviera en estado de insolvencia actual (arts. 5.1 y 172 bis LC)¹¹⁸¹.

El órgano de administración o de liquidación de una sociedad mercantil que pretendiera instar la solicitud de precurso no necesitaba convocar junta para obtener voto favorable que le permita presentar la solicitud de precurso, pues, si se tuviera que convocar junta previamente, es probable que se pudiera producir un retraso considerable a la hora de instar el precurso y, además, se podría producirse un grave deterioro económico con la publicidad que conlleva la convocatoria de Junta en cuyo orden del día se anunciara la propuesta de presentación de la solicitud de precurso (viejo art. 5.3 y 5 bis LC). Como apuntaba la doctrina, el hecho de que en un sociedad de capital sea el único legitimado el consejo de administración o liquidación, resulta muy razonable y operativo desde un punto de vista pre y post-concursal, pues, la toma de decisiones en el momento preconcursal debe ser rápida y enérgica, sobre todo en el ámbito de grandes sociedades de capital, dónde la convocatoria de junta general, conlleva la observancia de unos requisitos legalmente exigidos que –como ya hemos advertido–, retrasarían la presentación de la solicitud de precurso (viejo art. 5.3, actual 5 bis) y, además, podrían agravar más si cabe, la situación de insolvencia¹¹⁸².

¹¹⁸¹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 381.

¹¹⁸² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 381.

Desde el punto de vista societario, otra de las cuestiones relevantes que hay que traer a colación en este preciso momento, es la *responsabilidad societaria* del consejo de administración o de liquidación por los daños y perjuicios que provoquen al instar la solicitud de concurso (viejo art. 5.3, y 5 bis LC), puesto que aunque la solicitud de concurso produce un serie de beneficios al deudor común, es cierto que también puede provocar lesiones de crédito a la propia sociedad o, incluso, a los socios de la misma (por ejemplo, imaginemos que se advierte en el tráfico jurídico una restricción del crédito por parte de los suministradores y proveedores ante la mera presentación del concurso (viejo art. 5.3, y 5 bis LC)¹¹⁸³. Por lo tanto, el consejo de administración o de liquidación pueden tener que enfrentarse a una acción social (art. 238 LSC) o, individual (art. 241 LSC) de responsabilidad si se producen daños y perjuicios, por la presentación de la solicitud de concurso (viejo art. 5.3, y 5 bis). Por eso como apuntaba la profesora PULGAR para poder eludir dicha responsabilidad societaria, sería recomendable que el órgano de administración o liquidación en estos casos, al presentar la solicitud de concurso acompañara de forma simultánea *convocatoria de junta de la sociedad* o, en su caso, de posterior ratificación de la presentación de la comunicación de concurso por ésta¹¹⁸⁴.

5. Competencia

Como es de sobra conocido, desde el punto de vista del Derecho procesal civil, el ejercicio de la *potestad jurisdiccional*, es decir, la jurisdicción como acto, está limitada, y se distribuye entre los diversos tribunales (órganos jurisdiccionales en plural); es por ello, por lo que el ejercicio de la *potestad jurisdiccional* le corresponde a los juzgados y tribunales según las normas de competencia que las leyes establezcan (art. 117.3 CE)¹¹⁸⁵.

¹¹⁸³ vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso...*, op. cit., p. 382.

¹¹⁸⁴ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., pp. 473-492; ídem., *Preconcurso...*, op. cit., p. 382.

¹¹⁸⁵ Vid. MORENO CATENA, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 44-45.

En palabras del profesor GÓMEZ ORBANEJA, la competencia se puede definir como «el conjunto de asuntos –o procesos– en los que un juzgado o tribunal puede ejercer, conforme dispone la ley, su jurisdicción. Desde un punto de vista subjetivo la competencia es, con relación al órgano jurisdiccional, el derecho y, a la vez el deber, de conocer de un asunto determinado. Y, en relación con las partes, el derecho a llevar ante ese órgano jurisdiccional el asunto y el deber de sometimiento a la actividad del órgano jurisdiccional»¹¹⁸⁶.

A pesar de todo lo anteriormente aducido sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales en el proceso civil español y, teniendo en cuenta que (como ya hemos advertido) el concurso no es un proceso jurisdiccional, sino que es un *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*, al que no le son de aplicación las normas generales de competencia (del proceso) procederemos a analizar quién sería competente para conocer de la solicitud de concurso (viejo art. 5.3, actual 5 bis), según dispone la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

El artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), disponía que la competencia para conocer de la solicitud de concurso la ostentaba el Juez de lo mercantil *competente para su declaración judicial del concurso*. En este sentido, como apuntaba la profesora González Granda las reglas de determinación de la competencia objetiva distribuyen la competencia entre los distintos tipos de órganos judiciales, según el principio de jerarquía y, también –cada vez más frecuente–, en atención a los criterios de especialización judicial¹¹⁸⁷. En conexión con lo anterior, a la hora de abordar el tratamiento procesal de la competencia en materia concursal, la profesora GONZÁLEZ GRANDA afirmaba que de los tres criterios de la atribución de *competencia objetiva* –por razón de la materia, por razón de la persona y por razón de la cuantía (arts. 45 a 49 de la LEC)–, el que realmente se necesitaba a la hora de analizar el

¹¹⁸⁶ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, (Con HERCE QUEMADA), tomo 1, 3ª edición, ed. Grafica Administrativa, Madrid, 1951., p. 96.

¹¹⁸⁷ GONZÁLEZ GRANDA, P., «Jurisdicción y competencia en materia concursal», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AA.VV, *Derecho Procesal Concursal. Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 7, ed. Marcial Pons, pp. 74-75.

tratamiento de la competencia objetiva del juez del concurso, era el criterio *ratione materiae*¹¹⁸⁸.

En este sentido, sin dejar de lado todo lo anterior, podemos afirmar que la *competencia objetiva* de los juzgados de lo mercantil se establece en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, el artículo 8 de la Ley Concursal: «*son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil*» de los que se pueden diferenciar dos vertientes: i) la concursal y, ii) la competencias añadidas a la materia concursal; en este caso para delimitar y determinar la competencia objetiva *ratione materiae* nos interesa la vertiente concursal. Tanto el artículo 86 ter como el artículo 8 de la Ley Concursal vienen a ser normas de competencia objetiva *ratione materiae*, porque en relación con el objeto del proceso concursal (la materia concursal), otorgan directamente a los juzgados de lo mercantil el conocimiento en primera instancia de los procesos concursales¹¹⁸⁹.

Finalmente, una vez que ya hemos acudido al contenido del artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, del artículo 8 de la Ley Concursal, para encontrar el sustento legal que justificara la competencia objetiva de los jueces de lo mercantil a la hora de conocer de la declaración judicial de concurso del deudor –por remisión del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado)–, tendríamos que determinar cuál sería el juzgado de lo mercantil territorialmente competente para conocer de la solicitud de precurso; en este caso, según lo que disponía el artículo 10.1 de la Ley Concursal: «*La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales*». Por lo tanto, para determinar qué juzgado de lo mercantil es territorialmente competente para conocer de la solicitud de precurso habrá que estar al lugar donde tenga el deudor el centro de sus intereses principales (COMI: *Center of main interests*).

¹¹⁸⁸ GONZÁLEZ GRANDA, P., «Jurisdicción y competencia...», op. cit., p. 74

¹¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 76.

Con la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo en el año 2011, en la que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, derogaba el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, introduciendo el nuevo artículo 5 bis 3, cuya redacción establecía que: «El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor». Como podemos observar esta apartado parecía sugerir que dejaba en manos del secretario judicial (Actual letrado de la Administración de Justicia) el conocimiento y la recepción de la solicitud de concurso (art. 5 bis 3 LC).

Desde la entrada en vigor de la ley 38/2011, de 10 de octubre, se atribuye (al menos eso parece según el apartado 3 del artículo 5 bis) la competencia objetiva para conocer de la solicitud de concurso por parte de letrado de la Administración de Justicia (antiguos secretarios judiciales), y, esta competencia tiene su justificación, pues, el procedimiento de concurso, desde su introducción en el Ordenamiento jurídico concursal (en el año 2009) es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y, por ello, el legislador ha querido descargar de trabajo al juez de lo mercantil, atribuyendo la competencia para conocer la solicitud de concurso y dejar constancia de la misma al secretario judicial (actual letrado de la Administración de Justicia).

6. Tramitación

Como es de sobra conocido, el procedimiento de concurso no pone en marcha ningún proceso jurisdiccional, ni la solicitud del mismo supone el ejercicio de la denominada *acción concursal*. Separándonos de la doctrina que defendía que el concurso era una *mera comunicación* al juzgado, entendemos que el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado) vino a configurar una especie de procedimiento alternativo al concurso, de tramitación aparentemente sencilla.

En primer lugar, a la hora de describir la tramitación del procedimiento de concurso, no había que perder de vista tanto el viejo artículo 5.3 como el artículo 15.3 de la Ley Concursal; el deudor común en estado de insolvencia actual, instaba la *solicitud de concurso* dentro del plazo de los dos meses

siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. En dicha solicitud, el deudor comunicaba al juzgado competente que había iniciado negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Tras la presentación de la solicitud de precurso, el juez competente para la declaración del concurso recepcionaba la misma, y dictaba un auto (salvo que fuera inadmitida por el juez por no tener competencia para conocer de la misma o, porque el deudor estuviera en estado de insolvencia inminente) en el que concedía al deudor solicitante una moratoria temporal de cuatro meses (3+1 meses), para que el mismo llevase a cabo dichas negociaciones sin ningún tipo de presión.

Durante esos cuatro meses de moratoria temporal, a pesar de que lo que puedan entender algunos¹¹⁹⁰, el juez, a nuestro juicio, no se mantenía impasible ante la solicitud de precurso, pues, durante esos cuatro meses de moratoria temporal, *no proveía* ninguna solicitud de concurso necesario instadas por los acreedores durante la tramitación del precurso –solicitudes posteriores a la solicitud de precurso–, al menos, hasta que no venciera el plazo de un mes previsto en el precepto, y, sólo, en el caso de que el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso voluntario (viejo art. 15.3 LC). Si el deudor solicitaba la declaración de concurso una vez vencía el plazo de un mes, el mismo se tramitaba conforme al artículo 14 de la Ley, esto es: como concurso voluntario (viejo art. 15.3). Una vez declarado judicialmente el concurso, las solicitudes de concurso necesarias instadas por los acreedores durante la tramitación del precurso se unían a los autos, teniendo por comparecidos a los acreedores solicitantes (viejo art. 15.3 *in fine*).

A pesar del proceder general anteriormente descrito, es cierto que se podían dar situaciones extraordinarias en la tramitación del precurso; por ejemplo, en el caso de que el deudor no instara la declaración de concurso tras el vencimiento del plazo de un mes establecido por el precepto –v.gr., por haber removido su estado de insolvencia al haber alcanzado un acuerdo de

¹¹⁹⁰ PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias precursoales...», op. cit., p. 75; AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 67

refinanciación—, el juez competente no podía proceder a declarar el concurso, pues, como es sabido en nuestro sistema concursal no se reconoce la posibilidad de la declaración judicial de concurso *ex officio*¹¹⁹¹; pero, lo que sí podía hacer era proveer la solicitud de concurso necesario instada durante la tramitación de concurso (si la hubiera), que se tramitaría, obviamente, por los cauces del artículo 15 de la Ley, es decir, como concurso necesario.

En otro orden de cosas, es oportuno analizar otra cuestión de orden procedimental que se planteaba en la práctica forense a la hora de abordar si cabía la posibilidad de *desistir* de la solicitud de precurso una vez que el deudor había removido su situación de insolvencia durante el plazo de los cuatro meses de prórroga concedida por el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal. En primer lugar, tenemos que decir que el *desistimiento* es una *institución procesal* que consiste en la «declaración unilateral de voluntad del actor por la que tiene por abandonado el proceso, sin que ello suponga renuncia de la acción (art. 20.3.II LEC)»¹¹⁹². Como dice el profesor Valentín CORTÉS el desistimiento es un acto cuyo efecto es la terminación del proceso por medio de una resolución en la instancia, en forma de decreto del letrado de la Administración de Justicia, que se denomina de sobreseimiento, quedando el mismo imprejuizado en el fondo y, por tanto, pudiéndose incoar el proceso en cualquier momento posterior¹¹⁹³.

Asimismo, debemos apuntar el desistimiento es la figura procesal regulada en el artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mediante la cual un actor puede abandonar un proceso jurisdiccional ya iniciado, por lo que el uso de la expresión *desistimiento* para denominar la voluntad de terminar el procedimiento de precurso (viejo art. 5.3 LC) sería impropio, ya que, como

¹¹⁹¹ Sobre la imposibilidad de declarar el concurso *ex officio* en el Derecho concursal español, véase nuestro trabajo PACCHI, S. Y GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La intervención y los poderes de disposición el Ministerio Fiscal en el proceso concursal Italiano y español», en *ADco*, n.º 28, enero-abril 2013, pp. 277-278.

¹¹⁹² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, 8ª edición, (Con MORENO CATENA), ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 327.

¹¹⁹³ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 327-328.

sabemos, el precurso no es un proceso jurisdiccional. Además, la técnica que se desprende del artículo 20.3 de la LEC requiere, para que el desistimiento se materialice, del consentimiento del demandado, pues, éste puede tener interés en que el proceso prosiga y llegue a su fin, siendo resuelto por sentencia firme con autoridad de cosa juzgada. Por lo tanto, en puridad, entendemos que no procede trasladar análogamente el esquema del *desistimiento* –en el sentido técnico-procesal de la figura– al procedimiento de precurso, puesto que, a pesar de que el artículo 8 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, De Jurisdicción Voluntaria establece el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la presente Ley», el precurso no es un proceso jurisdiccional.

A pesar de que en el precurso no se puede acudir técnicamente al artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que no estamos genuinamente ante un proceso, la doctrina utiliza impropiaente la palabra *desistimiento* a la hora de defender que el deudor que sale del estado de insolvencia durante el transcurso de los cuatro meses de moratoria (viejo art, 5.3) puede *desisitir* de la solicitud inicial de precurso. Partiendo de la idea de que el precurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, algún autor afirma que es posible admitir el *desistimiento* en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, siempre y cuando el objeto de los mismos versen sobre derechos disponibles, pero, además, será necesario el consentimiento de los terceros interesados¹¹⁹⁴. Es cierto que la petición de precurso es concebida como un facultad o potestad exclusiva del deudor, sobre un derecho a negociar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, pero a la hora de trasladar el esquema operativo del *desistimiento*, se hace necesario contar con el consentimiento de los terceros interesados, esto es: los acreedores con los que se está negociando. Por lo tanto, el deudor, lo que si puede hacer es presentar una segunda solicitud de precurso (ex art 5.3 y art. 5 bis) en la que le comunicara

¹¹⁹⁴ GONZÁLEZ POVEDA, B., «La jurisdicción voluntaria, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1997, p.

al órgano jurisdiccional que ha salido del estado de insolvencia y que retira su anterior petición de concurso (revocación de la solicitud inicial de concurso¹¹⁹⁵), que aunque la doctrina lo haya denominado de forma impropia: desistimiento, su posibilidad debe ser entendida de forma operativa (en la práctica, se utiliza mucha terminología procesal en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, aunque técnicamente no proceda¹¹⁹⁶), aunque de forma impropia.

Por otro lado, como ya hemos dicho en anteriores pasajes, somos conscientes de que, en sus inicios, el único objeto del procedimiento del concurso era la obtención de las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 5.3, 104 y 106 LC), descartándose la posibilidad de poder utilizar la moratoria temporal para *refinanciar pasivo*. Pero, como ya hemos defendido, el deudor común, en paralelo a la negociación para la obtención de las adhesiones para la propuesta de convenio, también podía llevar a cabo –bajo su responsabilidad– negociaciones con acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación en virtud del *principio de la autonomía de la voluntad* (art. 1255 CC), que, a pesar de no estar técnicamente cubiertas por la protección que otorgaba el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, indirectamente, dichos acuerdos se beneficiaban de todos los efectos positivos que se desprendían de dicho precepto¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁵ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^aJ., «La negociación del convenio anticipado de acreedores como causa de suspensión del deber de instar el concurso», en *Diario La Ley*, n.º 7264, sección tribuna, 19 de octubre de 2009, año xxx, p. 2

¹¹⁹⁶ PICO I JUNOY, J. «El notario y la nueva Ley de jurisdicción voluntaria», en *la Notaria*, n.º 3, 2015, pp. 19-22.

¹¹⁹⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., pp. 463-464; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^aJ., «La negociación del convenio anticipado de acreedores como causa de suspensión del deber de instar el concurso», en *Diario La Ley*, n.º 7264, sección tribuna, 19 de octubre de 2009, año xxx, p. 2.; GONZÁLEZ NAVARRO parece llegar también a la misma solución aduciendo que la falla del sistema ideado no tiene solución, puesto que el juez deposita el escudo protector del concurso enteramente en manos del deudor, sin control alguno, de forma que puede ser utilizado para un fin totalmente distinto; el legislador otorga a todos los deudores en estado de insolvencia una facultad para congelar los plazos del artículo 5 y negociar con tranquilidad, ya sea para un convenio anticipado, ya sea para refinanciar, teniendo, además, la seguridad de que, si todo ello fracasara, puede luego solicitar la declaración de concurso voluntario con normalidad. El oscuro, desde luego es atractivo. Véase GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., pp. 124-125.

En estos casos, en los que el deudor a la vez que negocia las adhesiones a un propuesta anticipada de convenio, lograrse –de forma paralela– alcanzar un acuerdo de refinanciación con los acreedores (antes, incluso, de que se agotara el plazo de los cuatro meses de prórroga que otorgaba el precurso), se tendía a presentar –así se estaba haciendo en la práctica forense– una «segunda comunicación» al juzgado en la que se informara que se había conseguido remover su situación de insolvencia, y, que, por tanto, no se iba a solicitar la declaración de concurso voluntario¹¹⁹⁸. A pesar de la opinión contraria de algún autor¹¹⁹⁹, esta práctica podía de ser de gran ayuda para demostrar –en el caso de que el procedimiento refinanciador fracasara y, por tanto, no evitara la insolvencia–, la buena fe y transparencia del deudor y de los acreedores que participaron en el proceso refinanciador, todo ello con el objeto de eludir la calificación de culpable del concurso (ante una eventual apertura de la sección de calificación) y, para los segundos eludir los riesgos de una eventual rescisión de la refinanciación (art. 71 LC)¹²⁰⁰.

Ahora bien, dicha negociación refinanciadora debía haber sido real (para evitar cualquier consideración de fraude –también en la vertiente procesal–), pues, para que esta «segunda comunicación» pudiera gozar de plena

¹¹⁹⁸ Se muestran partidarios de que el deudor pueda utilizar la segunda comunicación al juzgado informando que se ha removido su situación de insolvencia actual, véase a PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^aJ., «La negociación del convenio anticipado...», op. cit., pp. 2-3; GARCÍA-VILLARRUBIA, y RODRÍGUEZ, L.E., «Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación...», op. cit., p. 595, en este caso, dichos autores entienden que no es que sea imprescindible la segunda comunicación informando al juzgador que, durante la tramitación de los plazos del precurso se ha conseguido salir del presupuesto, pero tampoco es perjudicial para el deudor. En todo caso si se formulase la misma, el juez no deberá pronunciarse sobre si ha removido o no su situación de insolvencia, dicha carga será del deudor que bajo su responsabilidad, deberá valorar si se ha conseguido dicha remoción, de forma que si, realmente, no se salió del estado de insolvencia, posteriormente podrá se declarad judicialmente en concurso sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse en el plano de la responsabilidad concursal.

¹¹⁹⁹ AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 70. «Sin perjuicio que dicho escrito supone un prueba innegable del incumplimiento por tal deudor del régimen del art. 5.3, que se podrá volver en su contra en un futuro, lo cierto es que tal escrito no presenta gran utilidad pues ni prejuzga la situación o no de insolvencia que se dice abandonada ni evita que tercero inste el concurso necesario que dice ya no es insolvente».

¹²⁰⁰PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^aJ., «La negociación del convenio anticipado...», op. cit., pp. 2-3.

transparencia y seriedad, era necesario, a nuestro juicio, que se reflejara en la misma todos los extremos y contenidos del convenio de refinanciación que se ha alcanzado, junto a la contabilidad del deudor común¹²⁰¹. Además, esta segunda comunicación podría ser muy útil, para permitir a los deudores y a sus administradores hacerse con todos los medios de prueba posibles para justificar la bondad y la transparencia de su actuaciones, ante una eventual sección de calificación, pues, no es infrecuente en la práctica que, las empresas una vez consiguen refinanciar, vuelvan a estar, al poco tiempo, en estado de insolvencia¹²⁰². Por todo lo argumentado es posible puede ser idóneo plantear dicha segunda comunicación, pues, no sólo serviría para que el deudor pudiera acreditar que la negociación existió y permitió pensar en la viabilidad de la empresa, sino que también serviría, en aras de demostrar la diligencia del deudor, para acreditar el tiempo en el que la empresa ha sido solvente tras el alcance del acuerdo de refinanciación¹²⁰³.

A pesar de que no cabe hablar de *desistimiento* en sentido técnico procesal, podría decirse que la «segunda comunicación» a la que hemos hecho referencia puede ser considerada una especie de solicitud de archivo (anticipado) del expediente de preconcurso, pues en ella, se le informaría al juez de que tras haber conseguido remover su situación de insolvencia, no se va solicitar el concurso voluntario en el mes hábil siguiente. En definitiva, entendemos que si el deudor salía del estado de la insolvencia antes de que se agotaran los cuatro meses de prórroga temporal concedidos por el preconcurso, no se le podía obligar a seguir tramitando el mismo, ya que, a nuestro juicio, se produciría una situación cuando menos «extravagante», pues, si el deudor ya no estaba en estado de insolvencia no cabía que fuera declarado en concurso y, por elemental sentido común, no cabía exigirle que formulara una solicitud de

¹²⁰¹ Vid. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^a.J., «La negociación del convenio anticipado...», op. cit., p. 3.

¹²⁰² Vid. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^a.J., «La negociación del convenio anticipado...», op. cit., p. 3.

¹²⁰³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^a.J., «La negociación del convenio anticipado...», op. cit., p. 3.

concurso improcedente¹²⁰⁴; si así se hiciera se estaría sometiendo al deudor «solvente» a un concurso fáctico sin estar, siquiera, en estado de insolvencia. A nuestro juicio tal polémica se podría zanjar haciendo una interpretación sistemática de los viejos artículos 5.3 y 15.3 de la Ley Concursal, pues, si analizamos bien el segundo inciso del artículo 15.3 de la ley Concursal parece entenderse que el deudor *podía no presentar* el concurso dentro del plazo del mes siguiente hábil¹²⁰⁵:

«Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes».

Según la dicción de este segundo inciso del artículo 15.3 de la ley Concursal, puede interpretarse que el deudor *puede no pedir* el concurso en el mes siguiente hábil (tras el transcurso de los tres meses), debido, por ejemplo, a la consecución de algún acuerdo de refinanciación con los acreedores que haya removido la situación de insolvencia y, por ende, haya desapareciendo el presupuesto objetivo del concurso. Por todo ello, parece claro que para resolver tal escollo y, para que la dicción del segundo inciso del artículo 15.3 –*Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo*–, tuviera plena operatividad, entendemos que sería necesario que el deudor pudiera utilizar la moratoria temporal para alcanzar acuerdos de refinanciación, y, éstos, también quedaran protegidos por los positivos efectos del precurso además de no admitir ninguna solicitud de concurso necesario durante los primeros tres

¹²⁰⁴ GARCÍA-VILLARRUBIA, y RODRÍGUEZ, L.E., «Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación...», op. cit., p. 594. El autor apuntaba sin falta de razón que: «*Si el deudor hizo la comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal y, durante el plazo marcado por la norma, salió de la situación de insolvencia, no tiene obligación de solicitar la declaración de concurso. Se estaría ante una suerte de sobrevenida desaparición del presupuesto objetivo del concurso*»; GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., p. 124; PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias preconcursales...», op. cit., p. 75; GARCÍA-CRUCES, J.A., «Inexigibilidad del deber...», op. cit., p. 735; Giner Aznar, E., *La comunicación del art. 5.3...*, op. cit., p. 76; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones...», op. cit., pp. 264 y ss.

¹²⁰⁵ PULGAR EZQUERRA, J., «estrategias preconcursales...», op. cit., p. 76; ÁLVAREZ VEGA, M.I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 476 y ss.

meses de prórroga concedida por el precurso, como así se permitiría posteriormente con la reforma de 2011, llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre¹²⁰⁶.

7. Efectos del precurso

En lo referente a los *efectos* que produce el precurso, hay que decir que el auto que dicta el juez por el que se deja constancia de la recepción de la solicitud de precurso (viejo art. 5.3 LC), producía dos efectos muy importantes para el deudor que, en estado de insolvencia actual, pretendía: i) preparar el concurso con la obtención de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o, ii) remover durante el precurso su estado de insolvencia actual. En primer lugar, el auto exoneraba durante cuatro meses al deudor de la carga de instar la declaración de concurso (ex art. 5.1); por lo tanto, el deudor acogido al precurso, a pesar de encontrarse en situación de insolvencia actual, no incurriría en responsabilidad ante una eventual apertura de la sección de calificación, por el hecho de suspender o prorrogar su deber de solicitud de concurso (arts. 165.1º y 172 bis LC). En segundo lugar, durante la moratoria temporal de cuatro meses, el deudor conseguía ponerse a «resguardo» de las solicitudes de concurso necesario (efecto bloqueo), que como hemos apuntado, no serían proveídas hasta que no venciera el plazo de un mes establecido en la norma y, siempre y cuando, el deudor no solicitase su declaración judicial de concurso voluntario (art. 15.3).

¹²⁰⁶ Véase el contenido del artículo 5 bis de la Ley Concursal introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE nº 245, de 11 de octubre de 2011.

Capítulo 9º Algunas cuestiones sobre la acción directa (ex artículo 1597 CC) y su relación con el procedimiento de concurso.

1. Efectos de la declaración de concurso sobre la acción directa

Como es sabido, la denominada «acción directa¹²⁰⁷» viene regulada en el artículo 1597 del Código Civil, y viene a reconocer a los que ponen su trabajo o los materiales (incluyendo a los subcontratistas¹²⁰⁸) en un contrato de ejecución de obra ajustada a precio alzado¹²⁰⁹, la facultad de poder reclamar directamente al *comitente* el importe del crédito que tienen frente al contratista (con el límite máximo de la cantidad que el *comitente* adeude al *contratista* insolvente¹²¹⁰) en caso de que el contratista –que le subcontrató– estuviera en situación de insolvencia.

Al no ser una acción sustitutiva, el subcontratista podrá dirigirse directamente contra el comitente (legitimación activa directa), sin dirigirse previamente contra el patrimonio del contratista insolvente (es decir, sin excusión de los bienes del contratista concursado¹²¹¹), convirtiéndose dicha facultad en una auténtica excepción al *principio de la relatividad de los contratos* (art. 1257 CC)¹²¹². En la doctrina procesalista no faltaron autores que, en un

¹²⁰⁷ Sobre las diferentes tesis que tradicionalmente se venían barajando sobre la naturaleza jurídica de la acción directa véase por todos el trabajo de SÁNCHEZ-CALERO, F.J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, ed. Montecorvo, Madrid, 1978, pp. 259-263.

¹²⁰⁸ FERNÁNDEZ ROMERO, F.J., *La responsabilidad del promotor frente al subcontratista en el contrato de obra*, ed. Hispalex, Sevilla, 2006, p. 70.

¹²⁰⁹ La exigencia de que esté vigente un contrato de ejecución de obra –a precio alzado–, viene a dotar de certeza y seguridad jurídica al límite cuantitativo de la responsabilidad que viene a consagrar el artículo 1597 del Código Civil. Vid., entre otras, las STS de 11 de junio de 1928 y SSAP e Asturias, de 8 de noviembre de 2004 y 18 de septiembre de 2000.

¹²¹⁰ El límite cuantitativo establecido en el artículo 1597 CC, nos indica que el subcontratista legitimado para ejercitar la acción directa, sólo podrá exigir al comitente hasta el importe que éste le adeude al contratista insolvente.

¹²¹¹ HERRERA CUEVAS, E.J., «*La acción directa ante el concurso...*», *op. cit.*, pp. 182-185.

¹²¹² Véase por todas, las SSTS de 29 de abril de 1991; de 16 de marzo de 1998; de 22 de diciembre de 1999: «*Efectivamente la actora no celebró relación contractual alguna directa con la recurrente, pero tratándose de contrato de ejecución de obra, esta Sala de Casación Civil ha moderado la aparente rigidez del párrafo primero del artículo 1257 para relacionarlo con el artículo 1597, ambos del Código civil y establecer la responsabilidad procedente del dueño de la obra cuando ocurre, como en el supuesto presente, que el contratista no abona los trabajos subcontratados, pues si llevó a cabo dicho pago*

principio, afirmaban que el artículo 1597 del Código Civil contenía un supuesto de *legitimación extraordinaria por sustitución*¹²¹³; pero, en nuestra opinión, cuando hablamos de la acción directa (ex art. 1597 CC), no nos estamos refiriendo a un supuesto especial (o específico) para los contratos de ejecución de obra y de suministro de la *acción subrogatoria*¹²¹⁴ general del artículo 1111 del Código civil¹²¹⁵, en el que el subcontratista estuviera *accionando* en sustitución del contratista insolvente¹²¹⁶, es decir, interponiendo una pretensión sin la necesidad de afirmar la titularidad activa –*legitimación activa extraordinaria por sustitución*, también denominada *indirecta*¹²¹⁷ –, ya que el subcontratista no está

de modo efectivo a aquél, no resulta deudora al faltar el presupuesto del artículo 1597 (sentencia de 28 de mayo de 1999). La declaración de responsabilidad del dueño de la obra procede en el caso que nos ocupa por dos razones».

¹²¹³ Vid., por todos, a MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe de él)*, Civitas, Madrid, 1994, p. 53; NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 85-86. Pero el profesor MONTERO AROCA en el año 2007 se retractó, afirmando que la cosa no era tan fácil, y que, en el caso de artículo 1597 del Código civil no se estaba ante una legitimación extraordinaria por sustitución, sino que, más bien, se trataba de un supuesto de acción directa. Vid., en MONTERO AROCA, J., *De la Legitimación en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 345.

¹²¹⁴ La acción directa es una excepción a la acción subrogatoria general (art. 1111 CC), pues su nacimiento no precisa de la voluntad del contratista ni del dueño de la obra, sino que nace ope legis. «En realidad, se configura como una extensión de la eficacia del pacto entre el comitente y el contratista en aquellas relaciones derivadas del mismo, siendo considerado por la doctrina como una excepción al principio de la relatividad de los contratos (Art. 1257 CC)», véase en SÁNCHEZ-CALERO, F.J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, ed., Montecorvo, Madrid, 1978, pp. 262 y ss.

¹²¹⁵ Un parte de la doctrina (minoritaria) entendía que el artículo 1597 del CC era un supuesto especial o específico de acción subrogatoria, véase por todos a SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 1597 CC» en PAZ-ARES, C., y otros (dir.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1207 y ss.; RODRÍGUEZ MORATA, F.A., *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 68 y ss.

¹²¹⁶ La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de diciembre de 2002, (sección 6ª) (JUR 2002,32968), declaraba que: «La finalidad de la acción directa contemplada por el precepto referido es la de facilitar una subrogación en la posición del contratista, por parte de subcontratista, por lo que permitir su ejercicio en situaciones concursales implica de manera clara puentear la situación de insolvencia del contratista por parte del subcontratista, sin que la situación legal prevea como créditos autónomos o separables de la ejecución concursal a los que generen por la acción». En esta sentencia a pesar de reconocerse que el artículo 1597 del Código civil contiene una acción directa, con la anterior expresión parecía que también se apuntaba al «carro» de la ya conocida doctrina de la *acción subrogatoria*.

¹²¹⁷ Sobre el fundamento de la legitimación extraordinaria por sustitución, véase el trabajo de MONTERO AROCA, J., *De la Legitimación en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 331 y ss. Según el autor, hubo un tiempo en que él mismo y otros autores como

haciendo valer en nombre propio derechos subjetivos que se afirman de otro¹²¹⁸; pues, si así se entendiera, dicho ejercicio haría que el crédito que el comitente adeudara al contratista insolvente, quedara –en virtud del *principio de universalidad concursal*– integrado *ipso iure* en la masa activa del concurso (art. 76 LC)¹²¹⁹. Además, en este sentido, el Tribunal Supremo vino a decir que la acción directa (ex art. 1597 CC) se podía definir como: «una acción de pago concedida excepcionalmente a un acreedor, para poder ejercitar en nombre propio y por su propia cuenta contra el deudor de su deudor (ex art. 1597 CC)»¹²²⁰, pero que no se trataba de una especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también mi deudor...», ni tampoco se trataba de una especie de acción subrogatoria (como así se pronunciaba el Alto Tribunal en dicha sentencia de 12 de mayo de 1994¹²²¹). Como apuntaba Montero Aroca¹²²², «la legitimación que ostenta el subcontratista en el artículo 1597 del Código civil no es un supuesto de *legitimación extraordinaria por sustitución*, sino que, más bien, se trataba de un supuesto de acción directa¹²²³, por los siguientes motivos: i) el artículo 1597 del Código civil nos dice que el subcontratista tiene acción contra el dueño de la obra por la cantidad que éste adeuda al contratista (es *presupuesto*

SERRA DOMÍNGUEZ, y NIEVA FENOLL que el artículo 1597 CC contenía un caso de legitimación pro sustitución, pero, posteriormente, MONTERO AROCA se retracta y dice que no.

¹²¹⁸ Vid. MONTERO AROCA, J., *De la legitimación...*, op. cit., p. 331.

¹²¹⁹ Se suma a la tesis de la acción subrogatoria la SAP de Valencia, n.º 852/2002 (sección 6ª) de 4 de diciembre. «La finalidad de la acción directa contemplada por el precepto referido es la de facilitar una subrogación en la posición del contratista, por parte del subcontratista». La precitada sentencia al entender que la acción directa (ex art. 1597 CC) era, más bien, una acción subrogatoria, afirmaba que en caso de insolvencia del contratista la misma no podía ejercitarse: «Permitir la subrogación que por vía de acción directa prevé el artículo 1597 CC, implica de una manera clara "puentear" la situación de insolvencia del contratista».

¹²²⁰ STS, de 12 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3572).

¹²²¹ Vid. STS, de 12 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3572).

¹²²² Vid. MONTERO AROCA, J., *De la Legitimación...*, op. cit., pp. 345 y ss.

¹²²³ En este sentido, también véase a DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Los créditos derivados del contrato de obra. Su proyección legal en la legislación civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1969, pp. 29-30; RODRÍGUEZ MORATA, F.A., *La acción directa como garantía personal...*, op. cit., pp. 68 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 1597 CC» en ALBALADEJO (dir.), AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XX-2, Madrid, pp. 445 y ss.; NÚÑEZ-LAGOS BURGUERA, A., «¿Continúa pudiendo ejercitar el subcontratista la acción directa...», op. cit., p. 331; GOZALO, V., «La acción directa en caso de concurso...», op. cit., p. 153.

necesario que a la fecha del ejercicio de la precitada acción exista un crédito vencido y exigible del contratista frente al comitente); ii) el subcontratista cuenta con dos acciones, una frente al contratista y otra frente al comitente o dueño de la obra, que podría ejercitarlas de forma acumulada, pues, como ya ha afirmado la jurisprudencia ambos responden solidariamente frente al subcontratista¹²²⁴; y iii) el subcontratista cuando ejercita la acción del artículo 1597 del Código Civil no está pretendiendo tutelar el derecho del contratista insolvente, sino el suyo propio, y de ahí que, si triunfa la acción, el dinero no ingresara en el patrimonio del contratista (si está declarado en concurso: en la masa activa del concurso), sino directamente en el patrimonio del subcontratista; por lo tanto, la Ley llega más allá de la mera *legitimación por sustitución*, pues, está dando lugar a una acción directa, que es, en todo caso, un paso más, en tanto que la Ley da al subcontratista no ya una facultad o poder procesal, sino un verdadero derecho material¹²²⁵»; decimos lo anterior porque, el artículo 1597 del Código Civil, que utiliza el término procesal de «acción», no exige que el legitimado haya interpuesto la demanda, sino que, basta con una mera reclamación extrajudicial¹²²⁶ al comitente para que pague, siempre y cuando, concurra el presupuesto esencial de la existencia de un crédito vencido y exigible del contratista frente al comitente¹²²⁷. Como ha reiterado el Tribunal Supremo¹²²⁸, una vez realizada la reclamación extrajudicial o, si el subcontratista hubiera interpuesto la correspondiente demanda frente al

¹²²⁴ En este sentido, véanse por todas, la STS de 27 de julio, de 2000 (RJ 2000, 9179) que cita a las siguientes: SSTS de 29 de abril de 1991; de 11 de octubre de 1994; de 22 de diciembre de 1999; de 6 de junio de 2000, que entienden con rotunda claridad que la responsabilidad del dueño de la obra y el contratista para con lo titulares de la acción del artículo 1597 del Código civil es solidaria.

¹²²⁵ Vid. MONTERO AROCA, J., *De la legitimación...*, op. cit., pp. 346-347.

¹²²⁶ Así lo expone CUEVAS HERRERA, E.J., «La acción directa ante el concurso...», op. cit., p. 181. En contra del ejercicio extrajudicial de la acción directa se manifiesta DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Los créditos derivados del contrato de obra*, ed. Tecnos, Madrid, 1969, pp. 73 y ss.

¹²²⁷ Vid. por todas la STS, de 17 de julio de 1998; también vid., entre otras, SAP de Guipúzcoa de 12 de abril de 2005; SAP de Girona, de 11 de febrero de de 2005; SAP de Zaragoza, de 21 de septiembre de 2004; SAP de Barcelona, sección 14ª, de 12 de diciembre de 2002.

¹²²⁸ Vid. la STS de 14 de marzo de 2004.

comitente (en ambos casos: antes de la declaración de concurso), éste debe pagar al subcontratista en lugar de pagar al contratista principal (concurtido), siempre y cuando, éste no hubiera pagado la deuda al contratista principal y, acreditara el pago. En estas situaciones, si el comitente paga a la concursada en lugar de pagar al subcontratista, éste no podrá demandar a la concursada para que le pague, en todo caso, deberá exigir el pago al comitente, que es el que ha realizado erróneamente el pago¹²²⁹.

Asimismo, tampoco se podía residenciar la naturaleza de dicha acción en el ámbito de la «acción de enriquecimiento injusto», ya que el comitente no está pagando al subcontratista un crédito que no debiera pagar, ni se exige que el subcontratista sufriera un correlativo empobrecimiento injusto (simplemente se exige que tenga un crédito insatisfecho: vencido y exigible en el momento de proceder a la reclamación judicial o extrajudicial)¹²³⁰. Por otro lado, también había que abandonar la idea de entender a la acción directa como un privilegio para a una determinada categoría de acreedores: los subcontratistas (por razones de equidad)¹²³¹, cayendo en la tentación de asimilar dicho privilegio a los derechos de ejecución separada, pero debemos recordar que la acción

¹²²⁹ Véase la SJM de A Coruña, de 11 de febrero de 2008, en la que el juzgado declara que el que tiene legitimación pasiva para soportar la reclamación del subcontratista es el comitente que es el que efectuó mal el pago del crédito (al contratista principal en lugar de al subcontratista).

¹²³⁰ Véase, por todas, las SSTs de 29 de abril de 1991; de 28 de enero 1998, 28 de mayo de 1999; de 31 de enero de 2002; en la doctrina especializada véase por todos a HERRERA CUEVAS, E.J., «La acción directa ante el concurso...», op. cit., p. 185; MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y la insolvencia...», op. cit., p. 128.

¹²³¹ Véase en este sentido la STS, de 27 de julio, de 2000 (RJ 2000, 9179), que entendía a la acción directa como un privilegio a favor de los subcontratistas. «*La situación de insolvencia en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo – o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir – en el que se ventila la acción del artículo 1597 CC(...). El Derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o en suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor*». Tras la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, alguna resolución también dejaba patente que el artículo 1597 CC no confería ningún privilegio al subcontratista dentro del concurso de acreedores del contratista. Véase la SJM de A Coruña, de 30 de enero de 2008.

directa (ex art. 1597 CC), no puede considerarse como un privilegio o preferencia legal otorgada a una determinada categoría de acreedores por razones de equidad, pues, hay que decir que, la acción directa el efecto que busca no es la preferencia, sino la «no concurrencia», y, la misma, procede de la economía de un tipo de contrato (contrato de ejecución de obra a tanto alzado), y no de la condición de una clase de acreedor¹²³².

Siguiendo lo invocado por la doctrina, la acción directa es, en puridad, una *garantía impropia*¹²³³, puesto que el dueño de la obra o comitente se convierte en garante a favor del contratista principal y todos los subcontratistas con los que éste subcontrate en un contrato de ejecución de obra «a precio alzado». Por lo tanto, pudiera decirse que la acción directa (ex art. 1597 CC), «se constituía como una *garantía* reforzada del crédito de su titular, al sujetar dos patrimonios al pago de la obligación, eludiendo el riesgo de insolvencia del deudor principal al dirigir la pretensión frente a una tercera persona subdeudora y dueña de la obra»¹²³⁴, que, tras su correspondiente ejercicio, haría inoponibles las excepciones que pudiera plantear el comitente (v., gr.: que ya ha efectuado el pago al contratista). Por todo ello, quizá, el fundamento de esta acción venga dado por la necesidad de que el comitente o dueño de la obra no se enriquezca injustificadamente a costa de los proveedores o de los obreros subcontratados, que ponían los materiales o su trabajo en la ejecución del contrato de obra a «precio alzado»; por lo tanto, este *derecho accesorio* viene a reforzar la responsabilidad personal y universal a la que, por descontado, está sujeto el contratista principal en el contrato de ejecución de obra (1911 CC)¹²³⁵.

¹²³² Vid. HERRERA CUEVAS, E.J., «La acción directa ante...», op. cit., p. 184. Apoyándose en la siguiente jurisprudencia: SSTs de 16 de marzo de 1998; de 6 de marzo y 27 de julio de 2000, de 19 de marzo de 2004 o 31 de enero de 2005

¹²³³ MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y el concurso...», op. cit., pp. 127-128; CUEVAS HERRERA, E.J., «la acción directa ante...», op. cit., p. 185, habla de *fianza solidaria impropia*.

¹²³⁴ En estos terminos se pronunciaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 31 de julio de 1998 (1998,18892).

¹²³⁵ Vid., por todos a MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y la insolvencia...», op. cit., p. 128.

Se dice que la acción directa es una «garantía impropia» (*fianza solidaria impropia*) debido a que la misma no se constituye con la firma de un contrato de garantía *ad hoc* (u otros medios) sino que se trata de una garantía que se constituye *ope legis*, siendo, además, una norma específica del contrato de ejecución de obra a precio alzado, como así lo dispone la Ley¹²³⁶.

En la jurisprudencia anterior a la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Tribunal Supremo¹²³⁷ siempre entendió (salvo algunas excepciones¹²³⁸) que la situación de insolvencia del contratista principal en un contrato de ejecución de obra (a precio alzado), no perjudicaba (ni afectaba) al ejercicio de una eventual acción directa¹²³⁹ instada por parte de algún

¹²³⁶ MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y el concurso...», op. cit., pp. 127-128.

¹²³⁷ Véase, por todas, las SSTs de 9 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3678) y, de 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179), que entendía que la acción directa se configuraba en nuestro ordenamiento como una garantía impropia del subcontratista frente al comitente.

¹²³⁸ En sentido contrario a la doctrina jurisprudencial mayoritaria y, basando sus argumentos en un pretendido carácter subrogatorio de la acción directa (subsidiariedad), se pronunciaban en sentido contrario las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de diciembre de 2002: «Permitir la subrogación que por vía de acción directa contemplada en el artículo 1597 CC, implica de manera clara puentear la situación de insolvencia del contratista...» «(...) Entendemos, que ante la situación legal, que no prevé como créditos autónomos o separables de la ejecución concursal a los que se generen por la acción directa del artículo 1597 CC, no es posible facilitar la reclamación del actor»; también véase en el mismo sentido: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de julio de 2001 o la Sentencia de la Audiencia provincial de Valencia de 25 de julio de 2012.

¹²³⁹ Sobre la naturaleza jurídica y los diversos problemas que plantea la *acción directa* en caso de concurso del contratista, véanse los trabajos de HERRERA CUEVAS, E.J., «La acción directa ante el concurso del contratista», en *RcP*, n.º 6, p 179-199; MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y la insolvencia del contratista», en *ADco*, n.º 13, 2008, pp. 125-138; GOZALO, V., «La acción directa en caso de concurso del contratista», en *ADco*, n.º 13, 2008-3, pp. 139-155; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «La acción directa en el concurso (art. 1597 CC)», en *ADco*, n.º 18, 2009, pp. 37 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., pp. 125-126; SANZ BOSCH, F.J., «Acción directa y el concurso de acreedores», en *RdCyP*, n.º 15, 2011, pp. 283-292; SERRANO FENOLLOSA, G., «Novedosa solución a la pugna entre el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC y el principio *par conditio creditorum*», en *Diario La Ley*, n.º 7844, sección tribuna, 24 de abril de 2012, año XXXIII, pp. 1-4; SAN JUAN Y MUÑOZ, E. «Sobre la acción directa del artículo 1597 del código Civil y el concurso de acreedores (Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo y 11 de diciembre de 2013)», en *ADco*, n.º 33, septiembre-diciembre, 2014. GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «El nuevo artículo 5 bis de la ley Concursal tras la reforma de 2014», en *RAD* 2014, pp. 12-13.

subcontratista frente al titular de la obra o *comitente* (art. 1597CC¹²⁴⁰); es decir, parecía que el legislador, por motivos de «equidad», dotaba de una especial protección (*garantía impropia*¹²⁴¹) al subcontratista que ponía el trabajo o los materiales en la ejecución de obra a precio alzado, pudiendo ejercitar, el mismo, la reclamación *directa* frente al *comitente* (titular de la obra) por haber contribuido –bajo la garantía del contratista principal– a la ejecución de dicha obra y, por tanto, teniendo derecho a cobrar, incluso, al margen del concurso de acreedores¹²⁴². Asimismo, en la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9850), llegaba a la conclusión de que el ejercicio de la acción directa (ex art. 1597 CC) era compatible con la tramitación de la suspensión de pagos del contratista, pudiendo continuarse con su ejercicio hasta dictarse sentencia, pues la paralización de las ejecuciones individuales sólo se producía en su fase de ejecución.

La promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no supuso la modificación o la reforma del artículo 1597 del Código civil, por lo tanto, pudiera entenderse que la vieja interpretación que se venía siguiendo –de forma mayoritaria– por la doctrina jurisprudencial, seguiría vigente tras la aprobación de la Ley Concursal, permitiendo al subcontratista que pudiera ejercitar la acción directa frente al comitente sin que la declaración judicial de concurso del contratista afectara (o perjudicara) a dicho proceso declarativo, pues, se entendía que el derecho contenido en el artículo 1597 del Código civil no resultaba afectado por el hecho de que el contratista estuviera declarado judicialmente en concurso, ya que dicho precepto constituía, por así decirlo, una especie de privilegio para este tipo de acreedores (los subcontratistas) que,

¹²⁴⁰ En términos generales sobre el contenido del artículo 1597 del Código Civil, véase el trabajo de RODRÍGUEZ MORATA, F.A., *La acción directa como garantía personal del subcontratista del obra*, ed. Tecnos, Madrid, 1992; o también en SALVADOR CODERCH, P., «comentario al art. 1597 CC», en ALBALADEJO (dir.), Madrid, 1986, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, pp. 123 y ss.

¹²⁴¹ MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa en caso de concurso del contratista», *ADCo*, n.º 13, 2008-3, p. 127-128.

¹²⁴² Vid. MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa en caso...», op. cit., p.

podrían instar la acción directa (frente al comitente) y cobrar, incluso, al margen del concurso del contratista, como así lo declaraba la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179)¹²⁴³.

A pesar de lo anterior, como ya se ha apuntado por la doctrina, hemos de decir que la promulgación de la Ley Concursal supuso un gran avance en el ámbito del Derecho de la insolvencia, superando claramente el arcaico, disperso y caótico derecho concursal anteriormente vigente. En la Exposición de Motivos de la Ley Concursal de 2003 el legislador nos exponía un nuevo escenario concursal en el que se defendía «a capa y espada» que la paridad de trato a todos los acreedores concursales del deudor común debía constituir la regla general del concurso de acreedores (*pars condicio creditorum*)¹²⁴⁴. Además, en sintonía con lo anterior, había que tener en cuenta algunos preceptos de la Ley Concursal, cuya vigencia interfería, directamente, ante el eventual ejercicio de una acción directa instada por un subcontratista frente al comitente, debido, en gran medida, a los efectos de la declaración judicial de concurso del contratista.

En primer lugar, es importante dejar patente que una vez se declaraba judicialmente el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedaban *de iure* integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que establecidas en las leyes (art. 49 LC), puesto que, no se admitía ningún privilegio o preferencia que no estuviera reconocida en dicha norma (viejo art. 89.2 LC).

En plena conexión con lo anterior, debemos decir que, en virtud del *principio de universalidad*, todos los bienes y derechos de crédito del deudor

¹²⁴³ STS, de 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179): «La situación de insolvencia en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo – o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir – en el que se ventila la acción del artículo 1597 CC(...). El Derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o en suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor».

¹²⁴⁴ Véase El primer párrafo del expositivo V de la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, BOE n.º 164, de 10 de julio de 2003.

concurtido se integraban en la masa activa del concurso (ex art. 76 LC). Como observamos, la Ley hacía un gran esfuerzo en evitar el vaciamiento repentino de la masa activa del concurso y de mantener, en todo momento, la *pars condicio creditorum*; otro de los principios que están vigentes desde la promulgación de la Ley Concursal es el importante *principio de continuidad de empresa* (art. 44 LC), porque, lo realmente interesante para cumplir con los fines del concurso de acreedores, era que durante la tramitación del proceso concursal la empresa en concurso, continuara con su actividad empresarial (art. 44 LC).

Para facilitar esta continuidad de la actividad empresarial del deudor, el legislador prohibía las ejecuciones separadas, al menos, hasta que se abriese la fase de convenio o liquidación, o bien, transcurriera un año desde la fecha de la declaración judicial de concurso (derogado art. 154.2 LC)¹²⁴⁵. Finalmente, decir, que no se puede dejar en el olvido, los importantes efectos que producía la *vis attrativa*¹²⁴⁶ del concurso, una vez éste era declarado por el juez de lo mercantil competente (arts. 8 LC y 86 ter 1º y 2º LOPJ¹²⁴⁷), que además, era competente para conocer de todas aquellas acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirigen contra el patrimonio del deudor concursado (art. 8.1º LC).

En los primeros años de rodaje de la Ley Concursal algún autor entendía que la acción contenida en el artículo 1597 del Código Civil, como acción directa e independiente que es, a la hora de ejercitarse por el subcontratista no debería haber conflicto alguno ni derecho alguno del concurso sobre ese crédito que se reclama, pues el crédito que el concurso pudiera ostentar contra el comitente

¹²⁴⁵ Algunos autores denominaban a este plazo de un año como periodo de enfriamiento de los créditos (primigeneo art. 56.1 LC). Véase a MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y la insolvencia...», op. cit., p. 132, concretamente, la nota al pie de página nº 7. Este periodo de un año, al que la autora lo denomina de «enfriamiento», también se aplicaba al pago de los créditos contra la masa, que, a pesar de que había que satisfacerlos a su vencimiento, no podrán ejecutarse para hacerlos efectivos hasta que no pase el primer año del concurso o, bien se haya abierto la fase de convenio o liquidación (viejo art. 154.2 LC).

¹²⁴⁶ Sobre los efectos de la *vis attrativa* del concurso véase el trabajo de PÉREZ DEL BLANCO, G., *Efectos de la vis attrativa concursal en la declaración de concurso*, ed. Reus, Madrid, 2007.

¹²⁴⁷ El artículo 86. ter 1º y 2º de la Ley orgánica ha sido reformado por el artículo único, 23º, de la Ley 7/2015, de 21 de julio por la que se reforma la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

esta estructuralmente condicionado o limitado (en virtud de la Ley) al otro crédito que los subcontratistas pudieran tener o llegar a tener antes de que el comitente deba pagar al deudor concursado, bajo el contenido del artículo 1597 del Código Civil¹²⁴⁸.

Después de ver todos los principios que hemos referenciado, era fácil adivinar que la Ley Concursal, como norma especial (principio de especialidad concursal¹²⁴⁹), si parecía interferir en el ejercicio de la «acción directa» instada por el *subcontratista* frente al comitente (ante el concurso el contratista principal), pues, si se permitiera su ejercicio quebrarían todos y cada uno de los principios anteriormente invocados, especialmente el de la *pars condicio creditorum*. Además, debemos observar que si, una vez declarado el concurso, se permitiera que el subcontratista pudiera cobrar al margen del concurso, se produciría un menoscabo en la masa activa del concurso, que, a su vez repercutiría graves perjuicios a los demás acreedores.

A pesar del anterior argumento, la jurisprudencia seguía dando enfoques diferentes: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 2 de marzo de 2006¹²⁵⁰, vino a especificar que la doctrina de la independencia y autonomía de la acción directa (ex art. 1597 CC) que venía imponiéndose en la legislación anterior¹²⁵¹, seguía siendo eficaz tras la promulgación de la Ley

¹²⁴⁸ Así lo entiende NUÑEZ-LAGOS BURGUERA, A., «¿Continúa pudiendo ejercitar el subcontratista la acción directa contra el comitente (ex art. 1597 CC) en el supuesto de concurso del contratista?», en *RcP*, primer semestre, n.º 1, 2005, p. 331.

¹²⁴⁹ SAN JUAN Y MUÑOZ, E., «Sobre la acción directa del artículo 1597 del Código civil y el concurso de acreedores (comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo y 11 de diciembre de 2013)», en *ADco*, n.º 33, septiembre-diciembre 2014, p. 19

¹²⁵⁰ Véase la SAP de Barcelona (Secc. 15ª), n.º 102/2006, de 2 de marzo (AC 2006, 1594).

¹²⁵¹ Vid. por todas la STS, de 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179): «La situación de insolvencia en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo – o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir – en el que se ventila la acción del artículo 1597 CC (...). El Derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o en suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor».

Concursal, pues, el subcontratista podría ejercitar la acción directa frente al *comitente* y cobrar directamente del mismo, siempre y cuando, la reclamación al dueño de la obra se hubiera realizado antes de la declaración judicial de concurso del contratista principal. En estos casos, como así apuntaba la precitada sentencia, lo que venía a producirse es que: «la deuda del contratista principal se desplaza desde el patrimonio del subcontratante al subcontratista por mor de una decisión legislativa (ex art. 1597 CC), procurando proteger a quien puso el trabajo y el material para la ejecución de una obra, sobre todo, en los casos en los que se da una situación de insolvencia o de dificultad de cobro con respecto al contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó»¹²⁵². Por otro lado, la sentencia continúa afirmando que, en los casos en los que el subcontratista ejercitara la acción directa frente al comitente, cuando ya esté declarado el concurso del contratista principal, la acción directa (ex art. 1597 CC) debe ceder ante la especial situación concursal, por lo tanto, el crédito que el comitente debería pagarle quedaría integrado en la masa activa del concurso (ex art. 76 LC), resultando improcedente la entrega de dicho crédito al subcontratista para su satisfacción autónoma¹²⁵³.

En este caso, entendemos que –siguiendo la solución inicialmente defendida por MAGDALENO– el perjuicio que esta acción directa producía en la masa activa del concurso (una vez se había declarado éste), en los acreedores, y, fundamentalmente, en la posibilidad de que el deudor pudiera continuar con la actividad empresarial (art. 44 LC), no se podía seguir admitiendo desde la promulgación de la vigente Ley Concursal, cuya especialidad concursal, además, debía prevalecer sobre la ley general¹²⁵⁴. Por todo ello, había que decir que si el contratista ya se encontraba declarado judicialmente en concurso, la

¹²⁵² Fundamento de Derecho Quinto de la SAP de Barcelona (Secc. 15^a), n.º 102/2006, de 2 de marzo (AC 2006, 1594).

¹²⁵³ Véase el Fundamento de Derecho Quinto de la SAP de Barcelona (Secc. 15^a), n.º 102/2006, de 2 de marzo (AC 2006, 1594).

¹²⁵⁴ MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y la insolvencia...», op. cit., p. 133.

acción directa debía ceder ante la situación especial de concurso (especialidad concursal)¹²⁵⁵, lo que significaría que el crédito quedaría integrado en la masa activa del concurso de la contratista principal (art. 49 LC), resultando improcedente la entrega o el pago al subcontratista para su satisfacción autónoma¹²⁵⁶.

Ante el panorama que se presentaba desde la promulgación de la Ley Concursal hasta la reforma de la misma acometida en el año 2011¹²⁵⁷, se podían delimitar varios supuestos en los casos de concurrencia del ejercicio de la acción directa por parte de un subcontratista y la declaración judicial de concurso del contratista principal. En primer lugar, i) si el subcontratista había ejercitado la acción directa (ex art. 1597 CC), antes de la declaración judicial de concurso y, el comitente pagaba al subcontratista antes de que se declarara el mismo, el pago se había realizado correctamente y el crédito del contratista en el concurso ha quedado extinguido hasta la cantidad que el comitente haya pagado al subcontratista, no entrando dicho crédito a formar parte de la masa activa del concurso y, por ende, tampoco se incluirá la deuda con el subcontratista en la masa pasiva del concurso puesto que la misma habría quedado extinguida con el pago¹²⁵⁸; ii) en segundo lugar, cuando la acción directa se había ejercitado por parte del subcontratista una vez se había declarado judicialmente el concurso,

¹²⁵⁵ Véase la SAP de Zaragoza de 28 de diciembre de 2010, que consideraba que el ejercicio de la acción directa cuando el contratista está declarado en concurso no puede quedar sustraída del proceso concursal, dado que incide en la masa activa del concurso; según dicha sentencia la acción directa casaría mal con un proceso universal en el que se instaura una, en principio, intangibilidad de las masas con una integración ex iure de todos los acreedores a la masa pasiva (ex art. 49 LC).

¹²⁵⁶ Véase el Fundamento de Derecho Quinto, de la SAP de Barcelona, (sección 15ª), 1'2/2006, de 2 de marzo de 2006,

¹²⁵⁷ Reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el BOE nº 245, de 11 de octubre de 2011, que introdujo los artículos 50.1 y 51 bis en la Ley Concursal. Que vinieron a poner orden en la situación anterior, pues como es sabido desde que se declara judicialmente el concurso

¹²⁵⁸ MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y la insolvencia...», op. cit., p. 135. La autora nos dice que en este caso, si el pago se ha realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, podría caber el ejercicio de la acción rescisoria del artículo 71 de la Ley Concursal, siempre que se pudiera acreditar el perjuicio que dicho pago produjera a la masa activa del concurso, lo cual, en nuestro caso sería tanto como demostrar un pago fraudulento o a un precio desproporcionado.

los principios de la *pars condicio creditorum*, el principio de universalidad (art. 76 LC), y el principio de continuidad de la actividad de la empresa en concurso (art. 44 LC) que rigen en todo proceso concursal, permitían, al *comitente* oponer la excepción de que el contratista se encuentra declarado judicialmente en concurso, como idónea excepción para oponerse al buen éxito de la acción directa instada por el subcontratista¹²⁵⁹.

En el caso anterior, el crédito que tiene el contratista frente al comitente pasa a formar parte de la masa activa del concurso *ipso iure* desde la declaración judicial, y, por tanto, la deuda frente al subcontratista formaría parte de la masa pasiva del concurso. En tercer lugar, cuando el subcontratista instaba la acción directa con anterioridad a la declaración judicial de concurso y, dicho auto se hubiera declarado antes de que el comitente hubiera procedido a pagar al subcontratista (caso más conflictivo), en principio, parecía que el comitente podía obviar la situación concursal del contratista y pagar el crédito al subcontratista; sin embargo, como decía Magdaleno¹²⁶⁰, ante la ausencia de un precepto legal que dispusiera cómo se debía actuar en estos casos¹²⁶¹, podría ser válida la solución que ideaba la doctrina en aquella época, al aplicar por analogía el viejo «periodo de enfriamiento de un año» del pago de los créditos contra la masa (derogado art. 154.2 LC)¹²⁶². En este caso, debemos decir que el crédito de la masa activa del concurso estaría afectado por el ejercicio de un crédito extraconcursal, de forma asimilable a lo que ocurre con los créditos

¹²⁵⁹ MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y la insolvencia...», op. cit., p. 136; SAP de Barcelona, (Sección 15ª),

¹²⁶⁰ Vid. MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y la insolvencia...», op. cit., p. 136

¹²⁶¹ En este sentido también el Fundamento de Derecho Quinto de la SAP de Barcelona (Sección 15ª), 102/2006, de 2 de marzo de 2006, (AC, 2006, 1594). «No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial de concurso de acreedores, excluir el crédito que subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, un vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal».

¹²⁶² HERRERA CUEVAS, E.J., «La acción directa ante el concurso...», op. cit., pp. 189.

contra la masa. Por lo tanto, algún autor¹²⁶³ entendía que perfectamente era de aplicación –por analogía– el «periodo de enfriamiento» aplicable al pago de los créditos contra la masa (viejo art. 154.2). Y, en conclusión, si, ante esta situación, el comitente pagaba al crédito directamente al concursado, en lugar de hacerlo frente al subcontratista, entendemos que lo habría hecho correctamente, mientras que, el subcontratista tendría que esperar durante un año para poder exigir el cobro de dicho crédito al contratista concursado o bien, esperar a que estuvieran abiertas la fase de convenio o liquidación (derogado art. 154.2 LC)¹²⁶⁴.

Pero, actualmente, no nos podemos acoger al anterior argumento, entre otras cosas, porque el artículo 154.2 de la Ley Concursal fue derogado en la reforma concursal llevada a cabo en el año 2011¹²⁶⁵. Por tanto, había que acudir a diversos principios básicos y rectores de todo proceso concursal, cuya solución era –desde la promulgación de la Ley Concursal– y es en la actualidad –tras las reformas concursales acometidas–, la solución más coherente para resolver este dilema. Como ya hemos apuntado, desde la promulgación de la ley Concursal, una vez declarado judicialmente el concurso, entran en juego las normas y los principios que rigen en todo proceso concursal: Principio de Universalidad y alteración de la relaciones jurídicas preexistentes; el principio de universalidad e intangibilidad de la masa pasiva (art. 49 LC) y, principio de universidad de la masa activa (art. 76 LC) que, en todo caso, afectan (o deben incidir) directamente en la eventual acción directa que pudiera

¹²⁶³ HERRERA CUEVAS, E.J., «La acción directa ante el concurso...», op. cit., p. 189.

¹²⁶⁴ Vid. HERRERA CUEVAS, E.J., La acción directa ante el concurso..., op. cit., p. 189; MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y la insolvencia...», op. cit., p. 136.

¹²⁶⁵ El artículo único. 90 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE, nº 245, de 11 de octubre de 2011, derogó en artículo 154.2 de la Ley Concursal, en el que rezaba lo siguiente: «*Los créditos del artículo 84.2.1º se pagarán de forma inmediata. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos*».

ser ejercitada por algún subcontratista (ex art. 1597 CC), una vez que el concurso ya había sido declarado¹²⁶⁶.

Debido a la viva discusión que había venido generando el ejercicio, por parte del subcontratista, de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil, cuando contratista principal estaba declarado en concurso (antes de la reforma concursal de 2011), en la que se debatía intensamente sobre si el subcontratista acreedor de un contratista en concurso podía reclamar, su crédito al comitente (sin que le afectara, en ningún caso, el concurso del contratista principal), o, bien, si el derecho de crédito del contratista concursado frente al comitente principal es intocable una vez se ha declarado en concurso el contratista principal; el legislador pareció tomar consciencia del problema que se presentaba en estos casos y, ante la disparidad jurisprudencial sobre la materia, intentó zanjar el problema con la reforma concursal operada por la ley 38/2011 de 10 de octubre, cuyo artículo único. 39 vino a introducir expresamente el artículo 50.3 de la Ley Concursal, que dice lo siguiente:

«Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo».

En relación con el anterior precepto, el artículo único. 40 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, también introdujo en artículo 51 bis 2 de la Ley Concursal en el que reza lo siguiente:

«Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una

¹²⁶⁶ Vid. SAN JUAN Y MUÑOZ, E., «Sobre la acción directa del artículo 1597 del Código Civil y el concurso...», op. cit., p. 446 y ss.

obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil».

En primer lugar había que decir que, tanto en artículo 50.3 como el artículo 51 bis 2 de la Ley Concursal no eran aplicables inmediatamente a los procedimientos concursales en tramitación¹²⁶⁷, sino que, los mismos serían de aplicación a las solicitudes de concurso declaradas tras su entrada en vigor, por lo tanto, se empezaron a aplicar a partir del día 1 de enero del año 2012¹²⁶⁸. De dichos preceptos se desprende expresamente que, desde que se declara judicialmente el concurso y hasta la finalización del mismo, los jueces de primera instancia no admitirán a trámite ninguna demanda en la que se ejercite la acción directa por parte de un subcontratista contra el patrimonio del comitente (art. 50.3 LC). Además, para el caso en que se hubiera admitido a trámite dicha demanda, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez todas las actuaciones que se hubieran practicado (art. 50.1 LC). Por otro lado, desde que se declare judicialmente el concurso y hasta su finalización, quedarán en suspenso todos los procedimientos judiciales *litispendentes* que se hubieran incoado antes de la declaración de concurso, en los que cualquier subcontratista estuviera ejercitando la acción directa (ex art. 1597 CC).

De todo lo anteriormente comentado, parece que, en principio, los problemas que se venían planteando antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, quedaban resueltos, puesto que desde la que se declaraba judicialmente el concurso la acción directa no se podía ejercitar por parte del subcontratista, so pena de ser inadmitida *ad limine* por el juez de primera instancia. En los casos en los que, a la fecha de la declaración judicial

¹²⁶⁷ Véase la Disposición transitoria primera. Régimen general de la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal, BOE, n.º 245, de 11 de octubre de 2011: «1. La presente ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor».

¹²⁶⁸ Véase la Disposición Final tercera. Entrada en vigor, de la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal, BOE, n.º 245, de 11 de octubre de 2011: «1. Esta ley entrará en vigor el 1 de enero de 2012».

de concurso, el subcontratista ya hubiera ejercitado la acción directa, y dicho procedimiento estuviera en tramitación, éste quedará en suspenso hasta la finalización del concurso (art. 51 bis 2 LC). Pero a nuestro juicio, la solución procesal introducida por el legislador con el contenido de los preceptos anteriormente comentados, puede plantear algunas incógnitas, cuya solución se torna compleja. Por ejemplo, imaginemos un caso en el que la acción directa ha sido perfectamente ejercitada antes de la declaración de concurso y se suspende en virtud de la misma (art. 51. bis 2); si el comitente reclamado hubiera consignado el importe que le reclama el subcontratista en el juzgado de primera instancia o, incluso, si este hubiera sido trabado como consecuencia de un embargo preventivo, como medida cautelar para asegurar la ejecución de la sentencia, ¿quedaría dicho crédito retenido e inmovilizado hasta que concluyera el concurso? o, por el contrario, ¿debe ser entregado al concursado por ser el legítimo acreedor y destinatario del mismo?

La respuesta a las dos cuestiones anteriores es compleja, pero algún autor¹²⁶⁹ ya ha defendido la idea de que la suspensión sólo debía tener virtualidad en los concursos que concluyan sin masa (art. 176 bis LC), en los que el concurso concluye sin la posibilidad de que el subcontratista haya podido reclamar su crédito al dueño de la obra; tras su conclusión, el subcontratista seguirá litigando a su costa para obtener aquello que no pudo cobrar durante el concurso. Además, a juicio de dicho autor la suspensión o no de la acción directa no podía impedir que el importe del crédito se integre en la masa activa del concurso, pero tampoco parecía de recibo bloquear dicho crédito hasta que concluyera el concurso, sin permitir al subcontratista cobrarlo, en los casos que así le correspondiera¹²⁷⁰. Por otro lado mantener esos importes durante todo el concurso bloqueados o retenidos durante todo el concurso (imaginemos los casos en los que haya convenios con esperas de 10 o 15 años),

¹²⁶⁹ NIETO DELGADO, C., «Acción directa ex art. 1597 cc y concurso: segundo fallo del TS», en diario el economista, opinión legal, 27 de enero de 2014.

¹²⁷⁰ Ídem

sería una solución inaceptable para el subcontratista que tendría que esperar todo ese tiempo para poder cobrar ese dinero¹²⁷¹.

Ante las anteriores situaciones, parece que la vieja idea de que la situación de insolvencia del contratista no tenía por qué afectar a la acción directa ejercitada por el subcontratista frente al comitente, quedaba fuera de lugar, ya que, con la reforma de 2011, se vino a establecer, expresamente, la imposibilidad de ejercitar la acción directa desde la declaración de concurso hasta la finalización del mismo (art. 50.3 LC). Además, los procedimientos ya abiertos en los que se estuviera ejercitando la acción directa (ex art. 1597 CC), quedarían en suspenso hasta la conclusión del concurso, que volverían a reactivarse, siguiendo su curso procedimental, quedando condicionado su éxito frente al comitente en función de la forma en la que concluya el proceso concursal.

En conclusión, como ya afirmara algún autor¹²⁷², la imposibilidad de ejercitar la acción directa (ex art. 1597 CC), o la suspensión, una vez se declaraba judicialmente el concurso, no se derivaba de la reforma concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011, en los artículos 50.3 y 51 bis 2 de la Ley Concursal, sino que obedece a los principios y reglas generales que rigen en todo proceso concursal y que evocan al importante *principio de especialidad concursal*, que lleva vigente desde la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de

¹²⁷¹ Ídem.

¹²⁷² SAN JUAN Y MUÑOZ, E., «Sobre la acción directa del artículo 1597 del Código Civil y el concurso de acreedores (comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo y 11 de diciembre de 2013)», en *ADco*, n.º 33, septiembre-diciembre 2014, p. 19. El autor en este trabajo comenta las SSTs de 21 de mayo y de 11 de diciembre de 2013, que vienen a consolidar efectivamente la total afectación de todo el proceso concursal con respecto a la acción directa (ex art. 1597 CC). Dichas sentencias parten de la base de que «la acción del subcontratista con el dueño de la obra, con base en el artículo 1597 del Código Civil, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que el crédito no se haya hecho efectivo antes de la declaración del concurso», además como apunta el autor comentarista de las mismas, el Tribunal Supremo no utiliza la normativa concursal reformada (aunque si *obiter dicta*), puesto que se trata de sentencias de primera y segunda instancia anteriores a su vigencia. Por lo tanto dichos criterios seguidos por el Tribunal Supremo, superan la afirmación que anteriormente mantenía nuestro Alto Tribunal «mayoritaria la jurisprudencia que declara que la situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1597 del Código Civil». (STs de 26 de junio de 2012).

julio, concursal. A mayor abundamiento sobre este razonamiento, el propio Tribunal Supremo también venía a ratificar que: «*el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal*»¹²⁷³.

2. Acción directa y concurso (ex viejo artículo 5.3 LC)

En el anterior epígrafe hemos analizado las posibles situaciones que se podían producir cuando concurría la declaración judicial de concurso sobre la eventual acción directa ejercitada por un subcontratista frente al patrimonio del comitente de un contrato de ejecución de obra ajustada a precio alzado (art. 1597 CC). Después de ver las diversas situaciones que se podían plantear y los efectos que se daban cuando se declaraba judicialmente el concurso del contratista, había que analizar qué pasaba cuando el contratista presentaba la solicitud de concurso (viejo art. 5.3 LC).

La doctrina científica¹²⁷⁴ empezó a analizar si la presentación de la solicitud de concurso formulada por un contratista (ex viejo art. 5.3), impedía que el subcontratista pudiera ejercitar una eventual *acción directa* frente al dueño de la obra o comitente (ex art. 1597 CC), por las cantidades que éste adeude al contratista (ex art. 1597 CC). En este sentido, nosotros entendemos que el subcontratista podía ejercitar sin limitación alguna la acción directa frente al comitente durante la tramitación del procedimiento de concurso al que se ha acogido el contratista principal, puesto que, como de sobra es sabido,

¹²⁷³ Véanse las SSTs de 21 de mayo y 11 de diciembre de 2013

¹²⁷⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal, en *ADCo*, n.º 19, 2010-1, pp. 125-126; CASTILLA MARTÍNEZ, J.Mª., «El ejercicio de la acción directa del artículo 1597 Código civil en los supuestos de situación preconcursal», en AA. VV, *Comentarios a la reforma de la Ley Concursal*, ed. CISS, Madrid, 2010; DÍAZ MORENO, A., «¿Es viable el ejercicio, al amparo del artículo 1597 CC, de una acción directa contra el dueño de la obra una vez presentado por el contratista la comunicación prevista en el artículo 5.3 de la ley Concursal?», en *Anuario Mercantil para abogados 2011*, ed. La Ley, Madrid, 2011; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 82-83; del mismo autor, *La comunicación del artículo 5 bis de la ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 103-105; GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «El nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma de 2014», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2014, pp. 12-13.

el contratista principal preconcursado, todavía no está declarado judicialmente en concurso y, por tanto, en esta situación no eran de aplicación los principios y reglas generales sobre la universalidad del concurso (arts. 49, 76, 89.1 LC), que pudieran interferir en la acción directa ejercitada por un subcontratista frente al patrimonio del comitente. Como es lógico estas normas entrarían en juego en el supuesto que el contratista tras los tres meses desde la solicitud del precurso (viejo art. 5.3), solicite dentro del mes siguiente la declaración de concurso (viejo art 5.3). Como ya hemos dicho, en este caso, la solicitud de precurso del contratista, no supone la apertura del proceso concursal del mismo, a pesar de que el artículo 22.1 de la Ley, señale que, a efectos de la consideración del posterior concurso como voluntario o necesario, la solicitud del deudor realizada en el plazo del artículo 5.3 se entenderá presentada cuando lo fue la comunicación prevista en dicho artículo, pero si retrotraer los efectos de la declaración del concurso a la fecha de la presentación de la comunicación. En conclusión, se podía afirmar que la acción directa (ex art. 1597 CC) ejercitada durante el procedimiento de precurso (viejo art. 5.3 LC), es decir, en un periodo anterior a una eventual declaración de concurso, no quedaba afectada por dicho procedimiento de precurso ni por la ulterior declaración judicial de concurso¹²⁷⁵.

¹²⁷⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., p. 125-126»

Capítulo 10º: La evolución legislativa del concurso (2009-2015): las sucesivas reformas concursales del artículo 5 bis de la Ley Concursal

La Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 164 de 10 de julio de 2003, que entró en vigor el uno de septiembre de 2004 ha sufrido, desde entonces, diversas reformas legislativas hasta la actualidad¹²⁷⁶, que han respondido a diversas finalidades, como por ejemplo: la pretendida búsqueda de la agilización del proceso para reducir los costes temporales y económicos que conlleva el concurso de acreedores. Por otro lado, también se han buscado alternativas al propio concurso, para intentar ofrecer soluciones preconcursales o medidas extrajudiciales y extraconcursales dirigidas a prevenir o remediar a las situaciones de insolvencia¹²⁷⁷, evitando, con ello, la entrada en el proceso concursal. A continuación, haremos un breve recorrido por las diversas reformas concursales acometidas por un activo legislador que, tras la «urgente» reforma parcial efectuada en el año 2009, mediante el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo hasta la actualidad, han introducido, entre otras, numerosas reformas concursales en el artículo 5 bis de la Ley Concursal, muchas de ellas mediante el uso del Real Decreto-Ley, cuya disposición pasaba a ser tramitada como ley ordinaria, siendo sometida al procedimiento de convalidación parlamentaria y, permaneciendo abierto todo el proceso de reforma durante todo el procedimiento de convalidación, por lo que el legislador puede introducir (de hecho ha introducido) durante ese periodo en el que sigue abierto el procedimiento, todas las modificaciones que estime, perjudicando con ello a la siempre necesaria la seguridad jurídica¹²⁷⁸, pues, los operadores, en general, se han visto desbordados por los continuos y sucesivos cambios legislativos llevados a cabo en tan poco tiempo.

¹²⁷⁶ Desde su entrada en vigor en el año 2014, hasta el año 2015.

¹²⁷⁷ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal, en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), AA. VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi 13ª edición, Cizur Menor, 2015, pp. 473-474.

¹²⁷⁸ GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la Ley Concursal...», op., cit., pp. 90-91; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., Y SÁNCHEZ PAREDES, Mª.L., *Prevención y gestión...*, op., cit., p. 145.

A continuación, en el recorrido posterior, nos centraremos exclusivamente en los cambios que ha ido sufriendo el artículo 5 bis de la ley Concursal desde el año 2011 hasta el 2015, es decir, todas las modificaciones legales sufridas por el precepto que regula el procedimiento de concurso (art. 5 bis LC). Además, parece que, las últimas reformas llevadas a cabo en el año 2015¹²⁷⁹, no serán las últimas, pues, se atisba en un horizonte no muy lejano, nuevas reformas legislativas en materia concursal: es probable que en para después de la primavera de 2017, el legislador Español proceda a presentar un borrador de texto refundido de la Ley Concursal, por lo que, es más que probable que, en el año 2018 se vuelva a gestar otra nueva reforma concursal.

1. La introducción del nuevo artículo 5 bis mediante la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre

Como es sabido la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se aprobó en un entorno económico claramente distinto al actual, es decir, en un panorama de bonanza económica, pero, con el paso de los años, la crisis financiera internacional empezó a repercutir en las empresas españolas, dejando entrever todas la deficiencias que presentaba una Ley Concursal, que había sido aprobada en un ambiente de bonanza económica, pero que el impacto de la crisis económica global produjo en la economía española, provocó de forma «refleja» la necesidad de reformar la misma para adaptarla al nuevo escenario de crisis económica, por todo ello, tal y como decía el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2009¹²⁸⁰, *«sin perjuicio de que en un futuro no muy lejano se procedería a revisar en profundidad la Ley Concursal, debido, entre otras cosas, a la*

¹²⁷⁹ Las reformas concursales materializadas en el año 2015 han sido: La Ley 9 /2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; El Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, convalidado por la vía parlamentaria mediante la promulgación de la ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

¹²⁸⁰ Según el profesor Manuel OLIVENCIA, las reformas introducidas por esta vía del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo no fueron excepcionales ni provisionales, sino que eran reformadoras de la Ley Concursal en determinados aspectos de su regulación, con vocación de permanencia. Se trataba de una mala reforma parcial, ortopédica, que si bien contenía algunas normas «oportunas» que poco tenían que ver con la crisis pero que se engancharon al tren de la reforma, en incluso algunas inoportunas como la de reducir plazos que no podían cumplirse por su duración. Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «Los motivos de la reforma concursal», en *RdCyP*, n.º 17, 2012, p. 26.

intensa experiencia de los Juzgados de lo Mercantil, como consecuencia de la crisis financiera que, finalmente, afectaba a nuestra empresas españolas, en este momento es preciso acometer ya una serie de reformas en aquellos aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente. Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de, agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos»¹²⁸¹.

Como se desprende del anterior extracto del preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, la medidas y modificaciones que vino a introducir dicha disposición normativa, pretendían facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar las posiciones de los trabajadores de empresas concursadas que se ven afectados por procedimientos colectivo¹²⁸²». Con el paso de tiempo, al cabo de dos años de rodaje de la reforma acometida en el año 2009, la anterior *declaración de intenciones* contenida en el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, no consiguió los resultados esperados, por lo que la doctrina¹²⁸³ no tardó en afirmar que, dicho Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo¹²⁸⁴, no sólo no persiguió la anticipación y al abaratamiento de la apertura del concurso de acreedores, sino que antes, al

¹²⁸¹ Vid., el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia financiera, tributaria y concursal ante la evaluación de la situación económica, BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

¹²⁸² Vid., el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia financiera, tributaria y concursal, BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009. El consejo de Ministros presentó esta disposición normativa como: «una reforma urgente y limitada (se pretendía hacer una reforma global de la Ley Concursal en un plazo de tiempo no muy lejano) (...) en apoyo de las empresas deudoras y sus acreedores, y para corregir determinadas cuestiones procesales y sustantivas que dificultaban injustificadamente la aplicación y consecución de los objetivos previstos en la ley Concursal. Véase en este sentido a BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley Concursal», en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), AA. VV., *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2012, pp. 661 y 674, concretamente la referencia a pie de página n.º 4.

¹²⁸³ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley...», op., cit., p. 661.

¹²⁸⁴ Vid. Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia financiera, tributaria y concursal, BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009

contrario concedió un prórroga de hasta cuatro meses para la solicitud de concurso, con el único requisito de que presentara al juzgado un mera comunicación de que estaban negociando con sus acreedores un convenio anticipado (*ex antiquo* art. 5.3 LC), que, como puso de manifiesto el profesor Beltrán, la práctica no sólo aceptó, sino que, convirtió, inevitablemente, en lo que se ha dado por denominar: «preconcurso», en unión de negociaciones para obtener un acuerdo de refinanciación¹²⁸⁵. Por lo tanto, este *escudo protector*¹²⁸⁶, el legislador se lo concedía a los deudores insolventes, que, durante un periodo de tiempo podrían impedir la declaración de concurso necesario (art. 15.3 LC), ya de por sí muy difícil de obtener salvo que el estado de insolvencia sea manifiesta¹²⁸⁷.

Tras dos años de rodaje de la «atropellada¹²⁸⁸» reforma concursal producida con el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, la Sección Especial para la reforma concursal, que se constituyó en el seno de la Comisión General de Codificación, llevó a cabo en un tiempo relativamente breve y, con una intensa participación de los muy diferentes ámbitos y sectores implicados en el ámbito del Derecho concursal¹²⁸⁹, la reforma concursal del año 2011, mediante la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en la que, entre otras novedades, destacó la profundización «en las alternativas al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica

¹²⁸⁵ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley...», *op.*, cit., p. 661.

¹²⁸⁶ El preconcurso (*ex antiquo* art. 5.3 LC y posterior art. 5 bis LC), fue calificado por la profesora PULGAR, desde sus inicios como un «*escudo protector*», Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración empresarial...*, *op.*, cit., pp. 531 y ss.; *Idem.*, *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012.

¹²⁸⁷ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley...», *op.*, cit., p. 661.

¹²⁸⁸ Según el profesor Manuel OLIVENCIA, las reformas introducidas por esta vía del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo no fueron excepcionales ni provisionales, sino que eran reformadoras de la Ley Concursal en determinados aspectos de su regulación, con vocación de permanencia. Se trataba de una mala reforma parcial, ortopédica, que si bien contenía algunas normas «oportunas» que poco tenían que ver con la crisis pero que se engancharon al tren de la reforma, en incluso algunas inoportunas como la de reducir plazos que no podían cumplirse por su duración. Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «Los motivos de la reforma concursal», en *RdCyP*, n.º 17, 2012, p. 26.; ZABALETA DÍAZ, M., «El derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», en *ADCo*, n.º 30, septiembre-diciembre 2013, p. 200;

¹²⁸⁹ Vid. AA. VV., en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2012, p. 12 (presentación).

de la crisis, a través de los acuerdos de refinanciación¹²⁹⁰. La Ley se ocupa de la comunicación formal de que se están iniciando negociaciones con los acreedores, regula con detalle los deberes de las partes que negocian el acuerdo y, sobre todo, establece la homologación judicial de tal acuerdo, que, en consecuencia, y dentro de ciertos límites, se extiende a los acreedores¹²⁹¹».

En lo que respecta a nuestro ámbito de investigación, la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, conllevó la derogación del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, y se introdujo un nuevo artículo 5 bis¹²⁹², que vino a despejar algunas de las deficiencias del viejo precepto e, introdujo nuevas posibilidades al procedimiento que realmente se albergaba tras el tenor literal el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal. En puridad, el nuevo artículo 5 bis que introdujo la Ley 38/2011, vino a dar un paso más en la evolución del precurso hacia su consolidación como procedimiento judicial «preventivo» (art. 5 bis LC), aunque todavía no era del todo completo, puesto que, una de las principales carencias que presentaba el precurso (ex art. 5 bis) para consolidarse como un completo y verdadero procedimiento preventivo, era que durante los primeros cinco años de vigencia de la figura (2009-2013), no se paralizaban las ejecuciones durante el *spatium temporis* de tres meses que se concede al deudor para negociar; habría que esperar hasta la reforma operada en el año 2014, tras las promulgación del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo¹²⁹³, introdujo la

¹²⁹⁰ Véase el expositivo III del Preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre.

¹²⁹¹ *Ibidem.*,

¹²⁹² PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos de refinanciación y escudos protectores», en la reforma de la Ley Concursal Española 22/2003 (1)», en *Diario la Ley*, 8 de noviembre 2011, pp. 1-6.; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del “pre-concurso” en la reforma de la Ley Concursal», en *diario económico Expansión*, opinión, 10 de enero de 2011, p. 31; GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «El nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma de 2014», en *Revista Aranzadi Doctrinal* 2, 2014, pp. 1-5; ZABALETA DÍAZ, M., «El derecho concursal de la crisis: tendencias...», *op. cit.*, p. 201; MARTÍN ALONSO, O., «El concurso voluntario», en NIETO DELGADO (coord.), AA. VV., *Derecho Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2012, pp. 77 y ss.

¹²⁹³ Vid. Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, BOE, n.º 58, de 8 de marzo de 2014.

paralización o suspensión de las ejecuciones –en curso– instadas por los acreedores frente al patrimonio de deudor¹²⁹⁴.

No obstante, a pesar de la riqueza de oportunidades que ofrecía el procedimiento de precurso tras los dos primeros años de «rodaje» del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, no faltaron comentaristas que entendían que el precurso (*ex antiquo* 5.3 LC) no venía a ser, siquiera, un procedimiento, sino que el mismo era un mero trámite sin justificación alguna¹²⁹⁵, en el que automáticamente se concedía una ampliación temporal para la presentación de la declaración concurso voluntario; por lo tanto, si lo que realmente se quería era aliviar a los juzgados de trámites inútiles, esta comunicación podría llevarse a cabo ante un notario o ante un registrador¹²⁹⁶; asimismo, en la misma línea, según apuntaba la doctrina, si bastaba con una mera comunicación para que el deudor obtuviera la ampliación del plazo para solicitar al declaración de concurso (art. 5 bis LC), por qué no se ampliaba directamente dicho plazo y nos ahorrarnos trámites absurdos en sede judicial¹²⁹⁷.

No estamos nada de acuerdo con la anterior tesis, ni compartimos siquiera la idea de eliminar definitivamente el precurso, puesto que, en contra de lo que se ha dicho, entendemos que la práctica forense ha puesto de manifiesto los beneficios que se desprenden del procedimiento de precurso, cuya incoación permite al deudor encontrar un *spatium temporis* para negociar con sus acreedores con el objeto de alcanzar un acuerdo de refinanciación con el que conseguir salir del estado de insolvencia, y garantizar su continuidad empresarial, evitando tener que instar la declaración de concurso voluntario.

Además, tampoco compartimos la idea de que el precurso (tanto en el viejo artículo 5.3, como en el actual artículo 5 bis), sea una especie de «audiencia

¹²⁹⁴ GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la Ley Concursal operada por el Real Decreto-Ley 4/2014: otra modificación concursal a “golpe” de Real Decreto-Ley», en *RJUAM*, n.º 30, 2014-II, pp. 99-103.

¹²⁹⁵ NIETO DELGADO, C., «Reforma concursal: diez críticas esenciales al Proyecto de Ley», en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), AA. VV., *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2012, p. 626.

¹²⁹⁶ Vid. NIETO DELGADO, C., «Reforma concursal: diez críticas esenciales...», *op.*, *cit.*, p. 626.

¹²⁹⁷ NIETO DELGADO, C., «Reforma concursal: diez críticas esenciales...», *op.*, *cit.*, p. 626.

previa» concursal¹²⁹⁸, ni mucho menos se trate de un trámite inútil y absurdo¹²⁹⁹, sino que el mismo, con la reforma de 2011¹³⁰⁰, dio un paso de «gigante» para avanzar en su consolidación como un verdadero procedimiento preventivo del concurso, cuya vigencia ofrecía un gran abanico de posibilidades al deudor que pretendía negociar con sus acreedores durante el periodo de protección de tres meses (art. 5 bis) y, además, a mayor abundamiento, no puede ser que dicho procedimiento sea tan absurdo e inútil¹³⁰¹, cuando el legislador no ha dejado de modificar su contenido para adaptarle a las nuevas reformas concursales, por lo tanto, nos encontrábamos con que el nuevo contenido del artículo 5 bis de la Ley Concursal introducido por la ley 38/2011, cuyo contenido iba cogiendo mayor relevancia en la práctica forense, y, además, se iba consolidando como un auténtico procedimiento preventivo del concurso, convirtiéndose, por derecho propio, en una pieza clave para refinanciar o reestructurar empresas que atraviesan por situaciones de crisis como lo ha constatado el hecho de que el legislador no sólo no ha eliminado el artículo 5 bis como proponían algunas voces¹³⁰², sino que, como ya habíamos invocado en otro lugar, ha venido ido reforzando¹³⁰³ su estructura y su tramitación para incentivar que las empresas puedan utilizar un verdadero procedimiento preventivo que le ofrezca un mínimo de garantías a la hora de encontrar una solución a su estado de insolvencia fuera del concurso, es decir, sin tener la necesidad de solicitar la declaración de concurso, que ya de por sí, deteriora aún más si cabe la situación patrimonial del deudor común¹³⁰⁴.

¹²⁹⁸ En este sentido se pronunciaba el profesor ILLESCAS ORTIZ que, de forma errónea intentaba equiparar una fase procesal dentro del proceso civil general (juicio ordinario), con un verdadero procedimiento judicial (preventivo) de jurisdicción voluntaria. Vid., ILLESCAS ORTIZ, R., «el deambular –¿errático?– del Derecho concursal», en *Derecho de los negocios*, n.º 229, octubre 2009, p. 1

¹²⁹⁹ Así lo afirmaba el magistrado Carlos NIETO DELGADO antes de que se materializase la reforma de 2011, vid., NIETO DELGADO, C., «Reforma concursal: diez críticas esenciales...», op., cit., p. 626.

¹³⁰⁰ Reforma operada por la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre.

¹³⁰¹ NIETO DELGADO, C., «Reforma concursal: diez críticas esenciales...», op., cit., p. 626.

¹³⁰² Vid. NIETO DELGADO, C., «Ibidem...», op., cit., p. 626.

¹³⁰³ GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma de la Ley Concursal», en *Diario económico Expansión*, opinión, 10 de enero de 2011.

¹³⁰⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op., cit., p. 167.

Así pues, tras los dos años de vigencia del artículo 5.3 de la Ley Concursal, a pesar de todas las severas críticas recibidas por algún comentarista que, incluso, sugería que, si lo que realmente se pretendía era aligerar al juzgado de trámites inútiles por qué no eliminar la exigencia de que la comunicación se realice ante el juzgado¹³⁰⁵, incluso, proponía la eliminación del precurso (art. 5.3) por considerar que era un trámite absurdo¹³⁰⁶. Sin embargo, el legislador del año 2011 tomaba en serio la posibilidad de consolidar un procedimiento preconcursal, que sirviera para que el deudor pudiera negociar con sus acreedores la consecución de un convenio de refinanciación que permitiera al deudor salir de su estado de insolvencia y, por ende, evitar el concurso de acreedores. Por todo ello, como ya hemos adelantado el legislador mejoró sustancialmente la –vaga– redacción del artículo 5.3, introduciendo nuevas modificaciones con el nuevo artículo 5 bis, intentando cubrir todas las deficiencias que se pusieron de manifiesto durante los dos primeros años de aplicación del viejo (y derogado) artículo 5.3 de la Ley Concursal.

La nueva redacción de artículo 5 bis introducida por la Ley 38/2011 quedó de la siguiente manera:

«El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley.

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

¹³⁰⁵ Vid. NIETO DELGADO, C., «Reforma concursal: diez críticas esenciales...», op., cit., p. 626. Dicho autor, incluso, proponía que, para aligerar la excesiva carga de trabajo de los juzgados de lo mercantil, la exigencia de comunicar que se habían iniciado las negociaciones con los acreedores, se hiciera ante otro funcionario distinto del órgano jurisdiccional, es decir, ante un Registrador o, ante un Notario.

¹³⁰⁶ Vid. NIETO DELGADO, C., «Ibídem...», op., p. 626.

El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor.

Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia».

Como se puede observar la redacción del artículo 5 bis, acabó con toda la polémica anterior generada con respecto a la posibilidad de negociar un acuerdo de refinanciación durante la tramitación del precurso (art. 5 bis LC); con la redacción del derogado artículo 5.3 de la Ley, no se preveía expresamente dicha posibilidad, ya que el efecto de protección que excluye las solicitudes de concurso necesario (art. 15.3 LC), sólo se activa cuando el deudor comunicaba que había iniciado las negociaciones con los acreedores para alcanzar adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado de los previstos en los artículos 106 y siguientes de la Ley Concursal, pero dicho efecto de protección (art. 15.3) no se activaba cuando se comunicaba al juzgado que el deudor estaba negociando un acuerdo de refinanciación¹³⁰⁷.

No obstante a todo lo anteriormente descrito, como bien exponía parte de la doctrina, era lícito y perfectamente conforme a derecho, la posibilidad de que el deudor, mientras buscaba las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (art. 106 y ss. LC), pudiera, además, llevar a cabo de forma paralela, la negociación de un acuerdo de refinanciación, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255

¹³⁰⁷ Vid., por todos a PULGAR EZQUERRA, J., «Protección en las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: Sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC», en *RdCyP*, n.º 11, 2009, pp. 45-59; ídem., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación...*, op., cit., pp. 374-375, concretamente la nota a pie de página n.º 343: GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo art. 5.3 de la Ley Concursal», en *ADco*, n.º 19, 2010, p. 124.; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar la declaración de concurso», en *RdCyP*, n. 12, 2010, p. 262.; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «La comunicación del inicio de negociaciones para obtener...», op., cit., pp. 645-686.

CC)¹³⁰⁸. Por otro lado, la expresión: «insolvencia actual» que venía recogida expresamente en el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, fue suprimida por la Ley 38/2011, dejando fuera de toda polémica, la posibilidad de acogerse al precurso en estado de insolvencia inminente o, incluso, según quedó regulado el artículo 5 bis, no es descabellado afirmar, al menos eso es lo que sostenemos nosotros, que un deudor preinsolvente, es decir, aquél que aún es solvente pero que prevé que a medio o largo plazo no podrá cumplir con sus obligaciones de forma puntual y regular, pueda acogerse al precurso (ex art. 5 bis)¹³⁰⁹. Como podemos observar el legislador introdujo un presupuesto objetivo flexible que permite al deudor acceder al precurso en diversas situaciones patrimoniales posibles, sin la necesidad de acreditar dicho extremo (ex art. 5 bis LC).

En otro orden de cosas, siguiendo con las modificaciones relacionadas con el precurso (art. 5. Bis), llevadas a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, hemos de resaltar que la redacción del importante artículo 15.3 de la Ley Concursal tras la aprobación de la Ley 38/2011, vino a quedar como sigue:

«Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso instadas por terceros legitimados distintos del deudor.

Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de precurso. Si el deudor presenta la solicitud de precurso en el citado plazo se tramitarán en primer lugar conforma al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes de concurso presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.

¹³⁰⁸ Vid. por todos PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias precursoales», op., cit., p. 76; Idem., «Protección en las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: Sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC», en *RdCyP*, n.º 11, 2009, pp. 56-58.

¹³⁰⁹ En este sentido, insinuando esta posibilidad véase a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho precursoal», op., cit., pp. 565-566; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., «Prevención y gestión...», op., cit., p. 237.

Como se puede observar, la redacción del viejo artículo 15.3 de la Ley Concursal, también sufrió cambios con la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, como se cabía esperar se reconfiguró uno de los importantes efectos de protección que se despliega con la solicitud de concurso (art. 15.3 LC), esto es el bloqueo, *rectius*: la exclusión y posterior inadmisión *ad limine* de cualquier solicitud de concurso necesario instado por cualquier legitimado distinto del deudor, hasta que no transcurra el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud de concurso. Por lo tanto, hasta que no transcurra el plazo de 3 meses desde que se presentó la solicitud de concurso, serán inadmitidas *ad limine* las solicitudes de concurso necesario instadas por terceros legitimados distintos del deudor (art. 15.3 LC).

2. La reforma concursal llevada a cabo mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Posteriormente, al cabo de dos años de rodaje de la reforma operada en el año 2011, el legislador volvió a modificar la Ley Concursal en el año 2013, mediante la promulgación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹³¹⁰», cuyo artículo 21 (del capítulo V) introdujo, entre otras novedades, el denominado *acuerdo extrajudicial de pagos*, que vino a regularse en el ya conocido Título X de la Ley Concursal, concretamente, en los artículos 231 y siguientes. Asimismo, otra de las novedades íntimamente relacionada con el acuerdo extrajudicial de pagos fue la introducción de la figura de «mediador» concursal, que es nombrado e interviene en los acuerdos extrajudiciales de pagos (art. 233 LC), cuya principal función es impulsar la tramitación del procedimiento y avanzar una propuesta de plan de pagos que, tras la convocatoria a todos¹³¹¹ los acreedores para que acudan a la reunión entre el deudor y los acreedores, será discutida en la reunión con los acreedores.

¹³¹⁰Vid. la Ley 14/2014, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE n.º 233 de 28 de septiembre de 2013.

¹³¹¹ Se excluirán en todo caso de la convocatoria a los acreedores de derecho público (ex art. 234. 1 II *in fine* LC).

Según se aduce en el preámbulo de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización: «*En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar*»¹³¹²

Por ello, el legislador ideó un nuevo procedimiento extrajudicial muy flexible que coadyuvara a los empresarios, ya sean personas físicas como jurídicas¹³¹³ (y, actualmente, también se pueden acoger al acuerdo extrajudicial de pagos las personas naturales no empresarios¹³¹⁴) a que, en caso de fracasar en cualquier proyecto empresarial, pudieran salir de la situación de la situación de insolvencia de forma ordenada y, posteriormente, pudieran optar por tener otra nueva oportunidad en la que poder desarrollar nuevos proyectos o aventuras empresariales, como así dice el preámbulo de la Ley 14/2013: «*En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar*», por lo tanto, el legislador fue instaurando un instrumento extrajudicial de tramitación flexible, que sirve para que el deudor pueda reorganizar sus deudas pudiendo, incluso, plantear quitas de hasta el veinticinco por ciento, y, esperas de hasta tres años. Y, que en la actualidad, tras la aprobación del Real Decreto 1/2015, de 27 de febrero, dicho procedimiento puede conectar con el «*beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*» (art. 178 bis LC), es decir, en los casos en los que el deudor persona natural que ha intentado el acuerdo extrajudicial de pagos, fracase porque no hayan aceptado los acreedores el plan o la propuesta del plan de pagos, éste se

¹³¹² Vid. el preámbulo de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

¹³¹³ Vid. artículo 231.1 de la Ley Concursal introducido por la Ley 14/2013, de 27 de marzo, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

¹³¹⁴ Tras la promulgación del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, su artículo 1. 2. 13º, que introdujo el artículo 242 bis de la Ley Concursal donde se regulan las especialidades del acuerdo extrajudicial de pagos para personas naturales no empresarios.

verá abocado al concurso y, si éste, finalmente, concluye por liquidación o por insuficiencia de masa activa, podrá solicitar el *beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho* (art. 178 bis LC), dentro del plazo que concede de audiencia el artículo 152.3 de la Ley, siempre que hubiera cumplido, entre otros requisitos, el intento (al menos hubiera intentado celebrar) de un acuerdo extrajudicial de pagos previamente. Este beneficio se asemeja a lo que viene regulándose en el Ordenamiento jurídico norteamericano sobre la figura de la «*discharge*» estadounidense cuyo fundamento consiste en rehabilitar o recuperar del deudor promoviendo un nuevo comienzo personal y financiero («*fresh start policy*»), que suponga una verdadera segunda oportunidad para los deudores honestos pero desafortunados¹³¹⁵.

En puridad, lo que se busca con la introducción del *acuerdo extrajudicial de pagos* es ofrecer una alternativa extrajudicial mucho más ventajosa y menos costosa que el proceso concursal, con el que los deudores (empresario – persona natural y jurídica – y personas naturales no empresarios) podrían dar una solución *extra muros concurso* a su situación de insolvencia, saliendo de dicho procedimiento reforzado y con posibilidades de volver a impulsarse sin que el «bache» por el que han atravesado les impida volver a salir a emprender otro nuevo proyecto o actividad empresarial, es decir, en puridad se busca regular un procedimiento que reorganice los pagos del deudor para salir del estado de insolvencia y poder cumplir con todos los acreedores, permitir salir de la crisis al deudor que ha visto como su proyecto empresarial ha fracasado. Se trata de «un procedimiento flexible que se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación como son el registrador mercantil o el notario¹³¹⁶.

Como ya hemos adelantado, el «mediador» concursal impulsará los tramites del procedimiento y avanzará una propuesta de plan de pagos para

¹³¹⁵ SATTÀ, S., *Diritto Fallimentare*, op., cit., p. 370; PACCHI, S., *Manuale de Diritto Fallimentare*, ed. Giuffrè Editore, 2007, p. 429; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *El sobreendeudamiento domestico: prevención y solución: crisis económica, crédito, familia y concurso*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 105.

¹³¹⁶ Vid. El preámbulo de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre,

presentarles a todos acreedores previamente convocados a la reunión con el deudor (art. 234 LC), la propuesta del plan de pagos será discutirá en la reunión con todos los acreedores y, en su caso, la cesión de bienes en pago de deudas; es posible pactar una quita máxima del veinticinco por ciento y una espera no superior a los tres años. Cuando la propuesta no es aceptada por los acreedores y no se llega a un acuerdo, cuando el deudor incumple, el mediador tiene la *carga de instar* el concurso consecutivo, siempre, claro está, que el deudor se encuentre en estado de insolvencia (arts. 236.4, 238.3, 241.3 LC).

Como es de sobra conocido, la instauración de este mecanismo extrajudicial también conllevó, entre otras, las modificaciones de los artículos 3.1 y 5 bis, con el objeto de adaptarlos al novedoso acuerdo extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss.). El artículo 3.1 de la Ley Concursal había que modificarlo, ya que, en todo caso, era necesario atribuir legitimación activa al «mediador¹³¹⁷» concursal a la hora de instar el concurso consecutivo, en los casos en los que procediera (arts. 236.4, 238.3 y 241.3 LC)¹³¹⁸.

La Introducción del *acuerdo extrajudicial de pagos* regulado en el capítulo X de la Ley Concursal, concretamente en los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal, ha conllevado, como era de esperar, la modificación del artículo 5 bis de la ley Concursal; esta modificación tiene su justificación en el sentido que venimos defendiendo durante toda la tesis doctoral, en la que sostenemos que el único instituto preconcursal en nuestro ordenamiento es el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), que es, en puridad, el soporte procedimental en el que se llevan a cabo los diversos negocios jurídicos que la norma pone a disposición del deudor (ex art. 5 bis 1 LC): i) un acuerdo de refinanciación, ii)

¹³¹⁷ La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo la nueva redacción del artículo 3.1 de la Ley Concursal: «1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley».

¹³¹⁸ En este sentido, había que atribuir legitimación activa al mediador concursal para que éste inste el concurso consecutivo en los casos en los que las negociaciones llevadas a cabo para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos fracasaran. Se trataba de una legitimación extraordinaria por sustitución (arts. 236.4 LC, 238.3, 240.3 LC).

un acuerdo extrajudicial de pagos o, adhesiones suficientes para la admisión a trámite de a una propuesta anticipada de convenio.

Por lo tanto, en nuestra opinión, no es posible hablar de institutos preconcursales en sentido amplio o plural, sino que, más bien sería oportuno hablar del instituto preconcursal en sentido unitario o, único: el «preconcurso», que, en todo caso, se va combinando con las diversas modalidades posibles, es decir, que el deudor puede pedir el concurso para, llevar a cabo la negociación con sus acreedores para la suscripción o materialización de los negocios jurídicos que permite la Ley: i) el acuerdo de refinanciación, ii) el acuerdo extrajudicial de pagos o, iii) la búsqueda de adhesiones suficientes para la admisión a trámite de un propuesta de convenio anticipado (ex art. 5 bis 1). La nueva redacción del artículos 5 bis de la Ley Concursal introducida por el artículo 21 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, vino a constatar lo que hemos defendido a lo largo de todo el trabajo: el procedimiento de concurso se había consolidado como un auténtico procedimiento judicial preventivo, que serviría a los deudores para refinanciar o reestructurar en una *spatium temporis* libre de toda solicitud de concurso necesario (quedan excluidas durante hasta que transcurran los tres meses, desde que se presenta la solicitud de concurso. El concurso se ha conformado como la piedra de toque del ámbito preconcursal puesto que, gracias a la activación del mismo, el deudor puede obtener un *sptatium temporis* para negociar tranquilamente sin la presión de las ejecuciones ni de las solicitudes de concurso necesario.

A continuación, exponemos la redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma del año 2013, mediante la promulgación de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre:

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

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

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

3. El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil.

4. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

Como podemos observar, el tenor literal del artículo 5 bis introducido por el artículo 21 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, completó su redacción con la para adaptar el contenido del precurso al nuevo negocio jurídico al que el deudor puede optar por negociar dentro del precurso, esto es «el acuerdo extrajudicial de pagos» (arts. 231 y ss. LC); en este caso, no es el deudor quien formula la solicitud de precurso sino que, lo hacen de oficio: el notario o el registrador a los que se haya solicitado la designación del mediador concursal, por lo tanto, nos encontramos ante los que se denominaría una *legitimación activa* extraordinaria y excluyente¹³¹⁹ que impone la Ley a los notarios y a los registradores, para que, una vez que aceptado el encargo el

¹³¹⁹ MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op., cit., p. 44.

«mediador» concursal, insten ellos la solicitud de concurso *ex officio* (art. 5 bis 1 II LC).

Por otro lado, otras de los cambios relevantes sufridos por el artículo 5 bis tras la aprobación de la Ley 14/2013, de 27 de octubre está reflejada en los apartados 3º y 4º del artículo 5 bis de la Ley Concursal; por un lado dice el apartado 3º del artículo 5 bis de la Ley que, en el caso de que el deudor haya optado por negociar un acuerdo extrajudicial de pagos, será el notario o el registrador mercantil los que dejen constancia, sin más, de la presentación de la solicitud de concurso que, posteriormente, una vez haya aceptado el encargo el mediador concursal (art. 233.2 LC), deberán comunicar de oficio al juzgado de lo mercantil competente, para que se desplieguen los efectos concursales al efecto (art. 233.3 LC)¹³²⁰. Posteriormente, en el apartado 4º del artículo se produce otra adaptación para integrar el acuerdo extrajudicial de pagos en el procedimiento de concurso, es decir, como otro nuevo negocio jurídico que es posible llevar a cabo en el periodo de negociación de tres meses que concede el concurso. Se nos dice que tras el transcurso de los tres meses desde la formulación de la solicitud, el deudor, haya conseguido alcanzar: i) un acuerdo de refinanciación, ii) un acuerdo extrajudicial de pagos, o iii) las adhesiones suficientes para un propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso en el mes siguiente hábil, a menos de que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o, no estuviera ya en estado de insolvencia remoción del estado de insolvencia – (art. 5 bis 4 *in fine* LC).

En lo que respecta al artículo 15.3 de la Ley Concursal que, siempre y en todo caso, va en íntima conexión con la aplicación del artículo 5 bis de la Ley, también, como es obvio fue modificado por la Ley 14/2013, de 27 de marzo, para que dicho precepto fuera perfectamente adaptado al nuevo acuerdo extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss. LC), quedando su redacción como sigue:

¹³²⁰ MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Ibidem...*, op., cit., p. 44.

“Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal.

Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes”.

Como se desprende de dicho precepto el legislador simplemente adaptó la redacción del precepto para que el mismo conectara con el acuerdo extrajudicial de pagos, aunque, se separa de lo establecido por el legislador del 2011, puesto que la redacción del anterior artículo 15.3 establecía que: «*mientras no transcurra el plazo de los tres meses previsto en dicho precepto no se admitirán ad limine solicitudes de concurso necesario instados por terceros legitimados distintos del deudor*»; sin embargo, en la redacción que otorgó posteriormente el artículo 21.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, se prevé que cuando el deudor haya instado el procedimiento de precurso para intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, las solicitudes de concurso necesario instadas por terceros legitimados distintos del deudor (durante esos tres meses de protección en el precurso) no serán proveídas hasta que no haya vencido el mes siguiente hábil previsto en el artículo 5 bis, si el deudor no hubiera presentado la declaración de concurso; si el deudor presenta la declaración de concurso en dicho plazo, se tramitarán conforme la reglas del artículo 14 de la Ley Concursal, como un concurso voluntario. Una vez que se declare el concurso las solicitudes que se hubiera presentado previamente y las que se hubieran presentado después, se unirán a los autos teniéndolas por comparecidos a los solicitantes (art. 15.3 II *in fine* LC).

Por lo tanto, el legislador en la reforma del año 2013, prescindió de la *inadmisión* automática de las solicitudes de concurso necesario que estaba regulada en el anterior artículo 15.3 de la Ley Concursal, optando por expresar que dichas solicitudes presentadas tras la solicitud de precurso se proveerán tras el transcurso del mes hábil siguiente, siempre y cuando, el deudor no hubiera instado el concurso de acreedores en dicho plazo (art. 5 bis 4 LC¹³²¹).

3. El abuso del Real Decreto-Ley para legislar en el ámbito concursal a partir de 2014

Tras la reforma concursal llevada a cabo en el año 2013, a través de la aprobación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el legislador entró en un especie de «espiral» de reformas de la Ley Concursal, iniciando lo que se podría denominar una «carrera» de reformas sucesivas (en un espacio corto de tiempo) a través de la técnica del Real Decreto-Ley (art. 86 CE), que ha sido visto por la generalidad de la doctrina y de los prácticos como un claro «atentado» a la tan pretendida *seguridad jurídica*; en este sentido, hay que decir que todos los Reales Decretos-Leyes de las sucesivas reformas concursales promulgados durante los años 2014 y 2015¹³²², posteriormente han sido refrendados y convalidados por el Parlamento, tramitándose como leyes ordinarias¹³²³, lo que conllevaba que los procesos de reforma concursal permanecieran abiertos durante todo el periodo de convalidación parlamentaria¹³²⁴, pudiéndose modificar el texto del Real Decreto-Ley durante el tiempo que dure el proceso de convalidación del Real

¹³²¹ Corresponde con la redacción del Artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal introducida por la Ley 14/2014, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

¹³²² El Real decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial que fue convalidada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; El Real Decreto-Ley 11/2014 de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que fue convalidado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, convalidado por la parlamentaria mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

¹³²³ Vid. la nota al pie de página anterior

¹³²⁴ Vid., por todos a CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op., cit., p. 145.

Decreto-Ley. Además, el hecho de que se utilice la técnica del Real Decreto-Ley para incorporar leyes ordinarias tras su convalidación, evita que durante esos procesos de reforma no se dé el *conveniente* debate parlamentario¹³²⁵; por otro lado, al utilizar la técnica o la fuente del real Decreto Ley, también queda patente la dificultad de justificar la extraordinaria y urgente necesidad que, en todo caso, debe concurrir a la hora de poder promulgar dichas disposiciones normativas (ex art. 86 CE). En conclusión, entendemos que es cuanto menos sorprendente el hecho de que el legislador decida reformar utilizando una fuente de producción legislativa tan expedita como lo son las promulgaciones de los Reales Decretos-Leyes (art. 86 CE), y, posteriormente, dichas disposiciones normativas se pretendan tramitar como leyes ordinarias¹³²⁶, permitiendo, como ya hemos dicho anteriormente, que durante el periodo de tiempo de convalidación parlamentaria, el proceso de reforma siga abierto, pudiéndose introducir enmiendas al texto del Real Decreto-Ley (como así ha ocurrido en diversas de las reformas).

En la actualidad no es infrecuente observar, de forma generalizada, el uso reiterado que viene haciendo el legislador del Real Decreto-Ley a la hora de acometer reformas o de crear nuevas Leyes; este uso generalizado del Real Decreto-Ley que vienen haciendo los gobiernos hace que, en ocasiones, los comentaristas nos cuestionemos si, realmente, se está haciendo un buen uso del sistemas de fuentes¹³²⁷, es decir, nos preguntamos, si el hecho de querer crear una norma «a toda costa» por la vía de Real

¹³²⁵ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho preconcursal», op., cit., p. 474.

¹³²⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibidem...», op., cit., p. 474.

¹³²⁷ Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en otro lugar; en aquella ocasión criticábamos el mal uso de las fuentes normativas (en general y en el ámbito concursal en especial) –concretamente, en aquella ocasión, analizábamos un decreto legislativo italiano, concretamente el decreto legislativo 5/2006, de 9 de enero, que entró en vigor el 14 de julio de 2006 dictado por el Gobierno Italiano para reformar la *Legge Fallimentare* italiana, que derogó la *dichiariatione di fallimento ex officio regulada en la Legge fallimentare italiana* – que venían haciendo muchos gobiernos europeos, como por ejemplo: en España, Francia, Italia y Alemania. Vid., , nuestro trabajo en PACCHI, S., y GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La intervención y los poderes de disposición del Ministerio Fiscal en el Proceso concursal italiano y español», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28, 2013, p. 267.

Decreto-Ley (evitando el debate parlamentario¹³²⁸) es, siempre y en todo caso, adecuado, teniendo en cuenta los límites constitucionales a los que están sometidos los Reales Decretos-Leyes¹³²⁹, puesto que la *urgencia* y la *rapidez* con que se aprueban y se modifican normas por esta vía, podría instaurar cierta *inseguridad jurídica* a los operadores¹³³⁰, provocada, en cierta medida, por una proliferación legislativa *desmedida*¹³³¹, la corta duración de las normas como consecuencia de la ligereza con que se elaboraron, la aprobación de normas poco meditadas o exclusivamente pensadas en referencia a una concreta situación presente e, incluso, por sustituciones de unas leyes por otras sin una justificación convincente¹³³².

Siguiendo con las ideas anteriores y en conexión con la proliferación normativa –vía Real Decreto-Ley– que se da en la actualidad, no se debe olvidar que el *respeto a la ley* no debe quedar (como ya hemos afirmado), solamente, en el propio respeto formal a sus postulados y contenidos (*rectius*: obediencia formal a los preceptos de una norma), sino que, además, también debe prevalecer, en todo momento, el respeto al mantenimiento de la *vigencia de la ley*, evitando, en la medida de lo posible, normas urgentes y reformas verdaderamente apresuradas¹³³³. Por eso el Legislador o, mejor dicho, el Gobierno “de turno” que haga uso de la figura del Real Decreto-Ley, deberá hacerlo de forma medida y con cierto control, ya que, como bien apunta la doctrina del Tribunal Constitucional: «el presupuesto habilitante: *extraordinaria y urgente necesidad*, no es, en ningún caso, una

¹³²⁸ Un uso «masivo» y, si se nos permite, «abusivo» del Real Decreto-Ley a la hora de reformar o crear normas, pudiera parecer que busca eludir, no solo el debate parlamentario sobre la normativa que se pretende introducir, sino que, también, las propias enmiendas que pudiera plantear la oposición e, incluso, la propia publicidad de los medios de información y su repercusión en la sociedad, sobre la normativa que se pretende aprobar.

¹³²⁹ Cfr., en BALAGUER CALLEJÓN, F., en BALAGUER CALLEJÓN (coord.), AA. VV, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 2013, pp. 159-161.

¹³³⁰ Vid., la reciente noticia publicada en el Diario El Economista: «Los expertos ven inseguridad jurídica en la reforma de los acuerdos concursales», introducida por el real decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, del pasado 15 de marzo de 2014.

¹³³¹ ECHEVARRIA PETIT, J.L., «Seguridad jurídica...», op. cit., pp. 1 y ss.

¹³³² DE LA OLIVA SANTOS, A., «Respetar la ley», op. cit., p. 93.

¹³³³ DE LA OLIVA SANTOS, A., «Respetar la ley», op. cit., pp. 92-93.

cláusula o expresión vacía de contenido y significado dentro del cual el Gobierno pueda moverse sin restricción alguna¹³³⁴».

El propio *Real Decreto-Ley* viene a ser una fuente de producción legislativa que, junto al *Decreto Legislativo*, permite al Gobierno la posibilidad de adoptar normas de eficacia equiparada a la Ley (art. 86 CE)¹³³⁵. En este sentido, durante los últimos diez años, desde que se promulgara la Ley Concursal de 2003, el legislador concursal ha venido haciendo un uso, si se nos permite, “frecuente” y “reiterado” (posiblemente masivo) del Real Decreto-Ley a la hora de ir reformando la Ley Concursal¹³³⁶, evitando con ello, el debate parlamentario y, el trámite de enmiendas en el que podría intervenir la oposición.

Como es sabido, en los tiempos de crisis económica cambia el escenario socio-económico y afloran nuevos problemas y necesidades que precisan la aparición de medidas urgentes de *extraordinaria necesidad* para dotar al Ordenamiento de adecuados cuerpos normativos que puedan ofrecer efectivos tratamientos legales en todas las materias que lo requieran; en conexión con lo anterior, pudiera parecer que el legislador concursal, ante la situación de crisis que venimos sufriendo, se ha visto obligado a usar «masivamente» el Real Decreto-Ley para gestionar la actual coyuntura de crisis económica y financiera en la que se halla inmersa España desde el año 2008¹³³⁷; por ello, entendemos que el legislador concursal, sin querer

¹³³⁴ Vid., entre otras, la importante sentencia: STC 68/2007, de 28 de marzo, en su F.J.12.

¹³³⁵ Vid., con carácter general en JIMÉNEZ CAMPO, J., «Decreto Ley», en ARAGÓN REYES (coord.), AA. VV, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 33 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 157 y ss.

¹³³⁶ En este aspecto, podemos decir que diversas reformas de la Ley Concursal han sido operadas por Reales Decretos-Leyes: 1ª) Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias (con entrada en vigor el día 12 de diciembre de 2008), 2ª) Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, 3ª) el Real Decreto-ley 4/2014, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Por otro lado, como es sabido, las otras dos reformas (restantes) sufridas por la Ley Concursal fueron aprobadas por Ley, *verbi gratia*: la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, concursal y, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

¹³³⁷ CARMONA CONTRERAS, A.M., «El Decreto-Ley en tiempos de crisis», en *Revista catalana de Dret públic*, núm. 47, 2013, pp. 1-20.

resolver las crisis económica con la propia Ley Concursal¹³³⁸ (al menos, a nuestro juicio, y siguiendo a la doctrina¹³³⁹, ese no debe ser el objeto de las reformas acometidas; no se debe utilizar las reformas de la Ley Concursal para resolver la crisis económica actual que azota a España) utiliza de forma «masiva» el Real Decreto-Ley para introducir medidas urgentes y acometer las reformas pertinentes en materia de Derecho de la insolvencia, entre otras, dando una solución y un tratamiento urgente a todos los problemas que se han venido suscitando durante los primeros diez años de rodaje de la Ley Concursal de 2003, ya que la misma, fue promulgada en una época de bonanza económica, con un panorama económico totalmente distinto al actual¹³⁴⁰.

Por todo ello, creemos que, debido a la gran avalancha de concursos declarados desde que comenzó la crisis (2007/2008) y, las diversas distorsiones y problemas que generaban algunos de los preceptos de la Ley Concursal a la hora de aplicarlos en la práctica, se hacía necesario, el uso reiterado de Real Decreto-Ley para introducir medidas urgentes que paliaran los problemas que afloraban en los primeros años de vigencia de la Ley Concursal, pero siempre y cuando, el Gobierno “de turno” lo utilizara con control y respeto hacia los límites establecidos en la Constitución (art. 86 CE).

Para culminar la anterior justificación, no está de más recordar que, el gobierno puede, en todo caso, utilizar esta fuente de producción normativa para legislar en el ámbito concursal, siempre y cuando, se den determinadas circunstancias, es decir, tiene que existir, en primer lugar, i) *el presupuesto habilitante*: una verdadera y efectiva *urgencia y una extraordinaria necesidad* para que se pueda promulgar una norma por la vía del Real Decreto-Ley (parece que en el ámbito concursal si se daba dicho presupuesto

¹³³⁸ Vid., , BISBAL MÉNDEZ, J., «Leyes concursales o Derecho concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7714, 13 de octubre de 2011, Año XXXII, pp. 1 y ss.

¹³³⁹ Vid. BISBAL MÉNDEZ, J., «Leyes concursales...», op. cit., pp.1 y ss.

¹³⁴⁰ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex artículo 5.3 de la Ley Concursal en el marco del RD-L 3/2009», en *RdCyP*, núm. 11, 2009, p. 46.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley Concursal», op cit., p. 661.

habilitante); ii) la utilización de esta fuente está limitada materialmente, es decir, el Real Decreto-Ley solo es apto para legislar determinadas materias; otras materias lo tendrían completamente vedado (en el ámbito de lo concursal, las medidas urgentes jurídicas, económicas, fiscales y/o sociales que coadyuven a las empresas a reestructurar y refinanciar su deuda, parece que si son aptas para ser reguladas vía Real Decreto-Ley). Finalmente, estaría el último límite, iii) que sería el temporal; los Reales Decretos-Leyes son fuentes que regulan normas con un marcado *carácter provisional*, puesto que, para que no pierdan su validez, los mismos deben ser convalidados por el Congreso de los diputados en el plazo de treinta días desde su publicación en el BOE, no valiendo la «mera» *inactividad* del congreso para su *efectiva* convalidación, sino que, se exige un pronunciamiento *expreso* por parte del mismo (art. 86.2 CE). Posteriormente será necesario que dicho acuerdo de convalidación sea publicado en el BOE (art. 151.6 RCDi). Además, en ese mismo plazo, se debe instar o promover la conversión del Real Decreto-Ley en Ley por el procedimiento legislativo de *urgencia* para que este no deje de estar vigente dentro del Ordenamiento jurídico. En este sentido, tenemos que decir que el Gobierno ya ha publicado en el anuncio de convalidación que el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, será tramitado (conversión a ley) como Proyecto de Ley por el *procedimiento de urgencia*¹³⁴¹.

4. La reforma concursal del año 2014, mediante la promulgación del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo

No han sido pocos los autores¹³⁴² que se han pronunciado sobre la *falta* de eficacia jurídica de las exposiciones de motivos de las leyes e,

¹³⁴¹ Cfr., el BOE de 26 de marzo de 2014, donde se ha publicado la Resolución de 20 de marzo de la Presidencia del Congreso de los Diputados por el que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, donde ya se ha anunciado que dicho RD-Ley se va a tramitar como proyecto de Ley por el *procedimiento legislativo de urgencia*.

¹³⁴² Sobre las exposiciones de motivos de las leyes, en general, vid., el trabajo de PENDAS GARCÍA, B., «Procedimiento legislativo y calidad de las Leyes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 1990, p. 109; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Exposiciones de

incluso, algún autor¹³⁴³ ha sostenido la posibilidad de prescindir definitivamente de las mismas a la hora de redactar las mismas. Desde nuestro punto de vista, también entendemos que las exposiciones de motivos de las leyes promulgadas *carecen* de eficacia jurídica, aunque, bien es cierto que su estudio puede ayudar a determinar e interpretar el verdadero espíritu de la norma (como «mera» ayuda interpretativa)¹³⁴⁴, es decir, acercarnos al verdadero alcance u objetivo de la norma, o, si se nos permite, nos puede servir como guía para ver si el espíritu que ha llevado al legislador a promulgar la misma, coincide con el verdadero espíritu que se desprende de la propia norma (el texto normativo *definitivo*, una vez promulgada la misma); como ya hemos afirmado anteriormente, la *falta* de eficacia jurídica de las exposiciones de motivos (o preámbulos, una vez aprobado el texto definitivo), hace que las mismas debieran permanecer inalterables –es decir, inalterables desde su redacción inicial, sin sufrir reformas o enmiendas parciales durante el debate – durante todo el debate parlamentario.

En relación a lo anterior y en plena conexión con las reformas concursales acometidas durante estos últimos diez años, algún autor ha llegado a afirmar que toda ley responde a un *plan político* cuya finalidad es

motivos de las Leyes: motivos para su eliminación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, pp. 47-64.; y, en referencia a la exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, vid. por todos a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FDEZ-NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AAVV, *Tratado de Derecho Mercantil*, Vol. 7, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 25; GURREA MARTÍNEZ, A., «La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores», SSRN: <http://SSRN.COM/ABSTRACT=2400128> o, <http://DX.DOI.ORG/10.2139/SSRN.2400128>.

¹³⁴³ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Exposiciones de motivos...», op. cit., pp. 47-64.

¹³⁴⁴ En este sentido, entendemos que las exposiciones de motivos de las normas, aún sin eficacia jurídica, pueden tener, incluso, un claro papel *didáctico* para el intérprete de la misma; véase, como ejemplo, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (pendiente de reforma). En contra del aporte interpretativo de las exposiciones de motivos de las leyes se pronuncia SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Exposiciones de motivos...», op. cit., p. 57. El autor dice que si la norma promulgada plantea dificultades interpretativas es porque está mal concebida, probablemente por olvido de algunas de las técnicas *nomotécnicas* esenciales a la hora de redactar Leyes (las normas deben ser completas, concisas, y claras). Además, el autor afirma que, la «supuesta» justificación interpretativa de las exposiciones de motivos en su valor hermenéutico choca de entrada con los postulados de la (buena) técnica legislativa.

intervenir de manera eficiente y eficaz en la realidad social y económica¹³⁴⁵, es decir, en este sentido, se dice que la propia Ley Concursal del año 2003 respondía, más bien, a una cuestión *de política legislativa* en la que tenía cabida ese *plan político* de intervención ya apuntado¹³⁴⁶; por todo ello, podemos sostener, que los sucesivos «vaivenes» de reforma legislativa sufridos por la Ley Concursal, responderían, más bien, a cuestiones de *política legislativa*, ya que, a nuestro entender, el legislador, ante los cambios y la evolución de la realidad social y económica española, intenta, a través de las diversas reformas acometidas, garantizar la adaptación de la normativa de insolvencia a esos nuevos escenarios o, a esas nuevas necesidades y/o realidades socio-económicas¹³⁴⁷.

A la hora de acometer un estudio pormenorizado del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, será necesario hacer una lectura sosegada de su propia *exposición de motivos*, puesto que la misma, se configura como el texto idóneo donde el legislador intenta definir los fines y objetivos perseguidos por dicha norma; es decir, el preámbulo del Real Decreto-Ley 4/2014, ha servido al legislador para «intentar» esgrimir –aunque sea de forma escueta– el verdadero alcance de la norma promulgada. Como bien apunta alguna autora¹³⁴⁸, la misma *exposición de motivos* del Real Decreto-Ley parece que conduce a entender que la Ley Concursal ha pasado de ser: *una aspiración profunda y largamente sentida en el Derecho Patrimonial español*¹³⁴⁹ a convertirse en un «peligro» del que conviene alejarse definitivamente¹³⁵⁰.

¹³⁴⁵ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., *Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia*, op., cit., p.12.

¹³⁴⁶ Vid., VICENT CHULIÁ, F., «Tres años de Ley Concursal: temas de reforma», en *RdCyP*, n.º 8, 2008, pp. 113 y ss.

¹³⁴⁷ OLIVENCIA RUIZ, M., *Guía legislativa...*, op. cit., p.12

¹³⁴⁸ Vid., el trabajo de SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., «Breves reflexiones en torno al alcance subjetivo de la reforma concursal», en *e-Dictum*, 28, abril 2014, p. 1.

¹³⁴⁹ Vid., la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, 9 de julio, concursal.

¹³⁵⁰ Vid., a SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., «Breves reflexiones...», op. cit. pp. 1 ss.; DAMIÁN MORENO, J., «¿Estorba el Derecho Concursal?», en *Diario económico Expansión*, Sección Jurídico, de 9 de mayo de 2011.

Pudiera parecer que la falta de cultura concursal predominante hasta la fecha en España y tan invocada y reclamada por la mejor doctrina¹³⁵¹, deja de tener importancia ante las nuevas reformas, como si ya no interesara al propio legislador. Con el nacimiento de las nuevas fórmulas y soluciones preconcursales *extra muros* concurso (introducidas por las últimas reformas), parece que, durante estos últimos años, confiar la tutela sobre la insolvencia a los tribunales no es del todo eficiente o, al menos, el “concurso” no consigue los resultados pretendidos por el legislador concursal; pudiera parecer, incluso, que el proceso concursal ha empezado a «estorbar», ya que el mismo tiene un componente *abrasivo* importante, sobre todo para el deudor que no ha consolidado su estado de insolvencia¹³⁵², además, los resultados de los concursos que se vienen declarando judicialmente no son muy halagüeños, la gran mayoría terminan en liquidación (las propuestas anticipadas de convenio son escasas y un porcentaje pequeños de concurso acaba en convenio)¹³⁵³. Por todo ello, veremos, en un futuro próximo, como se adaptarán las nuevas medidas preconcursales a la realidad, para ver si esta última reforma coadyuvará, por fin, a la consecución de los fines y objetivos del Derecho Concursal o, si, por el contrario, serán necesarias más reformas de la Ley Concursal para conseguirlo. Lo que sí está claro es que, si lo que realmente se pretende es que el juez del concurso acabe siendo un «amigable componedor» cuya función quede reducida a homologar soluciones negociadas en la medida que convenga a los principales acreedores del deudor, al menos deberíamos ser conscientes de lo que estamos haciendo y lo que realmente buscamos con las reformas¹³⁵⁴.

¹³⁵¹ Vid., por todos, el trabajo de BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Los problemas del Derecho Concursal español», en *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2012, núm. 41, pp. 35 y ss., *cit.*, por SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., en «Breves reflexiones...», *op.*, *cit.*, pp. 1 y ss.

¹³⁵² DAMIÁN MORENO, J., «¿Estorba el Derecho Concursal?», *op. cit.*

¹³⁵³ Vid., la estadística concursal del último trimestre del año 2013 y primer trimestre del año 2014: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?jsessionid=8E31CBFD83010C88DB8427D2353FFE45.jaxi04?type=pcaxis&path=%2Ft30%2Fp219&file=inebase&L=0>; (consultada marzo 2014).

¹³⁵⁴ Vid., DAMIÁN MORENO, J., «¿Estorba el Derecho Concursal?», *op. cit.*

4.1. El objetivo perseguido por el legislador con la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo

La reforma de la Ley Concursal operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, ha sorprendido a muchos por su rápida incorporación al Ordenamiento, de manera casi *sorpresiva*. Aunque más bien, a nuestro juicio, la reforma se ha hecho de esta manera, debido a las recomendaciones que estaba elaborando la comisión Europea sobre el Derecho de la insolvencia de los Estados miembros, para que, cada estado adaptase la normativa de insolvencia a esas inminentes recomendaciones que estaban a punto de ver la luz y que, como es sabido, fueron publicada en el BOUE unos días más tarde que el RD-Ley que comentamos¹³⁵⁵; por todo ello, quizá, pueda ser entendible la publicación «apresurada» de este RD-Ley que estamos comentando.

También, en este sentido (a pesar de la reciente reforma: RD-Ley 4/2014) se ha publicado en estos últimos días un informe elaborado por el Fondo Monetario Internacional (FMI) en el que insta a España a que siga mejorando la Ley Concursal para intentar salvar a las pequeñas y medianas empresas y a los trabajadores autónomos; por lo tanto, es posible que, ante esta nueva indicación del Fondo Monetario Internacional (FMI) la reforma que ahora comentamos, no sea la última¹³⁵⁶ que veamos antes de que termine la legislatura actual, en la que gobierna el Partido Popular¹³⁵⁷.

¹³⁵⁵ Vid. íntegramente la Recomendación 2014/135/UE, de 12 de marzo, de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, DOUEL de 14 de marzo de 2014., que curiosamente se publicó siete días después de que se promulgara el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo. «El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia, que les permitan reestructurarse en un fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía. La Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión».

¹³⁵⁶ Esta es la proliferación legislativa constante (a través de las sucesivas reformas «parcheadas») que sufre la normativa concursal, a la que ya nos hemos referido anteriormente. Es aquí donde se refleja el «poco respeto» del legislador a la ley, puesto que no puede estar reformando un cuerpo normativo cada seis meses como si de una carrera de obstáculos se tratara. Esto choca frontalmente con la importante *seguridad jurídica*. Como decía, en su día, el profesor Andrés DE LA OLIVA SANTOS, el legislador además del respeto formal a la ley, debe tener respeto al mantenimiento de la vigencia de las normas, criticando la ambición del mismo

Por otro lado, hay que advertir que, diversas voces del gobierno ya afirmaban que esta reforma no estaba provocada por el descontento (*rectius*: temor) que pudieran tener las entidades financieras con respecto a sus posiciones frente a los concursos de acreedores, sino que más bien, esta reforma –que no era para favorecer a los bancos– opera en *pro* de los acreedores y los deudores¹³⁵⁸. Como se puede observar en el cuerpo de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 4/2012, de 7 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, se han introducido, entre otras, una serie de reformas de la Ley concursal, para intentar favorecer la reestructuraciones y las refinanciaciones de empresas viables que, desde un punto de vista operativo, se encuentran altamente endeudadas; es lo que se suele conocer como «el alto nivel de apalancamiento» que sufren muchas empresas que, aun generando beneficios de su actividad ordinaria empresarial, en determinadas ocasiones, pueden *devenir* inviables financieramente hablando, debido, en primer lugar, a ese altísimo endeudamiento y, en segundo lugar, a la falta de liquidez razonable para poder cumplir con sus obligaciones exigibles. En estos casos, es cierto que, ante tal desajuste financiero, ya se contaba con soluciones y alternativas tendentes a paliar dicho problema; por un lado, se podía utilizar la vía de la liquidación de la compañía con su consiguiente desaparición del tráfico jurídico; y, por otro lado, se podía acudir a la vía del saneamiento financiero, reduciendo la

a la hora de hacer reformas apresuradas y poco meditadas de forma ortopédica o «parcheada», que puedan provocar cierta *inseguridad jurídica*, vid., su trabajo: «Respetar la ley», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1974, p. 93.

¹³⁵⁷ El Fondo Monetario Internacional (FMI) ha redactado un informe publicado el pasado 15 de mayo en el que pone de manifiesto las deficiencias y los fallos de la normativa concursal vigente. Se requiere y se insta el Gobierno español a que reforme por «enésima» vez la Ley Concursal para salvar a los autónomos y a las PYMES.

¹³⁵⁸ Vid., la noticia del Diario El economista, publicada el día 17 de marzo de 2014, en el que se publica una entrevista de Miguel TEMBOURY REDONDO, el que fuera Subsecretario de Economía y Competitividad, que ha sido el principal impulsor de las negociaciones del proyecto el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, aprobado por el Consejo de Ministros, que reforma la Ley Concursal, bajo las directrices del Ministro de Economía Luis DE GUINDOS:

<http://www.eleconomista.es/interstitial/volver/aciertoabril/legislacion/noticias/5626096/03/14/Esta-reforma-concursal-no-es-la-de-los-bancos-sino-de-acreedores-y-deudores.html#.Kku8hIGQfjthTpr> (consultada en abril de 2014).

deuda y, haciendo que la misma pueda ser *soportada* –soportable en palabras del RD-Ley 4/2014– por la empresa¹³⁵⁹; en este sentido parece que lo que se busca es incentivar un «desapalancamiento» financiero, que permita a las empresas seguir cumpliendo de forma regular con sus obligaciones exigibles, sin que por ello tengan la imperiosa necesidad de estar hipotecando sus ingresos futuros.

Ante esta última reforma, el Gobierno, al promulgar el Real Decreto-Ley 4/2014 –junto con otra batería de medidas más urgentes, anteriormente aprobadas, y de mucho mayor intensidad¹³⁶⁰– da una verdadera importancia al mantenimiento y conservación del tejido empresarial (constituido, principalmente por las Pymes), ya que, enfoca sus medidas urgentes en la búsqueda de fórmulas que *coadyuven* a aliviar a empresas verdaderamente viables pero altamente endeudadas –y con poca liquidez– que hayan *devenido* inviables desde un punto de vista operativo –o financiero–. A pesar de la buena voluntad que transmite el Real Decreto-Ley 4/2014, en su exposición de motivos, es cierto que determinadas cuestiones o medidas introducidas por el mismo, plantean serias dudas interpretativas (el experto independiente, la ampliación del escudo protector o la responsabilidad por rechazar los acuerdos de refinanciación etc.), por ello, algunos expertos han llegado a afirmar que ven cierta *inseguridad jurídica* en dicha reforma de los acuerdos preconcursales¹³⁶¹. Otros autores¹³⁶² apuntan que la reforma deja fuera a los

¹³⁵⁹ Vid., el apartado I del preámbulo del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

¹³⁶⁰ Durante los dos años anteriores (2012/2013) se han venido aprobando diversos paquetes de medidas urgentes en materia de deuda hipotecaria por adquisición de vivienda vía Real Decreto-Ley. Principalmente, se trata de: El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; el Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios; y la Ley 1/2013, de 27 de septiembre, a apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que abordó una serie de medidas destinadas a beneficiar a todo tipo de empresas y los autónomos, destacando la figura del emprendedor de responsabilidad limitada y la introducción del acuerdo extrajudicial de pagos entre otras novedades.

¹³⁶¹ Vid., la noticia sobre la reforma concursal, en el diario económico El Economista de 15 marzo de 2014:

deudores de pequeñas dimensiones (por no ofrecerles soluciones concursales efectivas) y, además, tampoco ofrecen soluciones concursales que coadyuven a reestructurar y refinanciar a las pequeñas y grandes empresas (Pymes), que se verán abocadas, irremediablemente, al concurso. Sin embargo, también existe optimismo sobre las nuevas medidas, ya que alguna autora cree firmemente que esta reforma operada por el RD-Ley 4/2014, de 7 de marzo, representa un paso más –y decisivo– que aporta *seguridad jurídica* y elimina rigideces en este acertado proceso de establecimiento de un marco jurídico protector de acuerdos concursales de refinanciación¹³⁶³.

4.2. Oportunidad de la reforma concursal operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo?

Ante esta última y reciente modificación de la Ley Concursal abordada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo cabe que nos planteemos la necesidad y la oportunidad de la misma o, al menos cuestionarnos si eran tan necesarias y extraordinariamente urgentes las medidas, como para introducirlas a través del Real Decreto-Ley. Es cierto que las normas concursales integradas dentro del ámbito del derecho mercantil –a pesar de que se pueda defender una identidad y autonomía del derecho concursal como disciplina autónoma, como ya se ha defendiendo por parte algún autor¹³⁶⁴–, al igual que ocurre con las normas procesales, deben estar continuamente adaptándose a las nuevas circunstancias y realidades sociales y económicas (evolución económica del mercado); además, desde nuestro punto de vista, las normas de Derecho

<http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/5623515/03/14/Los-expertos-ven-inseguridad-juridica-en-la-reforma-de-los-acuerdos-preconcursoales.html#.Kku8OT6DmZNxFtK> (consultado en abril de 2014).

¹³⁶² Vid. el trabajo de SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., «Breves reflexiones...», op. cit., p. 4 *in fine*.

¹³⁶³ Vid., el trabajo de PULGAR EZQUERRA, J., «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal», en *Diario La Ley*, núm. 8271, Sección Doctrina, 14 de marzo de 2014, p. 2.

¹³⁶⁴ VACAS MEDINA, L., «La autonomía del Derecho concursal» en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1957, pp. 163-204.

concursal, deben acomodarse a los nuevos postulados del Derecho Concursal europeo¹³⁶⁵, adaptándose a las nuevas tendencias invocadas por el Derecho Concursal moderno y, sobre todo, a las nuevas necesidades que florecen de todas las relaciones jurídicas que subyacen del propio derecho de la insolvencia, ya que la realidad social y la económica están en constante evolución dentro de una sociedad, por ello, el Derecho Concursal como derecho regulador de estructuras económicas complejas y cambiantes –o mutables– debe estar actualizado y puesto al día de forma constante¹³⁶⁶. Aunque, en puridad, hay que reconocer que las sucesivas reformas de la Ley Concursal no han tenido mucho éxito al tratar de adaptar el proceso concursal a las nuevas necesidades que plantea el Derecho de la insolvencia con respecto a deudores menores y, además, tampoco, a juicio de la doctrina, ha ofrecido soluciones preconcursales para la pequeña y mediana empresa, que les permitiera llegar a una solución extrajudicial y evitar el concurso¹³⁶⁷.

Si no se diera esta continua adaptación a las nuevas situaciones y circunstancias, de nada valdría contar con un régimen legal concursal, pues se daría la paradoja de que contaríamos con una normativa –si se nos permite– *desajustada o desequilibrada* (o, como ya han puesto de manifiesto otros autores: caótica, dispersa y manifiestamente superada¹³⁶⁸), carente de

¹³⁶⁵ Vid., íntegramente la Recomendación 2014/135/UE, de 12 de marzo, de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, DOUEL de 14 de marzo de 2014., que curiosamente se publicó siete días después de que se promulgara el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo. «El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia, que les permitan reestructurarse en un fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía. La Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión».

¹³⁶⁶ Vid., el prólogo redactado por la Profesora PULGAR EZQUERRA en PULGAR (dir.), AAVV, *El concurso de acreedores*, Ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 29.

¹³⁶⁷ SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., «Breves reflexiones...», op. cit., p. 4 *in fine*.

¹³⁶⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La reforma del Derecho concursal italiano y el derecho concursal español», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. , 2007, p. 317. Ya en 1981, algún autor criticaba con suma dureza el viejo sistema concursal existente, afirmando, con todo rigor, que era un sistema confuso y anacrónico enmarañado, y defectuoso, complicado y zigzagueante, Vid., en este sentido, el trabajo de GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «Separación y actualización del Derecho concursal y de la jurisdicción voluntaria», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1-4, 1981, p. 605.

soluciones efectivas a las nuevas necesidades y/o situaciones a las que se enfrentan las sociedades mercantiles en situación de insolvencia y, tampoco se podría dar soluciones jurídicas a determinados problemas subyacentes de todas las relaciones que puedan subyacer de la propia situación de insolvencia de una sociedad de capital, *verbigracia*: las relaciones de la concursada frente a sus acreedores y, frente a otros terceros afectados por el concurso de la misma. Pero no solo lo anterior es la única causa por la que el legislador concursal debe estar “siempre activo” legislativamente hablando, sino que, además, tiene una verdadera obligación de seguir perfeccionando el ordenamiento jurídico intentando, a la vez, no incrementar la complejidad y falta de armonía del mismo¹³⁶⁹. Es cierto que, como afirma algún autor, la jurisprudencia ha contribuido a la depuración, complementación y armonización del Ordenamiento jurídico, pero, cada vez es más difícil que el Tribunal Supremo lo siga haciendo de forma “constante”, pues quizá, no sea esa su función¹³⁷⁰. Por lo tanto, siguiendo la anterior tesis, creemos que en la *voluntas legislatoris* debe estar presente, en todo momento, un cierto afán de perfeccionamiento del Ordenamiento, para intentar resolver o, simplemente, reducir problemas que vayan suscitándose en el *día a día* de la vigencia de las normas; aunque, en todo caso, el legislador no debe contribuir, con ello, a incrementar la complejidad y la falta de armonía del mismo.

Por otro lado, es fácil adivinar que el legislador, además, tiene la obligación de *respetar la ley*, y no solo desde un punto de vista de obediencia formal de los preceptos de la misma, sino que, también, debe *respetar* el mantenimiento de su vigencia evitando normas urgentes y todo tipo de reformas apresuradas que puedan provocar cierta *inseguridad jurídica* en el Ordenamiento¹³⁷¹. Por ello, la activa voluntad de legislar que debe estar presente en la mente del legislador, tiene como contrapeso, el propio *respeto*

¹³⁶⁹ DE RAMÓN FORNS, I., «Sobre la necesidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, núm. 7152, Año XXX, 8 abril de 2009, pp. 1 y ss.

¹³⁷⁰ DE RAMÓN FORNS, I., «Sobre la necesidad de...», op. cit., pp.1 y ss.

¹³⁷¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., «Respetar la ley», op. cit.

a la ley, es decir, el mantenimiento de la vigencia de dichas normas; esta contraposición se hace para evitar que la proliferación legislativa de normas y la cantidad de reformas acometidas en poco tiempo de forma apresurada, pueda perjudicar o incidir en la denominada *seguridad jurídica*¹³⁷².

Antes, incluso de que se publicara el anteproyecto de reforma de Ley Concursal del año 1983, ya se decía que existía una misión urgente de poner fin al «desbarajuste» de las fuentes existentes (en el ámbito del derecho concursal), que por todos era conocido y, por supuesto, censurado¹³⁷³, pero la urgencia anterior y, la necesidad de crear, en aquella época, una norma autónoma e independiente no significaba que hubiera que utilizar una metodología *rupturista* con la ley vigente en aquella época, ya que lo que no se puede hacer es confundirse y precipitarse, por introducir normas y reformar leyes dentro del Ordenamiento sin meditación y sin esmero¹³⁷⁴. Con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, el legislador consiguió dar un «paso de gigante» al haber reformado profundamente la regulación de quiebras existente hasta la fecha, resolviendo la llamativa dispersión legislativa –superando el *bifrontismo* o, incluso, el *trifontismo* legislativo concursal de la época anterior– de los procedimientos concursales vigentes en aquella época y, sobre todo, limando determinadas deficiencias que hacían de estos procedimientos unos instrumentos perfectamente ineficaces en la mayoría de los casos¹³⁷⁵. Ante este nuevo panorama, la doctrina venía afirmando que, con la promulgación de la Ley Concursal del año 2003, se había realizado una reforma de carácter global, propiciada por la unanimidad existente entre los redactores de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que eran plenamente conscientes de

¹³⁷² ECHEVARRÍA PETIT, J.L., «Seguridad jurídica y proliferación legislativa», en *Diario La Ley*, núm. 7332, 1 de febrero de 2010, año XXXI, p. 3.

¹³⁷³ DE LA OLIVA SANTOS, A., Y DE LA CUESTA RUTE, J.M^a., «Algunas orientaciones para la reforma del Derecho Concursal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1977, p. 644.

¹³⁷⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., Y DE LA CUESTA RUTE, J.M^a., «Algunas orientaciones...», op. cit., p. 644.

¹³⁷⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Procesos concursales: el concurso de acreedores y la quiebra», en CORTÉS/GIMENO/MORENO, *Derecho Procesal. Parte especial*, 2^a Edición, Ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 213-214.

que se debía derogar en bloque una legislación centenaria, arcaica y manifiestamente superada¹³⁷⁶; además, dicha reforma global fue fruto de un movimiento, de una tendencia a lo largo del tiempo, y no de un cambio abrupto y ocasional¹³⁷⁷. Además, no faltaron, en su día, antes de la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, meritorios trabajos pre-legislativos dignos de mención como lo fueron el Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos, con la Comisión General de Codificación del 1983 y, la Propuesta del Anteproyecto de 1995¹³⁷⁸ que finalmente desembocó en el Anteproyecto de la Sección especial de la comisión concluido en el año 2000, que sería la base de la Ley 22/2003, 9 de julio, concursal¹³⁷⁹.

Con la Ley Concursal de 2003, por fin se creó un nuevo sistema concursal moderno para dar tratamiento a la insolvencia de las personas físicas y jurídicas¹³⁸⁰, muy distinto de la vieja *praxis*; los pilares fundamentales y los principios básicos de la Ley 22/2003, comenzaron a dejar atrás la antigua dispersión legislativa existente hasta la fecha, puesto que la promulgación de la propia Ley ya suponía un gran avance legislativo «de envergadura», al concentrar, unificar y aglutinar en un mismo cuerpo normativo, tanto las normas de carácter sustantivo como las de naturaleza procesal aplicables al Derecho de la insolvencia; la *pasividad e inmovilidad* de la *política legislativa* concursal existente hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal, quedó rápidamente relegada, puesto que el legislador concursal desde los primeros años de vigencia de la ley 22/2003, ha tenido siempre presente un verdadero ánimo de «perfeccionamiento» y reforma de la Ley Concursal, mostrándose «tremendamente» activo a la

¹³⁷⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La reforma del Derecho concursal...», op. cit., p. 317.

¹³⁷⁷ OLIVENCIA RUIZ, M., «Los principios de la reforma concursal», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm., 4, 2004, p. 10.

¹³⁷⁸ Propuesta de Anteproyecto de reforma de la Ley Concursal del año 1995, elaborada y redactada por el Profesor Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM).

¹³⁷⁹ OLIVENCIA RUIZ, M., «Los principios...», op. cit., p.11.

¹³⁸⁰ OLIVENCIA RUIZ, M., «Las reformas concursales», en *RdCyP*, núm. 16, 2012, pp. 19-20.

hora de proceder a modificar la meritada Ley¹³⁸¹ para limar o reducir posibles distorsiones o, incluso, problemas que se iban suscitando en la práctica forense.

Desde el año 2004¹³⁸² hasta la actualidad, la Ley Concursal ha sido modificada hasta en cinco ocasiones¹³⁸³; ante tal panorama, no es descabellado afirmar, como ya apuntara algún autor¹³⁸⁴, que el legislador concursal no acertó en modular el alcance de sus previsiones a la hora de promulgar la Ley Concursal de 2003; posteriormente, con la aprobación de la segunda reforma, la propia Exposición de Motivos del RD-Ley 3/2009, ya apuntaba que la Ley Concursal de 2003 se aprobó en un entorno económico de bonanza económica (completamente distinto al que estamos viviendo actualmente: *de crisis real y financiera*) por ello, la implantación de los importantes principios de unidad legal, de sistema y de disciplina quedaron como un mero *desiderátum* o declaración de intenciones, necesitada, en todo caso, de un cierto «retoque» legal en profundidad, como demostraría el hecho de que en el año 2009, el legislador concursal se vio obligado a acometer una nueva reforma concursal a través de la figura del *Real Decreto-Ley*.

¹³⁸¹ Como lo demuestra el hecho de que la Ley 22/2003, desde su entrada en vigor (el 1 de septiembre de 2004) hasta la actualidad, ha sido reformada hasta en cinco ocasiones. (Vid., más abajo la nota al pie de página núm. 42, donde se relacionan las reformas sufridas por la Ley Concursal desde su entrada en vigor).

¹³⁸² La Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, tuvo una *vacatio legis* de algo más de un año.

¹³⁸³ Las modificaciones sufridas por la Ley Concursal, desde su aprobación, han sido operadas por: 1ª) Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias (con entrada en vigor el día 12 de diciembre de 2008), 2ª) Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, 3ª) Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, concursal, 4ª) Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y, por último, 5ª) el Real Decreto-Ley 4/2014, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

¹³⁸⁴ DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo: entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso», en ARIZA/GALÁN (Coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, Ed. Reus, Madrid, 2010, p. 156.

Pero, ¡ajo!, la inadecuación de algunas de las previsiones contenidas en la Ley Concursal, modificadas o mejoradas, en cierta medida, por el RD-Ley 3/2009, eran modificaciones que ya habían sido sugeridas y propuestas por la doctrina más especializada, incluso antes de la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio ¹³⁸⁵, y, desde luego «solicitadas» en las numerosas resoluciones jurisdiccionales de los Juzgados de lo mercantil dictadas desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, además de la literatura especializada generada a la hora de aproximarse a la reforma de la Ley Concursal¹³⁸⁶.

Se discutió mucho sobre si las medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, estaban dirigidas a afrontar una concreta situación excepcional de crisis económica o, si por el contrario, dichas medidas venían a ser una verdadera y profunda reforma (encubierta) de la Ley Concursal, llevada a cabo a «golpe» de Real Decreto-Ley¹³⁸⁷. Se dijo, entonces, que la reforma acometida por el Real Decreto-Ley 3/2009, no fue una reforma, ni urgente, ni excepcional, puesto que no se daban las características propias de una disposición de esa naturaleza (la urgencia y la excepcionalidad) y, dichas medidas tampoco se las pudo catalogar de provisionales, puesto que muchas de ellas se introdujeron en la Ley Concursal con vocación de permanencia¹³⁸⁸. Como se defendió por parte del Ministerio de Justicia¹³⁸⁹, la finalidad y la razón de ser del Real Decreto-Ley

¹³⁸⁵ Vid., por todos a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La reforma del Derecho Concursal español», en ROJO (dir.) *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons/Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 87-130.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El nuevo Derecho Concursal español», en la Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de mayo de 2003, en AA MN, núm. XLIII, pp. 465-490; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Sobre las preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal», en ROJO (dir.) *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons/Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 9 y ss.

¹³⁸⁶ Vid., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma – inarmónica – de la Ley Concursal», en AJA, núm. 775/2009, pp. 1 y ss.

¹³⁸⁷ En este sentido se pronunciaba OLIVENCIA RUIZ, M., «Del concurso en tiempos de crisis: una reforma ortopédica», en RdCyP, núm. 11, 2009, pp. 23 y ss.

¹³⁸⁸ OLIVENCIA RUIZ, M., «Las reformas concursales», op. cit., p. 20., en este sentido también parece pronunciarse DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso...», op. cit., p. 157.

¹³⁸⁹ Así se pronunciaba, en su día, Santiago HURTADO IGLESIAS (el que fuera Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia), que explicó que el Real Decreto-Ley

3/2009, de 27 de marzo, era la de abordar únicamente aquellas cuestiones que se consideraban urgentes (entre otras, las refinanciaciones) e introduciendo modificaciones concretas con la finalidad de aclarar aspectos puntuales que en la práctica forense han causado ciertas distorsiones, dejando para una futura reforma concursal –meditada y sosegada– otros aspectos. Aunque, a juicio de algún autor¹³⁹⁰, dicho Real Decreto-Ley no solucionó los problemas que pretendía resolver y agravó alguno de los problemas ya existentes, parecía, incluso, que la reforma de 2009 evidenciaba que las soluciones judiciales (*intra muros* concurso) ofrecidas por la Ley Concursal a algunos no les gustaban y, a otros, no les servían¹³⁹¹; a pesar de todo, lo cierto es que, el tiempo iba pasando y ya íbamos por la segunda reforma concursal materializada por la técnica del Real Decreto-Ley¹³⁹².

Como hemos afirmado anteriormente, es idóneo que el Derecho concursal tradicional pueda ir adaptándose a los nuevos retos del Derecho Concursal moderno, puesto que hoy en día es un Derecho en constante evolución, aunque, también es cierto que, una proliferación *desmedida* de reformas legislativas sobre dicha disciplina, pudiera afectar o, más bien, perjudicar a la *seguridad jurídica* dentro del ámbito del Derecho concursal.

En este sentido, debemos tener en cuenta que las reformas en el ámbito concursal, se deben hacer de forma sosegada y no de forma precipitada y/o apresurada, porque si se reforma, siempre y en todo caso, a golpe de decreto-ley, cada vez que surja cierta «distorsión» legal, podemos convertir el ámbito de lo concursal en un campo abonado de cierta

3/2009, de 27 de marzo, fue fruto del trabajo de un equipo interministerial (Justicia, Hacienda, Trabajo y Presidencia), *Vid.*, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en BELTRÁN-PRENDES (dirs.) *Los problemas de la Ley Concursal*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 13.

¹³⁹⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley Concursal», en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, Ed. Tirant lo Blach, Valencia, 2012, p. 661.

¹³⁹¹ DAMIÁN MORENO, J., «¿Estorba el Derecho Concursal?», *op. cit.*

¹³⁹² Recuérdese que la primera reforma sufrida por la Ley Concursal –a través de Decreto-Ley– fue la reforma operada por el RD-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias (de entrada en vigor ese mismo día, *Vid.*, disposición final 2ª)

inseguridad jurídica, sobre todo, debido, principalmente al ritmo al que se reforma y, por la técnica de urgencia utilizada (a través de la figura del Real decreto-ley). Y eso es una de las cosas que debe evitar el legislador, puesto que, el hecho de tener la obligación de perfeccionar y pulir el ordenamiento jurídico, no significa que con dicha actitud se deba correr el riesgo de caer en las tan temidas «garras» de la denominada *inseguridad jurídica*, puesto que, la proliferación incesante de normas y las innumerables reformas legislativas que se dan en nuestro ordenamiento pueden crear como resultado un Ordenamiento jurídico complejo, creado por numerosas normas, en ocasiones, de escasa calidad legislativa; por ello, hay que buscar un equilibrio entre la verdadera necesidad de reformar y adaptar normas a las nuevas realidades sociales y económicas y, la necesidad de mantener y luchar por la seguridad jurídica del Ordenamiento jurídico¹³⁹³.

Con respecto a la necesidad y oportunidad de la reforma que ahora tratamos, es cierto que en la actualidad el número de declaraciones judiciales de concurso es verdaderamente abrumador; se siguen declarando muchas empresas en situación de concurso (disparando con ello la actividad de nuestros juzgados de lo Mercantil) y, lo que es peor, un alto número de esas empresas declaradas en concurso, no suele sobrevivir al proceso concursal, esto es, no consiguen evitar la solución liquidatoria¹³⁹⁴. A tenor de la explicación anterior, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la función *solutoria* del concurso de acreedores¹³⁹⁵ no viene cumpliéndose de forma efectiva en la práctica forense; por ello no es descabellado aducir que el concurso de acreedores no viene cumpliendo con una de sus principales funciones (la función solutoria). Ante esta situación, es cierto que van surgiendo nuevas ideas que defienden la tesis de que el legislador

¹³⁹³ Vid., REMÓN PEÑALVER, J., «La lucha por la seguridad jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7000, 28 de abril de 2008, Año XXIX, pp. 1 ss.

¹³⁹⁴ Vid., el segundo párrafo del apartado III del preámbulo del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

¹³⁹⁵ Vid. a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Las principales funciones del concurso de acreedores», en MENÉNDEZ/ROJO (dirs.), AAVV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 492

concursal, en lugar de apostar, en todo caso, por el convenio como solución preferible del concurso de acreedores (para satisfacer a los acreedores), debería replantearse si lo que debe buscar, realmente, es promover la máxima satisfacción de los acreedores como finalidad esencial del concurso (consecución plena de la función solutoria del concurso de acreedores), independientemente de cuál sea la forma de conseguirla o, si por el contrario, lo que persigue es incentivar, decididamente, la “mera reorganización” de empresas en crisis¹³⁹⁶.

Durante los primeros años de rodaje de la Ley, los resultados perseguidos por el legislador concursal del año 2003 no fueron los esperados; por ello, ya, incluso, en el año 2008 se debatía enérgicamente sobre la necesidad de volver a reformar la Ley Concursal, aflorando el debate sobre cuál sería la mejor forma de hacerlo: i) una revisión global y general de todos y cada uno de los preceptos o, ii) una reforma — ortopédica— más limitada o moderada de las cuestiones realmente problemáticas de la Ley en estos primeros años de rodaje, sobre todo las normas incluidas en la Ley Concursal que no han resultado ser demasiado claras y han provocado la proliferación de diversas y múltiples interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, que pudieran afectar a la *seguridad jurídica* en materia tan delicada¹³⁹⁷. Ante este dilema, era fácil pensar que lo más operativo sería, como bien afirmaba algún autor¹³⁹⁸, determinar cuáles eran las claves concretas para adaptar la Ley a la realidad que tiene que regular. Por lo tanto, esa reforma se perfiló de forma concreta —en palabras del legislador¹³⁹⁹— y no tan traumática través de una «pequeña reforma» operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, cuyo título debía ser, a juicio de algún autor: *de medidas en materia*

¹³⁹⁶ Vid., en este sentido el trabajo de GURREA MARTÍNEZ, A., «La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores», disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2400128> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400128> (consultado en abril de 2014).

¹³⁹⁷ VICENT CHULIÁ, F., «Tres años...», op.cit., pp. 113 y ss.

¹³⁹⁸ VICENT CHULIÁ, F., «Tres años...», op. cit., pp. 113 y ss.

¹³⁹⁹ Vid., el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, BOE n.º 78, de 27 de marzo de 2009.

*tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, en lugar del título que reza en el BOE: de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*¹⁴⁰⁰».

Dicha norma, dentro del sistema concursal, buscaba como objetivo fundamental «retocar», si se nos permite la expresión, algunos preceptos y normas concretas que venían provocando ciertas distorsiones en la práctica forense debido a la situación del mercado (la crisis económica que vivía España en dicho momento), esto es, en virtud de la Exposición de motivos del RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo: (...) *acometer ya una serie de reformas en aquellos aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente (...) Las modificaciones contenidas en el presente Real Decreto-Ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de tramitación, y mejorar la posición de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectadas por procedimientos colectivos*¹⁴⁰¹.

Como es sabido, posteriormente, se gestó la promulgación de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, que perseguía completar la línea de reforma iniciada en virtud del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de *medidas urgentes en materia*

¹⁴⁰⁰ Así lo afirma DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso...», op. cit., p. 157, puesto que, el calificativo de: «urgentes», se refiere a la propia norma con rango de ley utilizada para operar la reforma, es decir, al propio Real Decreto-Ley, y no a las medidas que introduce dicha norma. Entendemos que el autor realiza esta afirmación por intuir que, las medidas introducidas en dicho Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, no eran tan urgentes como se predicaba, puesto que dichas medidas ya venían siendo necesarias mucho tiempo antes de que se promulgara dicha norma.

¹⁴⁰¹ Este párrafo sacado literalmente de la Exposición motivos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, donde se invocan los principales objetivos perseguidos por el legislador ya en 2009; aunque es cierto que este *desiderátum* anterior del legislador de 2009, de alguna manera, se volvía a repetir y a reincidir en el mismo objetivo (el reforzamiento y la incentivación de uso de los acuerdos de refinanciación para sanear y reestructurar empresas en estado de crisis económica) en el apartado III de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, (...) *El procedimiento concursal español concluye en un alto número de casos en la liquidación del deudor, de modo que la fase preconcursal resulta verdaderamente determinante para la reestructuración financiera de las empresas. A estos efectos, los acuerdos de refinanciación son los instrumentos más adecuados para el establecimiento de nuevos calendarios de amortización y condiciones financieras más acordes con la situación del mercado y de las empresas, a cambio de quitas, esperas y capitalizaciones de deuda (...).*

tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica; en principio, no se concebía como una reforma de carácter radical de la misma, ni mucho menos como un giro copernicano del texto legal vigente¹⁴⁰², sino que partiendo y conservando los mismos principios básicos instaurados en 2003 (principio de unidad legal, de disciplina y de procedimiento) se dijo entonces que aun no siendo una reforma radical de la Ley Concursal, si se la podía considerar una reforma global, puesto que introduce una serie de importantes modificaciones que pretenden tanto corregir errores de enfoque detectados en la práctica como colmar las lagunas de la ley.

El preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, reconoce que la Ley de 2003 vino a instaurar un nuevo sistema concursal moderno y unitario para las personas físicas y jurídicas, actualizando de forma global nuestro Derecho Concursal, siempre, teniendo a la vista (como elementos inspiradores, el paréntesis es nuestro) la intensa experiencia y aplicación de la Ley del 2003, el Derecho comparado y su evolución (elemento verdaderamente importante)¹⁴⁰³. Además, como ya se dijo¹⁴⁰⁴, esta reforma no se configuraba como un reforma del Derecho Concursal español (en general) sino como una reforma de la Ley 22/2003, 9 de julio, concursal, que se dictó en una época de bonanza económica y, en la actualidad, ante la crisis económica en la que estamos inmersos, necesitaba adaptarse a dicha situación¹⁴⁰⁵.

Con la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se profundizó, entre otras cosas, en las denominadas «alternativas» al concurso o, si se prefiere, en los denominados institutos preconcursales, intentando ofrecer a las empresas una solución más ágil y económica a su crisis a través

¹⁴⁰² Vid., el apartado II del preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley Concursal», op. cit., pp. 659 y ss.

¹⁴⁰³ Vid. la exposición de motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en su apartado II; y el trabajo de OLIVENCIA RUIZ, M., «Las reformas de la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012, p. 18.

¹⁴⁰⁴ PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de acreedores», op. cit., p. 29.

¹⁴⁰⁵ OLIVENCIA RUIZ, M., «Las reformas de la Ley Concursal», op. cit., p. 4.

de la potenciación de los acuerdos de refinanciación¹⁴⁰⁶. Además, el legislador pretendía que la solución al tratamiento del estado de insolvencia se diera de forma rápida y enérgica, sin retrasar en el tiempo el tratamiento de la misma, introduciendo para ello diversas modificaciones procesales (importantes)¹⁴⁰⁷; es decir, si la situación de insolvencia era inevitable, que se declarara el concurso cuanto antes y que se diera el tratamiento a la misma dentro del proceso concursal, cuyos trámites se simplificaron y agilizaron, favoreciendo la anticipación a la liquidación e, impulsando un verdadero y genuino procedimiento abreviado, además de ofrecer diversas soluciones específicas en la fase común y en el convenio¹⁴⁰⁸.

El pasado 27 de septiembre de 2013, se promulgó la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que también modificó, entre otras, la Ley Concursal¹⁴⁰⁹. El afán de reforma legislativa y el “ansia” de perfeccionamiento del legislador concursal se manifestaban en su más amplia expresión. Con la aprobación de Ley 14/2013, pudimos observar la nueva introducción del acuerdo extrajudicial de pagos, regulado en su capítulo V, como mecanismo de negociación extrajudicial del pago de las deudas (tanto para personas físicas o, jurídicas, de determinadas características), similar al que existe en otros Ordenamientos de derecho comparado. Lo que pretendía el legislador con la creación de esta ley, es la posibilidad de que el fracaso empresarial (crisis económicas de las personas físicas o jurídicas), no produzca un deterioro y un empobrecimiento que frustre la posibilidad de que los deudores puedan volver a comenzar otro nuevo proyecto, siendo el mismo un medio para aprender y progresar¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁶ Vid., la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en su apartado III; también, con mayor profundidad en PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, pp. 194 y ss.

¹⁴⁰⁷ Vid., ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012., pp. 43 y ss.

¹⁴⁰⁸ Vid., la Exposición de motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en su apartado IV.

¹⁴⁰⁹ Vid., por todos, el trabajo de PULGAR EZQUERRA, J., «Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad», en *Diario La Ley*, núm. 8141, Sección doctrina, 4 de septiembre de 2013, Año XXXIV., pp. 1 y ss.

¹⁴¹⁰ Vid., la exposición de motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, en su apartado II.

A los seis meses de la aprobación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, y cinco días antes de que se publicara en el DOUEL la Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial ¹⁴¹¹, se promulgó el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Esta última reforma busca, a toda costa, introducir medidas que coadyuven a materializar o a facilitar la refinanciación y la reestructuración de empresas, centrándose en crear un marco legal *preconcurso* que pueda dar tutela a situaciones previas a la insolvencia de las empresas, puesto que la fase *preconcurso* es la fase decisiva y/o estratégica donde mejor encajan este tipo de acuerdos que eviten la entrada en el concurso y permitan convertir las deudas empresariales en sostenibles. Por todo ello, finalmente, creemos que esta última reforma operada a «golpe» de Real Decreto-Ley¹⁴¹², era verdaderamente necesaria (aunque no suficiente¹⁴¹³) —y esperemos que dé resultados en la práctica forense— en nuestro sistema concursal, debido a que, anteriormente, nuestro sistema concursal no gozaba de un verdadero

¹⁴¹¹ Vid. la Recomendación 2014/135/UE de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, DOUEL de 14 de marzo de 2014.

¹⁴¹² Aunque parece ser que pronto dicho Real Decreto-Ley se someterá al procedimiento de convalidación para convertirse en ley. Cfr., el BOE de 26 de marzo de 2014, donde se ha publicado la Resolución de 20 de marzo de la Presidencia del Congreso de los Diputados por el que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, donde ya se ha anunciado que dicho RD-Ley se va a tramitar como proyecto de Ley por el *procedimiento legislativo de urgencia*.

¹⁴¹³ En virtud de la Recomendaciones que están haciendo, tanto la Comisión Europea como el Fondo Monetario Internacional (FMI) al Estado español para que adapte la normativa de insolvencia al marco europeo e introduzca un sistema que incentive las refinaciones de pequeñas y medianas empresas (además de los autónomos), ¡es más que probable que haya más reformas concursales a la vista!; vid., íntegramente la Recomendación 2014/135/UE, de 12 de marzo, de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, DOUEL de 14 de marzo de 2014., que curiosamente se publicó siete días después de que se promulgara el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo. «*El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia, que les permitan reestructurarse en un fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía. La Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión*». Y, el Informe del FMI sobre las deficiencias de la Ley Concursal española.

marco legal *preconcurso* (tratamiento preventivo del concurso)¹⁴¹⁴, que evitara el concurso, donde se creara un estadio ideal para la negociación extrajudicial (con garantías: homologación de los acuerdos entre deudor y acreedores) de los acuerdos extrajudiciales de refinanciación y, así, también, poder maximizar el valor de los activos de la empresa en situación de insolvencia o, mejor dicho, incluso, de preinsolvencia¹⁴¹⁵.

¹⁴¹⁴ Vid., por todos, el trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., «La reforma del Derecho Concursal...», op. cit., p. 107, donde El profesor ROJO ya venía invocando esa falta de un marco preconcurso preventivo del concurso; y a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del artículo 5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva disposición adicional cuarta de la misma: ¿La figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma de la Ley Concursal*, Ed. Reus, Madrid, 2010, p. 167. op. cit., p. 167. El profesor VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, volvía a hacer hincapié, años más tarde, en la necesidad de dotar a nuestro sistema concursal, de un tratamiento preventivo del concurso, criticando el hecho de que, allá por el año 2009/2010, todavía no se contara con un verdadero tratamiento legal preventivo de la insolvencia para intentar prevenir esta en determinadas circunstancias.

¹⁴¹⁵ El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, vino a introducir nuevas redacciones a los apartados 4, 5 y 6 del artículo 5 bis de la Ley Concursal. Tras su promulgación la redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal quedó de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

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

4. *Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente.*

Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional

5. La Ley 17/2014, de 30 de setiembre, y las modificaciones en el artículo 5 bis

Como es de sobra conocido, el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial¹⁴¹⁶, posteriormente fue convalidado por vía parlamentaria mediante la promulgación de la Ley 17/2014, de 30 de setiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial¹⁴¹⁷. En este sentido, al estar el proceso de reforma «abierto» durante todo el trámite de convalidación parlamentaria¹⁴¹⁸, el legislador aprovechó la oportunidad (a sabiendas de la inseguridad jurídica que provocan ese tipo modificaciones durante el trámite parlamentario¹⁴¹⁹) y optó por adicionar¹⁴²⁰ dos nuevos contenidos al apartado 4º

cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado.

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

5. Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

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

¹⁴¹⁶ Véase el texto del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE n.º 58, de 8 de marzo.

¹⁴¹⁷ Vid. la Ley 17/2014, de 30 de setiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE n.º 238 de 1 de octubre,

¹⁴¹⁸ GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la Ley Concursal operada...», op., cit., p. 91; ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Á., «La regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), AA. VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, tomo II, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 474; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., «Prevención y gestión...», op., cit., p. 145.

¹⁴¹⁹ Vid. GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la Ley Concursal operada...», op., cit., p. 91. ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Á., «La regulación jurídica de la insolvencia...», op., cit., p. 474.

¹⁴²⁰ La promulgación de la Ley 17/2014, de 30 de setiembre vino a dar una nueva redacción al apartado 4º I del artículo 5 bis de la Ley Concursal, en la que se adicionó la expresión: «ejecución extrajudicial (venta extrajudicial de bienes y derechos) y, la ejecución de derechos, quedando dicho precepto como sigue:

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

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

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

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

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

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

4. Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente.

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

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado.

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

5. Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

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

I del artículo 5 bis de la Ley Concursal; por un lado se extendió la limitación de la prohibición de incoar y la suspensión a las *ejecuciones extrajudiciales*¹⁴²¹ y, por otro lado, también se incluye dentro de la limitación la ejecución de los *derechos*¹⁴²² cuya titularidad ostente el deudor, entendiendo que éstos son junto a los bienes el objeto de las ejecuciones instadas por los acreedores. Por lo tanto, desde la aprobación de la Ley 14/2014, de 30 de septiembre, desde que formule la solicitud de concurso y, hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación del artículo 71 bis 1 de la Ley Concursal, o se dicte providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos o, finalmente se alcancen las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado, no podrá iniciarse ejecuciones judiciales y extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones sobre bienes o derechos que estén en curso, quedarán en suspenso con la presentación de la resolución del letrado de la Administración de Justicia en la que se constancia de la comunicación. En todo caso, las limitaciones anteriores quedarán levantadas cuando transcurran los plazos de tramitación del concurso previstos en el artículo 5 bis 5 de la ley Concursal, es decir, según lo previsto en el primer párrafo del apartado 4 del artículo 5 bis, parece que dichas limitaciones quedarían levantadas cuando transcurran el plazo de tres meses (lapso temporal de protección durante el cual el deudor está negociando¹⁴²³) desde la formulación de la solicitud del concurso (art. 5 bis 4 V LC). Pero, a pesar de lo anterior, en nuestra opinión, el contenido del inciso final del apartado 4 V del artículo 5 bis, dice lo siguiente: «*Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez*

¹⁴²¹ SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones...», op., cit., p. 86-87. Como pone de manifiesto la autora la adición de las ejecuciones extrajudiciales hace referencia a la *venta extrajudicial de bienes y derechos*.

¹⁴²² Siempre que estos tengan contenido patrimonial y, no sean inembargables. Vid. SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones...», op., cit., p. 86-87.

¹⁴²³ Nos referimos al plazo temporal de tres meses (de protección) que concede el concurso al deudor para que este lleve a cabo las negociaciones con los acreedores. (art. 5 bis 5 LC).

transcurridos «los plazos» previstos en el apartado siguiente, nos indica que, en todo caso, las limitaciones anteriores quedarán levantadas, una vez *transcurridos* los plazos previstos en el artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal, por lo tanto, no sólo debemos estar al transcurso del plazo de los tres meses de negociación bajo los efectos de protección, sino que la norma parece indicarnos que también debemos estar al transcurso del mes siguiente hábil; por lo tanto, entendemos que tanto la suspensión de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales sobre bienes y derechos en curso como las prohibiciones de incoar dichas ejecuciones, deberían extenderse hasta que trascurra el mes hábil siguiente, que es el plazo con el que cuenta el deudor para instar el concurso, a menos de que ya lo hubiera instado el «mediador» concursal o, ya no estuviera en estado de insolvencia (art. 5 bis 5 in fine LC). Decimos lo anterior porque como bien apunta la doctrina, sería incoherente levantar las suspensiones de las ejecuciones o, la prohibición de incoar las mismas tras el transcurso de los tres meses de plazo que concede el precurso para llevar a cabo las negociaciones con los acreedores, puesto que, una vez venza el plazo del mes siguiente hábil (arts. 5 bis 5 LC), esas ejecuciones activadas, volverán a suspenderse o prohibirse (si no se hubieran instado todavía) al sufrir los efectos de la *declaración judicial de concurso* (art. 55.1 y 2 LC). Por ello, entendemos que es más razonable que, en todo caso, el alzamiento se produzca una vez haya vencido el mes hábil siguiente (ex art. 5 bis 5 LC) que dejar que las ejecuciones se alcen tras el mero transcurso de los tres meses de negociación, para ser otra vez suspendidas al cabo del mes siguiente hábil, debido a los efectos que se desprenden de la declaración judicial de concurso, una vez que el deudor la hubiera instado (art. 53.1 y 2 LC).

6. La reforma del artículo 5 bis de 2015: la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal

Posteriormente se promulgó la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que fue el resultado de la convalidación

parlamentaria del anterior Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre¹⁴²⁴, que vino a introducir nuevos contenidos al artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal¹⁴²⁵, estableciendo que, en caso de controversia, será el juez del

¹⁴²⁴ Vid. la Disposición adicional segunda y el preámbulo VII (medidas de saneamiento en situaciones preconcursales) del texto del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, BOE n.º 217, de 6 de septiembre, que viene a decir: «A los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo».

En el preámbulo del Real Decreto 11/2014, de 5 de septiembre se argumenta que concurría la urgente y extraordinaria necesidad a la hora de garantizar la adaptabilidad y la plena coherencia del conjunto de la normativa concursal con respecto a todas las novedades que vino a introducir el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, en materia de acuerdos de refinanciación, entre otras. Además, al igual que ocurre en el ámbito preconcursal se ha intentado flexibilizar el convenio concursal (contenido y efectos), que junto a otras medidas introducidas garantizan, del algún modo, la viabilidad futura de las empresas concursadas. Además, según se expone en dicho preámbulo, las modificaciones introducidas por dicho Real Decreto-Ley, garantizarán, de alguna manera, que las empresas y sus acreedores contarán con más instrumentos de reestructuración y refinanciación de la deuda para poder encontrar una solución efectiva a su situación de insolvencia o, incluso, de preinsolvencia, facilitando el saneamiento financiero de las empresas que podrán de este modo continuar con su actividad empresarial.

¹⁴²⁵ El nuevo apartado 4º del artículo 5 bis de la Ley Concursal quedaría de la siguiente manera: «Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

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

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

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

concurso quien ostente la competencia para determinar si un bien es o no necesario para la continuidad de la actividad económica del concursado (art. 5 bis 4 II LC)¹⁴²⁶. Como podemos ver, el legislador, con estas reformas ha dado luz a los problemas que se generaban con la antigua redacción (ex art. 5 bis 4), pues no se sabía a ciencia cierta quien sería el competente para que, en caso de conflicto, declarase si un bien es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Ahora, en la actualidad, queda claro que dicha competencia se le atribuye en exclusiva al juez competente para la declaración de concurso del deudor (ex art. 5 bis 4 II in fine LC)¹⁴²⁷, mientras que la competencia para suspender la ejecución instada frente al patrimonio del deudor es claramente atribuida al tribunal ejecutor (art. 5 bis 4 III LC).

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

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

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

¹⁴²⁶ Vid. El preámbulo de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal BOE n.º 125, de 26 de mayo. En su apartado VII., donde se nos dice que: «En primer lugar, se modifica el artículo 5 bis para establecer que, en caso de controversia, será el juez del concurso quien ostente la competencia para determinar si un bien es o no necesario para la continuidad de la actividad económica del concursado». Vid. SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones...», op., cit., pp. 105 y ss.

¹⁴²⁷ Vid. SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones...», op., cit., p. 105.

**TERCERA PARTE: ESTADO ACTUAL DEL PROCEDIMIENTO DE
PRECONCURSO**

Capítulo 1º: Cuestiones generales en torno a la institución del precurso a la luz del derecho vigente

1. Un cambio de paradigma en el Derecho Concursal español: el reforzamiento del Derecho Preconcursal

Como bien ha puesto de manifiesto la doctrina, en nuestro Ordenamiento jurídico no existía un Derecho Preconcursal que ofreciera un régimen legal y sistemático para dar tratamiento preventivo al estado de insolvencia¹⁴²⁸. Con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal¹⁴²⁹, el legislador, a pesar de introducir la denominada *insolvencia inminente* (art. 2.3 *in fine* LC)¹⁴³⁰, que se puede tramitar a través del concurso de acreedores, tampoco contempló la posibilidad de introducir ningún *instituto*

¹⁴²⁸ Aunque como apunta el profesor Ángel ROJO: «*existen algunas normas dispersas en materia de Derecho de sociedades, que podían cumplir de forma indirecta la prevención de la insolvencia: a) la reducción obligatoria del capital de la sociedad anónima, cuando las pérdidas hayan disminuido el capital social por debajo de las dos terceras partes y haya transcurrido un año y la situación no se haya recuperado (art. 327 LSC); y b) la disolución obligatoria de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en el caso de que existan pérdidas cualificadas, es decir, se sitúen por debajo de la mitad del capital social (art. 363.1.d LSC). En estos casos la Ley impone a los administradores el deber legal de convocar junta general para que acuerde la disolución o adopte aquellos acuerdos que enerven la efectividad de esta causa legal de disolución, y, si el acuerdo fuera contrario o no se pudiera lograr, se solicitaría la disolución judicial de la sociedad. En caso de que no se cumpla con dichos deberes la Ley sanciona de forma solidaria a los administradores por las deudas sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución (art. 367 LSC)*». Véase ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho preconcursal», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.) AA. VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, ed. Civitas-Thomson Reuters, vol. II, 13ª edición, Cizur Menor, 2015, pp. 563-564; por otro lado, algún autor, como Palo Uceda intentó construir —meticulosamente— un sistema concursal preventivo partiendo de la vigencia de normas preconcursales prevista en la Ley de Sociedades de Capital (arts. 327 y 363. 1.d), y de la previsión de la insolvencia inminente (art. 2.3 LC), aunque, en nuestra opinión, la posibilidad de utilizar dichas normas a la hora de prever la situación de insolvencia, no son razón suficiente para entender que, por sí solas, conformen un sistema preconcursal completo dentro de nuestro Ordenamiento. Vid. PALAO UCEDA, J., *La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 77-95.

¹⁴²⁹ A pesar de haber sido promulgada el 9 de julio de 2003, se aprobó con una *vacatio legis* de más de un año, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de septiembre de 2004. Vid., *Disposición Final trigésima quinta* de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

¹⁴³⁰ Según el artículo 2.3 *in fine* de la Ley Concursal se encuentra en estado de insolvencia inminente «*el deudor que prevea que no podrá cumplir regular ni puntualmente con sus obligaciones*», por lo tanto, la clave de dicho concepto está en la «*previsión de la imposibilidad*»; es decir, tras hacer un juicio de probabilidad, se prevé que no se va a poder cumplir de forma puntual y regular a *corto plazo*. En este sentido como nos dice ROJO, «*cuando se habla de insolvencia inminente, debemos pensar que la misma amenaza o que está para suceder prontamente*». Para comprender el concepto de insolvencia *inminente* es interesante seguir el trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Presupuesto objetivo», (art. 2), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), AA. VV., *Comentario a la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 175-177.

preconcurso al margen del proceso concursal para dar tratamiento a las situaciones de preinsolvencia, cuestión que fue duramente criticada por la doctrina¹⁴³¹. Tras cinco años de rodaje de la Ley Concursal de 2003, hubo que esperar hasta el año 2009, para que el legislador¹⁴³² comenzase a introducir los primeros «cimientos» para ir construyendo –durante estos últimos siete años– un verdadero *Derecho Preconcurso* sistemático que ofreciera un tratamiento legal preventivo de la insolvencia¹⁴³³.

Posteriormente, tras las sucesivas reformas legislativas sufridas por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, desde su entrada en vigor¹⁴³⁴, se ha venido evidenciando un progresivo reconocimiento de otras soluciones no sólo preventivas sino alternativas al concurso: los denominados institutos

¹⁴³¹ Vid. por todos ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del Derecho Concursal español», en ROJO (dir.), AA. VV., *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 107 y ss.; *Ibidem.*, «El Derecho preconcurso», op. cit., p. 564; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La concurrencia de acreedores y la insuficiencia del patrimonio del deudor», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 950; RUBIO VICENTE, P.J., «Prevención de la insolvencia y propuesta de reforma», en *RdCyP*, n.º 4, 2006, pp. 191 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la ley Concursal: ¿La figura del preconcurso?», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y 171.

¹⁴³² A través de la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, BOE nº 78, de 31 de marzo de 2009.

¹⁴³³ MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo concursal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 810.

¹⁴³⁴ Las principales reformas llevadas a cabo desde la entrada en vigor de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, han sido: El Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica; La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; El Real Decreto 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que se convalidó por la vía parlamentaria mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; El Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; El Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, convalidando por la vía parlamentaria mediante Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

preconcursoales¹⁴³⁵, cuya finalidad es, en principio, evitar que la situación de dificultades por la que atraviesa un deudor común, no se agrave hasta convertirse en insolvencia; posteriormente, en opinión de ROJO, también se han querido ver como instrumentos técnicos encaminados a eludir el concurso a pesar de que existiera una situación de insolvencia actual o inminente¹⁴³⁶. Según lo que pone de manifiesto la doctrina ya no se trata tanto de que el deudor reaccione antes de que su situación se agrave y deba acudir al concurso, cuando de que pueda lograr una solución a la insolvencia fuera del concurso¹⁴³⁷.

Tras la «avalancha» de las reformas legislativas –en materia concursal– a las que no hemos referido, uno de los preceptos que más modificaciones ha sufrido ha sido el vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal, que regula el denominado procedimiento de «preconcurso» (art. 5 bis LC). Como se ha podido observar durante estos últimos años, el preconcurso ha venido sufriendo una gran evolución desde su introducción en el año 2009¹⁴³⁸, regulado –inicialmente– en el ya derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal¹⁴³⁹; como veremos en los epígrafes posteriores, el preconcurso ha conseguido consolidarse como un *procedimiento judicial* autónomo e independiente del propio proceso de declaración judicial de concurso, que posibilita que el deudor concursado pueda llevar a cabo, sin presiones, los diversos negocios jurídicos¹⁴⁴⁰ que la norma le pone a disposición para conseguir remover o

¹⁴³⁵ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho Preconcurso», op. cit., p. 564.

¹⁴³⁶ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Ibidem...», op. cit., p. 564.

¹⁴³⁷ Véase ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho preconcurso», op. cit., p. 564.

¹⁴³⁸ El preconcurso fue introducido por el artículo 10.1 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia de Derecho Tributario, Financiero y concursal ante la evolución de la situación económica. BOE, nº 78 de 31 de marzo de 2009, que vino a introducir el artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado).

¹⁴³⁹ El viejo artículo 5.3 fue derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, publicado 11 de octubre de 2011, que vino a introducir el artículo 5 bis de la Ley Concursal.

¹⁴⁴⁰ El artículo 5 bis pone a disposición del deudor la posibilidad de llevar a cabo durante los cuatro meses (3+1) de tramitación del preconcurso, determinados negocios jurídicos: i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC) y, por último las negociaciones para la obtención de

prevenir su estado de insolvencia (art. 5 bis LC). Si analizamos el precurso (ex art. 5 bis) desde el punto de vista técnico-procesal éste debe ser clasificado dentro de los procedimientos judiciales *preventivos* del proceso¹⁴⁴¹, es decir, dentro de aquellos procedimientos cuya finalidad es evitar el nacimiento de un ulterior proceso jurisdiccional¹⁴⁴²; por lo tanto, estamos ante un verdadero procedimiento judicial *preventivo* del concurso de acreedores, cuya naturaleza jurídica descansa en el ámbito de la jurisdicción voluntaria¹⁴⁴³.

En este sentido hay que decir que, el hecho de que el legislador haya modificado el precurso (art. 5 bis) con tanta intensidad y en todas las reformas acometidas desde el año 2009, nos permite entender que el procedimiento de precurso es, hoy en día, la institución preconcursal clave para construir y configurar un *Derecho Preconcursal* sistemático que sea eficaz a la hora de buscar soluciones de remoción y prevención de la insolvencia en nuestro Ordenamiento jurídico. Es más, nos atreveríamos a decir que el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) es el instrumento esencial para que

adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss.)

¹⁴⁴¹ HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del proceso», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, vol. II, 1979, pp. 177 y ss.

¹⁴⁴² Vid. HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos...», op. cit., p. 177.

¹⁴⁴³ Entienden que el precurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42.

las empresas viables puedan prevenir o remover su situación de insolvencia a través de la refinanciación o la reestructuración de la empresa.

Como es sabido, el legislador que llevó a cabo la reforma concursal del año 2009¹⁴⁴⁴ introdujo diversas medidas para la incentivación y el favorecimiento del uso del convenio anticipado, cuya figura había sido duramente criticada por la doctrina al haberse configurado con un carácter muy restrictivo¹⁴⁴⁵ a pesar de haber sido concebida para adelantar en el tiempo la declaración judicial de concurso, cuyo procedimiento se tramitaría en menos tiempo y con menos costes económicos¹⁴⁴⁶.

Para resolver los problemas que aquejaban a la propuesta anticipada de convenio y atenuar su marcado carácter restrictivo se postularon las modificaciones que introducía el artículo 10 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, que en puridad buscaban acabar con escaso éxito inicial que tuvo la propuesta anticipada de convenio durante los primeros años de rodaje de la Ley Concursal¹⁴⁴⁷, ya que hasta entonces había venido siendo infrutilizada por

¹⁴⁴⁴ A través del artículo 10 del Real Decreto-Ley 3/2009, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

¹⁴⁴⁵ Sobre este cuestión véase ampliamente el trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El convenio anticipado*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 13 y ss.; también véase DE LA CUESTA RUTE, J.M.^a, *El convenio concursal*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 78-88.; GALÁN CORONA, E., «El convenio anticipado», en *RPJ*, n.º especial XVIII, 2004, pp. 326 y 336; también véase a BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma “inarmónica” de la Ley Concursal», en *AJA*, n.º 775/2009, pp. 7-8, donde el autor también pone de relieve las causas por las cuales el convenio anticipado muestra un carácter marcadamente restrictivo, como por ejemplo el hecho de que la iniciativa o propuesta del convenio anticipado no proceda de los acreedores; la supresión de algunas de las prohibiciones para acogerse al convenio anticipado, en lugar de la deseada eliminación de artículo 105 de la Ley Concursal; el hecho de que el juez deje sin efecto la admisión a trámite de la propuesta anticipada si de la evaluación del órgano de administración concursal se desprende que tuvieran reservas sobre las mismas o fuera directamente desfavorable, etc.

¹⁴⁴⁶ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma “inarmónica”...», op. cit., p. 7.

¹⁴⁴⁷ DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)», en *ADCo*, n.º 21, 2010, p. 169; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones...», op. cit., p. 175; GARCÍA-CRUCES, J.A., «Inexigibilidad del deber del deudor de instar el concurso y acuerdos de refinanciación», en AA. VV., *El Derecho Mercantil del s. XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Calos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico en el artículo 5.3 de la Ley Concursal», en *RdCyP*, n.º 13, 2010, p. 322; JIMÉNEZ

los deudores¹⁴⁴⁸. Se buscaba favorecer e incentivar la consecución de un convenio anticipado, para que los deudores pudieran entrar en el proceso concursal con un convenio «bajo el brazo» que les permitiera salir del mismo en un periodo de tiempo relativamente corto¹⁴⁴⁹: de forma ágil, cómoda y menos costosa¹⁴⁵⁰.

A pesar del objetivo anterior, si se analizaba con profundidad el contenido del viejo artículo 5.3, nos dábamos cuenta de que dicho precepto ofrecía al jurista especializado una gran riqueza de posibilidades, lo que nos llevó –ya entonces– a afirmar que lo que realmente había introducido el legislador del 2009 –consciente o no de lo que hacía– eran los tímidos e incompletos «cimientos» de un procedimiento *preventivo* del proceso, que, con el paso del tiempo y de las reformas a las que se ha visto sometido, se ha ido consolidando, hasta convertirse en un verdadero *procedimiento preventivo del concurso*, a través del cual, cualquier deudor puede dar un tratamiento (no jurisdiccional) a su estado de insolvencia (ya sea actual o inminente) o, de

SÁNCHEZ, G., Y DÍAZ MORENO, A., «Algunas cuestiones en torno a la reforma del Régimen del convenio concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, en AA. VV., *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 745. AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2016, p. 16.

¹⁴⁴⁸ Han constatado el fracaso y la infrautilización de la propuesta anticipada de convenio BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma “inarmónica”...», op. cit., pp. 7-8; CORDÓN MORENO, F., «Los aspectos procesales de la reciente reforma de la ley Concursal», en BELTRÁN-PRENDES (dirs), AA. VV., *Los problemas de la ley Concursal; I Congreso Español de Derecho de la insolvencia (Gijón 16 a 18 de abril de 2009)*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 47; PULGAR EZQUERRA, J., «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009, en *RdCyP*, n.º 11, 2009, p. 47; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma del convenio concursal», en *RdCyP*, n.º 15, 2011, pp. 76-81; SÁNCHEZ-CALERO, J., «La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)», en *RdCyP*, n.º 11, 2009, pp. 86-88; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las soluciones negociadas de las crisis económicas», en *RdCyP*, n.º 8, 2008, pp. 459-460; JACQUET YESTE, T., «La propuesta anticipada de convenio en las reformas de la ley Concursal», en *RdCyP*, monografía, n.º 17, pp. 235-239.

¹⁴⁴⁹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 175 y 181 *in fine*.

¹⁴⁵⁰ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad...», op. cit., p. 169

preinsolvencia, de forma alternativa al proceso de declaración de concurso (de eminente naturaleza jurisdiccional¹⁴⁵¹).

Como podemos observar, el tan deseado e invocado principio de unidad de procedimiento¹⁴⁵² o de sistema proclamado en la Exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, ha quedado fuera de lugar con las reformas que se han venido acometiendo durante los últimos seis años. Si observamos la evolución del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC)

¹⁴⁵¹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», op. cit., p. 20.

¹⁴⁵² SENÉS MOTILLA, C., «La tramitación del procedimiento concursal», en *RPJ*, n.º especial XVIII, 2004, pp. 559-560; MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: su necesario unidad», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, tomo I, 2005, pp. 371-373; *Ibidem.*, «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal», en *Homenaje a José María Chico Ortíz*, ed. Marial Pons, Madrid, 1995, pp. 1319-1321. Sin embargo, durante el primer año de rodaje de la Ley Concursal, otros autores como el profesor OTERO LASTRES, puso en tela de juicio el denominado principio de unidad de sistema o de procedimiento, pues entendía que el legislador del años 2003 no había llevado hasta el extremo el denominado *principio de unidad de procedimiento*. Aducía que en La Ley Concursal de 2003, existía una dualidad de procedimientos, al «introducir» el legislador procedimiento ordinario *versus* procedimiento abreviado. No estamos de acuerdo en la afirmación de dicho autor, pues, el hecho de que se haga referencia a un concurso ordinario o abreviado no significaba que hubiera dos procedimientos claramente diferenciados y autónomos, sino que, en realidad, estamos ante un proceso concursal: «el concurso de acreedores» y, dentro de el mismo, se regulaban especialidades para determinados concursos de menor entidad, puesto que, como ya hemos dicho el proceso de declaración judicial de concurso ideado era único: el proceso de declaración judicial de concurso. Pero, una vez que dicho autor reconocía la existencia de una dualidad procedimental, ponía de manifiesto que la inicial redacción del artículo 190 de la Ley Concursal promulgada en 2003, que regulaba el ámbito objetivo el procedimiento abreviado, sólo se preveían dos supuestos, sin embargo, continuaba dicho autor, si se leía con atención el precepto, podrían darse tres supuestos diferentes sobre todo porque según el autor el tenor literal del artículo dejaba fuera del abreviado al deudor persona natural empresario autorizada a presentar balance abreviado, y con un pasivo inferior al millón de euros; en otro sentido, si se hiciera otra interpretación del primigenio artículo 191.1 de la Ley Concursal, y se entendiera que el procedimiento abreviado del artículo 190.1 sólo se aplicara a los empresarios (ya sean persona natural o jurídica) que tuvieran que formular balance abreviado y tener un pasivo de no más de un millón de euros, se planteaba según el Profesor OTERO LASTRES, otro dilema: quedarían fuera del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado las personas naturales no empresarios, que ni siquiera tendrían obligación de contabilidad, ni depositan, por tanto balance alguno en el Registro Mercantil. Aunque, a nuestro juicio, a pesar de la desafortunada redacción del precepto en su versión inicial, anterior de la reformas de 2009 y 2011, entendemos que tanto el empresario individual persona natural (que presentaba balance abreviado y su pasivo no superaba el millón de euros) como la persona natural no empresario (aun no teniendo obligación de contabilidad ni de depositar las cuentas en el Registro Mercantil, siempre y cuando su pasivo no supere el millón de euros) quedaban dentro del ámbito por el primigenio artículo 190.1 de la Ley Concursal, véase OTERO LASTRES, J.M^a., *Reflexiones sobre el principio de unidad» en Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, vol. I, Madrid, 2005, p. 422-424.

durante estos últimos años, nos damos cuenta de que el legislador, ha ido configurando una nueva vía alternativa (no jurisdiccional) al proceso de declaración de concurso (jurisdiccional¹⁴⁵³), que evita que los deudores insolventes se vean abocados irremediabilmente a acudir al proceso concursal que, por fuerza, deteriora la situación económica de los deudores y, por ende, también de los acreedores¹⁴⁵⁴. Por lo tanto, como podemos observar, el legislador de estos últimos seis años ha vuelto instaurar al viejo esquema del Derecho Concursal anterior; es decir, a pesar de que la Ley Concursal de 2003

¹⁴⁵³ Siguiendo la tesis que desde antiguo –ya incluso cuando se trataba el *proceso de declaración judicial de quiebra*– invocaba acertadamente el profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, somos de la opinión de que «el concurso de acreedores nos es actividad ejecutiva, en ningún caso puede considerarse un proceso de ejecución universal o general; más bien, se trata de un proceso jurisdiccional: un proceso de declaración judicial. El juez del concurso cuando lo declara realiza, en todo caso, función jurisdiccional, es decir, en palabras del artículo 117.3 de la Constitución Española: «juzga y hace ejecutar lo juzgado», pero ésta última expresión de: «(...) *hace ejecutar...*» no debe identificarse en sentido técnico-jurídico con la denominada *ejecución procesal*, sino que debe entenderse por ella toda la actividad que desarrolla y despliega el juez para que su declaración (enjuiciamiento) sea eficaz, y por tanto, aporte certeza y seguridad jurídica en el tráfico jurídico», vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Aproximación al proceso de declaración de quiebra, en *RdM*, n.º 146, 1977, pp. 461-517; *Ibidem.*, «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AA. VV., *Tratado de Derecho Mercantil. Derecho Procesal Concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 20-21; Negando que el concurso no es un proceso de ejecución general o universal y sosteniendo la naturaleza jurisdiccional del proceso de declaración judicial de concurso, véase a DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales», en DE LA OLIVA-FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (autores), *Derecho Procesal IV*, ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 359; VEGAS TORRES, J., «El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso», en QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES (dirs.), AA. VV., *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 83 y ss.; SENÉS MOTILLA, C., «Concurso y proceso», en *Teorder*, n.º 12, 2012, p. 25; CONDE FUENTES, J., «Los sujetos del proceso concursal», ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 27 y 35. En contra de la anterior tesis se muestran los autores que defienden a «ultranza» la actividad ejecutiva del proceso concursal, entendiendo que el mismo debe ser considerado como proceso de ejecución general, universal o colectiva, como por véase: GUASP DELGADO, J., «Ejecución general», en *Derecho Procesal Civil*, ed. Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1956, pp. 886 y ss.; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., «Algunas cuestiones sobre la petición de concurso voluntario, en *RdCyP*, 204, p. 73 y ss.; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El proceso concursal», en GIMENO SENDRA-DÍAZ MARTÍNEZ (autores), *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, ed. Colex, Madrid, 2012, pp. 623 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, F., «Los juicios concursales», en *Derecho Procesal Civil*, ed. J.M., Bosch, tomo II, Barcelona, 1992, p. 1197; GUASP DELGADO, J. Y ARAGONESES, P., «Nociones generales y requisitos del concurso de acreedores», en *RDP*, núms. 1-3, 2004, p. 330;

¹⁴⁵⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional Cuarta de la misma: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 167.

superó la diversidad de instituciones concursales preexistentes para los comerciantes y no comerciantes sometiendo el tratamiento de la insolvencia a un mismo régimen jurídico¹⁴⁵⁵, tras las reformas legales acometidas, podemos apreciar, que la legislación concursal actual ha vuelto a la tan criticada¹⁴⁵⁶ *dualidad procedimental o de sistema*, es decir, la legislación concursal actual abandona el *principio de unidad de sistema o de procedimiento*, volviendo a prever dos procedimientos para dar tratamiento a las situaciones de insolvencia: por un lado está el procedimiento judicial de precurso (preventivo del concurso) y, por otro lado, el proceso jurisdiccional de declaración judicial de concurso, para las situaciones de insolvencia más graves, en las que el deudor se encuentre en un situación patrimonial ruinosa y no presente viabilidad empresarial alguna.

2. El procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) como único instituto preconcursal en el sistema concursal español.

A principio de los años ochenta algún autor¹⁴⁵⁷, ante las reformas concursales en ciernes, ya empezaba a avistar el «desbordamiento» del Derecho Concursal tradicional, debido a que en las legislaciones y en la práctica de los sistemas de economía de mercado comenzaban a desarrollarse nuevas soluciones para la *patología* de empresa, al margen de Derecho Concursal tradicional; por lo tanto, desde entonces se empezaban a vislumbrar las posibles soluciones o instituciones preconcursales, que vendrían incorporándose a nuestro ordenamiento años más tarde.

¹⁴⁵⁵ Vid. SENÉS MOTILLA, C., «La tramitación del procedimiento...», op. cit., pp. 559-560.

¹⁴⁵⁶ Vid. por todos CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, ed. Colex, 2ª edición, Madrid, 2000, pp. 198 y 214.

¹⁴⁵⁷ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Crisis de empresa y procedimientos concursales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 24, Madrid, 1981, pp. 258-259.

Posteriormente, a mediados de los años noventa, en la literatura jurídica especializada¹⁴⁵⁸, se empezaba a hablar de los *institutos reorganizativos* que se estudiaban con gran interés en el marco comparado, en vistas a las reformas que estaban por venir, aunque bien es cierto que, en aquella época, parecía que no «cuajaba» ninguna de las reformas concursales proyectadas¹⁴⁵⁹. Lo grave de la cuestión fue que hubo que esperar otros quince años más para que se empezaran a introducir los denominados *institutos preconcursales* que, desde la reforma concursal del año 2009¹⁴⁶⁰, han ido instalándose paulatinamente en nuestro Ordenamiento, configurando lo que hoy en día se conoce como *Derecho Preconcursal*, cuya disciplina podría englobar y conectar a: i) los Acuerdos de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), ii) los Acuerdos Extrajudiciales de Pagos (arts. 231 LC), y, iii) el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC)¹⁴⁶¹. Hoy en día ya se reconoce en nuestro ordenamiento, la existencia de un *Derecho Preconcursal* (en el que se debe incluir, también, al denominado *derecho de reestructuración empresarial*¹⁴⁶²) aunque todavía con muchas deficiencias en el diseño; por ello, todos los juristas especializados, tenemos un reto fundamental ante dicha materia, y estamos obligados a construir, analizar y sistematizar, un nuevo Derecho Preconcursal que emerge con fuerza y que, en la actualidad, se encuentra disperso en diversos preceptos

¹⁴⁵⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma de Derecho Concursal comparado y español*, ed. Civitas, Madrid, 1994; GARCÍA VILLAVARDE, R., «El derecho concursal español y la reorganización de las grandes empresas», en ESPINA (coord.), AA. VV., *La reforma del derecho concursal y la eficiencia económica*, ed. Consejo General del Colegio de Economistas, Madrid, 1999, pp. 193-202

¹⁴⁵⁹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del Derecho Concursal comparado...*, op. cit.

¹⁴⁶⁰ A través del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, publicado en el BOE n.º 78, del 31 de marzo de 2009.

¹⁴⁶¹ Así por ejemplo véase ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho preconcursal», op. cit., p. 564; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., «Tipología de los acuerdos de refinanciación», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, Convenio y Reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 62-63;

¹⁴⁶² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, ed. La Ley, 2ª edición, Madrid, 2016, p. 41.

de la Ley Concursal, con el objetivo de dotar al mismo de una correcta eficiencia práctica¹⁴⁶³.

En otro orden de cosas, creemos que afirmar que en la Ley Concursal existen regulados diversos institutos preconcursales, es una concepción errónea, pues, según nuestra opinión, el único y verdadero instituto preconcursal previsto en nuestra Ley, es el *procedimiento de concurso* regulado en el vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal¹⁴⁶⁴. Los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis 1 LC y Disp. Adicional 4ª), los acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 y ss. LC) y, las negociaciones para la búsqueda de adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss.), no deben ser considerados «instituciones preconcursales» *stricto sensu*, ni se los debe interpretar ni entender en sentido unitario¹⁴⁶⁵ o de forma autónoma con respecto del procedimiento de concurso (art. 5 bis), pues, a nuestro juicio, aquellos deben ser considerados como los *negocios jurídicos*¹⁴⁶⁶ que el deudor

¹⁴⁶³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial...*, op. cit., p. 41.

¹⁴⁶⁴ El artículo 5 bis de la Ley Concursal fue introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011, que deroga el primigenio artículo 5.3 de la ley Concursal, donde inicialmente se regulaba el concurso. Posteriormente, el artículo 5 bis de la Ley Concursal ha sido numerosas veces modificado a través de: El Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica; La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; El Real Decreto 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que se convalidó por la vía parlamentaria mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; El Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; El Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, convalidando por la vía parlamentaria mediante Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

¹⁴⁶⁵ Somos conscientes de que la solicitud de homologación de la Disposición Adicional Cuarta puede solicitarse por el deudor de forma autónoma, pero entendemos que la posibilidad contenida en la disposición adicional cuarta debe ir siempre y en todo caso, conectada a la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), sobre todo, si atendemos a todos los beneficios que ello conllevaría para el deudor

¹⁴⁶⁶ Seguimos la definición de negocio jurídico como supuesto de hecho acuñada por el profesor Federico DE CASTRO Y BRAVO, pues, entendemos que el deudor y sus acreedores

lleva a cabo con sus acreedores durante el espacio temporal de cuatro meses (3 meses+1) que le concede el precurso para intentar remover o prevenir su estado de insolvencia (art. 5 bis 1).

La anterior afirmación la hacemos porque, en puridad, entendemos que cuando el deudor y sus acreedores están negociando un acuerdo de refinanciación, ambas partes están emitiendo una «declaración o acuerdo de voluntad, con la que se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela¹⁴⁶⁷, sea sólo por la mera declaración de formalizar un acuerdo de refinanciación, o porque el mismo debe ser completado con otros hechos o actos»¹⁴⁶⁸. La declaración de lo querido por las partes (deudor y acreedores) es parte relevante del negocio jurídico de refinanciación y/o reestructuración de la deuda¹⁴⁶⁹, por ello, creemos que antes de entrar en otros argumentos y justificaciones entendemos que, en puridad, la naturaleza jurídica de un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª) se debe situar en la suma de negocios jurídicos que incluyen una pluralidad de actos o de negocios que se integran recíprocamente en su contenido componiendo una unidad en el negocio, unidad que deriva de un único presupuesto fáctico¹⁴⁷⁰.

cuando negocian un acuerdo de refinanciación o, un acuerdo extrajudicial o negocian las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio están haciendo una «declaración de voluntades, con la que se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de especial tutela, sea por dicha declaración o acuerdo o porque sea completado con otros hechos o actos»; véase en DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., p. 34.

¹⁴⁶⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Ibidem.*, op. cit., p. 34. Como afirmaba DE CASTRO: «(...)el derecho estimaba de especial tutela...», y, dicha tutela se concreta en el artículo 71 bis y en la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal. (La cursiva es nuestra).

¹⁴⁶⁸ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Ibidem.*, op. cit., p.34.

¹⁴⁶⁹ Vid., DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio Jurídico*, op. cit., p. 34-35.

¹⁴⁷⁰ Siguiendo a BETTI, E., *Teoría General del Negocio jurídico*, Madrid, 1950, pp. 217-218; DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, pp. 242-243; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, A., «Tipología de los acuerdo de refinanciación», en DÍAZ MORENO- LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, Convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 61.

En el ámbito jurisprudencial se ha tratado de asimilar la naturaleza de los acuerdos de refinanciación a la transacción¹⁴⁷¹; aunque la doctrina¹⁴⁷² ha manifestado que la naturaleza de estos acuerdos de refinanciación no puede recaer sobre la misma, ya que en la negociación de los acuerdos de refinanciación no se da uno de los elementos esenciales de la transacción: la «res dubia¹⁴⁷³» o incertidumbre de la relación jurídica¹⁴⁷⁴; a colación de lo anterior, según la opinión de la profesora PULGAR, en el marco de los acuerdos de refinanciación se sabe lo que el deudor debe y en qué cuantía, por tanto, no se puede hablar de existencia de incertidumbre en los acuerdos de refinanciación, más bien, como afirma la autora, «estaríamos en el ámbito de la *renegociación contractual*¹⁴⁷⁵, puesto que en dichos acuerdos «se persigue básicamente una modificación de las condiciones con que inicialmente se alcanzaron los contratos de financiación, con el fin de que dicha modificación permita el deudor cumplir sus obligaciones»¹⁴⁷⁶; en el mismo sentido, también se extiende y reserva el ámbito de la *renegociación contractual* para los acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 y ss. LC), pues su objeto esencial es, también, la renegociación o reestructuración de su deuda través de un acuerdo extrajudicial¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷¹ Vid. AJM nº 5 de Barcelona, de 18 de diciembre de 2013 (véase en PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurzalidad y reestructuración...*, op. cit., p. 283).

¹⁴⁷² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurzalidad y reestructuración empresarial...*, op. cit., p. 283.

¹⁴⁷³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurzalidad y reestructuración empresarial...*, op. cit., p. 283. Para delimitar los elementos esenciales de la figura de la transacción trae a colación varias

¹⁴⁷⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem.*, op. cit., p. 283. Dicha autora trae a colación diversas sentencias en relación con los elementos esenciales del negocio de la transacción. Vid. SSTs de 26 de julio de 1979; de 14 de marzo de 1993; y SAP de Madrid sección 10ª, de 16 de noviembre de 2004

¹⁴⁷⁵ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurzalidad y reestructuración empresarial...*, op. cit., p. 283.

¹⁴⁷⁶ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurzalidad y reestructuración empresarial...*, op. cit., p. 283-284.

¹⁴⁷⁷ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *ibidem...*, op. cit., p. 763.

Con respecto a la ausencia de la «res dubia» en los acuerdos de refinanciación aducida por la profesora PULGAR¹⁴⁷⁸, en nuestra opinión la cuestión se plantea dudosa, pues, el hecho de afirmar que no existe «res dubia» en los acuerdos de refinanciación, dependerá de qué entendamos por dicha expresión¹⁴⁷⁹», y, si ésta debe ser tenida en cuenta a la hora de afirmar la existencia de transacción, ya que, el artículo 1809 del Código civil, a la hora de definir transacción, parece haber prescindido de la expresión «res dubia»¹⁴⁸⁰. Quizá si atendemos a la tesis que sostiene Peláez¹⁴⁸¹, que desecha todas las tesis existentes sobre la «res dubia», para afirmar que la única incertidumbre que debe tomarse en cuenta a la hora de ver si hay transacción o no, es que las partes intervinientes como consecuencia de la pretensión de una y la oposición de otra, entran en conflicto (controversia) surgiendo una incertidumbre a raíz de sus posturas enfrentadas, por lo tanto, esta es la única incertidumbre que contempla nuestro ordenamiento, independientemente de que la relación controvertida sea dudosa o no¹⁴⁸².

Por otro lado, como complemento al argumento de la profesora PULGAR, hemos de decir que en los acuerdos de refinanciación si se dan, de alguna manera, las *reciprocas concesiones*¹⁴⁸³, que es el otro elemento esencial de

¹⁴⁷⁸ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem.*, op. cit., p. 283.

¹⁴⁷⁹ Sobre las diversas teorías sobre la «res dubia» de la transacción véase PELÁEZ, F.J., *La transacción...*, op. cit., pp. 12-16.

¹⁴⁸⁰ Es cierto que el Código Español copia la fórmula del Código italiano de 1865, el artículo 1713 del proyecto de 1851 del CC, señalaba que «*la transacción es un convenio, sobre cosas dudosas, no gratuito, que puede ser hecho antes o después de haberse movido pleito sobre ellas*». Aunque en el artículo 1809 del CC del texto actual se ha eliminado toda referencia a la cosa dudosa. Este argumento puede llevar a la conclusión de que en el código civil se ha abandonado la teoría tradicional de «res dubia», viendo en la transacción tanto sólo una institución que dirime controversias actuales entre las partes, judiciales o extrajudiciales. Artículo 1809 CC: «*La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*», véase en PELÁEZ, F.J., *La transacción. Su eficacia procesal*, ed. Bosch, Barcelona, 1987, p. 17.

¹⁴⁸¹ Vid. PELÁEZ F.J., *La transacción...*, op. cit., p. 23.

¹⁴⁸² Vid. PELÁEZ, F.J., *La transacción...*, ed. Bosch, Barcelona, 1987, p. 23., concretamente las referencias a pie de página 39, 40 y 41. Siguiendo a toda la doctrina italiana allí citada, con Carresi, Furno y Viterbo.

¹⁴⁸³ PELÁEZ, F.J., *La transacción...*, op. cit., pp. 47 y ss.

la *transacción*, y, que viene a significar que, al formalizar un acuerdo (o negocio jurídico) de refinanciación las partes intervinientes hacen sacrificios de sus pretendidos derechos o pretensiones iniciales, (...) *dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitando la provocación de un pleito o poniendo fin al que había comenzado* (art. 1809 CC). Además, como afirmaba LACRUZ el término «cosa» previsto en el artículo 1809 del Código Civil, debe comprender no sólo la cosa, sino que, también debe «englobar» cualquier prestación jurídicamente válida y significativa (art. 1088 CC)¹⁴⁸⁴, como, por ejemplo, los derechos de crédito o, los derechos reales.

Asimismo podemos decir que los acuerdos de refinanciación vienen a ser una suerte de acuerdos extrajudiciales complejos, aunque a pesar de ello, es cierto que los mismos tienen difícil encaje en la denominada transacción extraprocésal del artículo 1809 del Código Civil ¹⁴⁸⁵, pues, a pesar de la coincidencia de algún carácter en ambos negocios jurídicos (tienen como finalidad la eliminación de una controversia y la evitación de un pleito), se dan diferencias notables en otros puntos como por ejemplo, en los casos de incumplimiento del convenio de refinanciación por parte del deudor o en el incumplimiento del contrato transaccional por una de las partes intervinientes en la transacción; en el caso de la transacción homologada la contraparte puede iniciar directamente la ejecución, puesto que la resolución judicial por la cual se homologa la transacción es título ejecutivo bastante para poder instar la ejecución de la misma (art. 517.2.3º LEC). Con respecto al incumplimiento de un acuerdo de refinanciación homologado por parte del deudor, los acreedores no podrán instar directamente la ejecución tras el incumplimiento como así ocurre en la transacción, sino que, previamente cualquier acreedor, adherido o no al mismo, deberá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado (competencia funcional), la *declaración judicial de incumplimiento*, que será

¹⁴⁸⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 3, ed. Barcelona, 1979, p. 356.

¹⁴⁸⁵ Aquella transacción que se lleva al margen del proceso y cuya finalidad es evitar que este llegue a iniciarse.

tramitada a través del cauce del incidente concursal, que como bien apunta la profesora SENÉS, se trata de un proceso especial en única instancia y de carácter plenario¹⁴⁸⁶, por el que se da traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma (Disposición Adicional 4ª, apartado 11º). Desde un punto de vista procesal, la declaración judicial de incumplimiento se constituye, por tanto, en un *requisito de procedibilidad*¹⁴⁸⁷ inexcusable para que cualquier acreedor pueda instar la declaración judicial de concurso o, instar la ejecuciones singulares; finalmente, la resolución que pone fin al incidente y declara el incumplimiento del deudor, no es susceptible de recurso de apelación (Disposición Adicional 4ª, apartado 11º LC)¹⁴⁸⁸.

En opinión de RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, los acuerdos de refinanciación de la Disp. Adicional 4ª de la Ley Concursal deben ser entendidos como «un negocio jurídico único, conformado por la suma diversos negocios complejos (multiplicidad de negocios) que incluyen una pluralidad de actos que se integran recíprocamente en su contenido y componen una unidad en el negocio; unidad que deriva de un único presupuesto fáctico, o de una finalidad empírica que conecta funcionalmente a una multiplicidad de negocios, que en otro caso, tendrían valor autónomo o independiente¹⁴⁸⁹».

Como ya hemos anunciado, desde nuestro punto de vista, entendemos que los acuerdos de refinanciación (ex art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), los acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 y ss.) y las negociaciones para la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (art. 106), son

¹⁴⁸⁶ SENÉS MOTILLA, C., «La homologación de los acuerdos de refinanciación», en *ADC0*, n.º 30, 2013, p. 71.

¹⁴⁸⁷ SENÉS MOTILLA, C., «La homologación de los acuerdos de refinanciación», en *ADC0*, n.º 30, 2013, p. 71.

¹⁴⁸⁸ Vid. SENÉS MOTILLA, C., «La homologación de los acuerdos...», op. cit., pp. 70 y ss.

¹⁴⁸⁹ Vid. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, A., «Tipología de los acuerdo de refinanciación», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, Convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 61. Dicho autor sigue la tesis desarrollada por BETTI y Luis DÍEZ-PICAZO, véase BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, ed. Madrid, 1950, pp. 217-218; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, ed. Madrid, 1978, pp. 242-243.

*negocios jurídicos*¹⁴⁹⁰ complejos que sirven, como dice la profesora PULGAR para renegociar y modificar los contratos de financiación inicialmente formalizados, para que el deudor pueda cumplir con sus obligaciones, y, que, la propia Ley pone a disposición del deudor para que éste remueva o evite su estado de Insolvencia de forma efectiva. Por lo tanto, deben ser entendidos como herramientas para ser utilizadas durante los cuatro meses (3+1) de tramitación del precurso (art. 5 bis LC), es decir, entendemos que dichos negocios jurídicos carecen de autonomía propia para considerarlos «institutos concursales» por sí mismos; además, tampoco deben ser interpretados de forma unitaria sino que tienen que ir, siempre y en todo caso, conectados al procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), es decir, en otras palabras, el procedimiento de precurso es el único instituto concursal que se convierte en la «plataforma» o, el «soporte» de protección para las negociaciones llevadas a cabo por el deudor frente a sus acreedores para conseguir formalizar, durante la tramitación del mismo (3 meses+1): i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC) o, adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (art. 106 LC).

Como se puede observar el procedimiento de precurso garantiza, de alguna manera, que dichos negocios jurídicos se puedan llevar a cabo con éxito por el deudor durante la tramitación del mismo (art. 5 bis), en condiciones de cierta tranquilidad, sin las presiones que suelen aflorar cuando algún acreedor «no invitado al baile», decide «dinamitar» las negociaciones instando la declaración de concurso necesario. Estos y otros óbices¹⁴⁹¹ pueden ser evitados si se utiliza siempre el precurso para llevar a cabo los anteriores negocios jurídicos (art. 5 bis 1 LC); asimismo, debemos remarcar que el precurso

¹⁴⁹⁰ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., p. 34.

¹⁴⁹¹ Otro óbice que podría hacer fracasar las negociaciones llevadas a cabo por el deudor con respecto de sus acreedores durante los cuatro meses (3+1) de tramitación del procedimiento de precurso (art. 5 bis LC), son las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre bienes y derechos que sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor o, las ejecuciones singulares (ya sean judiciales o extrajudiciales) instadas por los acreedores de pasivos financieros que afecten a otros bienes y derechos (ex art. 5 bis 4 LC).

ofrece al deudor y a sus acreedores un espacio de protección de cuatro meses (3+1), en el que ambas partes pueden negociar sin temor a que sus negociaciones se vean frustradas debido a solicitudes de concurso necesario instadas por acreedores con los que no se está negociando y, además, negociar durante la tramitación del precurso les garantiza que desde la presentación de la solicitud de precurso no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes y derechos que resulten necesarios para la continuidad profesional o empresarial del deudor (art. 5 bis 4), y, tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la *Disposición adicional cuarta* sobre cualquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor, siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al cincuenta y uno por ciento de pasivos financieros hayan apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia (art. 5 bis 4 in fine LC).

Por todo lo anteriormente argumentado, defendemos la tesis de que el único instituto precurso regulado en nuestra Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, es lo que nosotros denominamos «*el procedimiento de precurso*» (art. 5 bis LC). Los acuerdos de refinanciación, los acuerdos extrajudiciales de pagos y las negociaciones para la obtención de adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, no tienen la suficiente entidad para poderlos considerarlos por sí mismos institutos precursoales y, en todo caso, no deben entenderse de manera unitaria y autónoma respecto del procedimiento de precurso sino que deben entenderse en relación al mismo y, en todo caso, deben llevarse a cabo durante su tramitación (ex art. 5 bis 1 LC).

La anterior afirmación la hacemos con base en las siguientes justificaciones:

a) En primer lugar, entendemos que el precurso (ex art. 5 bis) es un procedimiento *preventivo*¹⁴⁹² del concurso cuya naturaleza recae en la órbita de la jurisdicción voluntaria¹⁴⁹³, y, por tanto, en dicho procedimiento no se aplica ni se declara el derecho entre dos partes controvertidas de forma irrevocable y definitiva, por lo que, tampoco era necesaria la intervención del juez¹⁴⁹⁴; en puridad, el Letrado de la Administración de Justicia competente para conocer de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 3 LC), viene a *completar*¹⁴⁹⁵ las normas jurídicas para que así se produzcan los efectos deseados por el deudor solicitante.

b) En segundo lugar, recordemos que en ocasiones, «los particulares (ya sean personas naturales o personas jurídicas), para poder hacer uso de sus derechos, precisan muchas veces del auxilio y la colaboración del Estado para crear o desarrollar condiciones para poder ejercerlo o hacerlos valer sin necesidad de interponer una demanda judicial contra otra persona, esto es, sin deducir judicialmente una pretensión frente a otra, lo que lógicamente daría lugar al correspondiente proceso que tendría que resolverse a través de una sentencia¹⁴⁹⁶».

¹⁴⁹² HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos...», op. cit., p. 177

¹⁴⁹³ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursabilidad y la jurisdiccionalidad...», op. cit., pp. 163 y ss.; Ibídem., «La declaración de concurso...», op. cit., pp. 151 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., *El Concurso de acreedores...*, op. cit., p. 462; ibídem., «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 de la LC en el marco del RDL 3/2009», en *RdCyP*, n.º 11, 2009, p. 55; SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco...», op. cit., p. 84.; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación...», op. cit., pp. 84-85; MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; PAVÓN NEIRA, C., «La problemática de la declaración...», op. cit., p. 58-59 (nota al pie n.º 42).

¹⁴⁹⁴ DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción voluntaria», en <http://almacenederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>, [consultado julio 2015].

¹⁴⁹⁵ Se ha dicho acertadamente por la doctrina que el juez o el Letrado de la Administración de justicia (antiguo secretario judicial) cuando conocen de la solicitud que incoa un procedimiento de jurisdicción voluntaria, realizan la función de completar normas jurídicas para que éstas produzcan efectos. Así se ha venido pronunciando desde antiguo CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de Quita y espera y...», op. cit., p. 199; Ibídem., «Naturaleza jurídica de la declaración...», op. cit., p. 20.

¹⁴⁹⁶ DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción voluntaria», en <http://almacenederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>, [consultado julio 2015].

Por lo tanto, al ser el *preconcurso* un procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuando el deudor presenta la solicitud del concurso está solicitando el auxilio y la colaboración del Estado –a través de la figura del Letrado de la administración de Justicia¹⁴⁹⁷ (art. 5 bis 3 LC)¹⁴⁹⁸– para que verifique¹⁴⁹⁹ o cree las condiciones jurídicas idóneas para que el deudor pueda modificar sus relaciones jurídicas, constituir estados jurídicos nuevos o garantizar otros de cara al futuro¹⁵⁰⁰. En este sentido, el deudor solicitante busca, tras la verificación de los requisitos –subjetivos, objetivos y temporales– del concurso (ex art. 5 bis), constituirse en una nueva situación jurídica de protección: «la situación de concurso», con la que consigue beneficiarse de diversos efectos: i) el aplazamiento del deber de solicitar el concurso (art. 5 bis 2 LC); ii) la paralización de las solicitudes de concurso necesario durante los tres primeros meses de tramitación del concurso (art. 15.3 LC) y, iii) la paralización o suspensión de determinadas ejecuciones (art. 5

¹⁴⁹⁷ En palabras del profesor MORENA CATENA «los Letrados de La Administración de Justicia en la medida que están al frente de la oficina judicial, tienen encomendada, entre otras, la tarea de impulsar y ordenar el procedimiento, en todo aquello que nos constituya en sentido estricto actividad jurisdiccional y, por consiguiente, no sea preceptiva la intervención del juez o magistrado (art. 456.1 LOPJ)». Con carácter general sobre las funciones del Letrado de la Administración de justicia véase a MORENO CATENA, V., «La oficina judicial, los letrados de la administración de justicia y el personal al servicio de la Administración de Justicia», en MORENO CATENA-CORTÉS DOMÍNGUEZ - (autores), *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, 8ª edición, Valencia, 2015, pp. 164-166., concretamente la p. 165.

¹⁴⁹⁸ Además del artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal, en relación con la competencia para conocer de los procedimientos de jurisdicción voluntaria a atribuidos a los Letrados de la Administración de Justicia véase el artículo 456.6.b LOPJ, «Los letrados de la Administración de Justicia (antiguos Secretarios judiciales), cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencia en materia de Jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y su resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer» y, también, ver el artículo 2.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

¹⁴⁹⁹ Como apuntaba Eduardo Couture, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria tanto los jueces como los letrados de Administración de Justicia (antiguos Secretarios judiciales) se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el solicitante es *prima facie* cierto, con arreglo a la justificación que el mismo suministra. Es una tarea de simple verificación externa unilateral, formal. En otros casos, como los de venias, homologación, etc., se actúa también con prueba sumaria (*de plano et sine strepitu*), véase en COUTURE, E.J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, ed. Depalma, 3ª edición, Buenos Aires, 1966, p. 50.; actualmente véase a DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción voluntaria», en <http://almacenederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>, [consultado julio 2015].

¹⁵⁰⁰ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción voluntaria», en <http://almacenederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>, [consultado julio 2015].

bis 4), para conseguir llevar a cabo –sin contratiempo alguno– con sus acreedores los diversos negocios jurídicos¹⁵⁰¹ que la norma pone a su disposición: los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis 1 o Disp. Adicional 4ª), los acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 y ss. LC) y, la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (art. 106 LC), garantizándose un espacio temporal de respiro (*breathing time*) idóneo para que las negociaciones prosperen, sobre todo porque los intervinientes en dichos negocios jurídicos¹⁵⁰² cuentan con la tranquilidad de que, durante los tres meses primeros, no se admitirán solicitudes de concurso necesario (art. 15.3 LC) y, además, se paralizarán/suspenderán determinadas ejecuciones frente al patrimonio del deudor solicitante durante la tramitación del precurso (art. 5 bis 4 LC), por lo que el mismo se convierte en el espacio temporal idóneo para que las negociaciones llevadas a cabo por el deudor y sus acreedores puedan materializarse en un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o, las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (art. 5 bis 1 LC).

3).- En tercer lugar, como ya hemos anunciado, tanto los acuerdos de refinanciación (ex art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª) como los Acuerdos Extrajudiciales de Pagos (arts. 231 y ss. LC) y la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, son, en puridad, *negocios jurídicos*¹⁵⁰³ complejos que lleva a cabo el deudor con sus acreedores durante el plazo –*moratoria de cuatro meses (3+1)*– que le otorga la mera presentación de la solicitud de precurso (art. 5 bis LC). Por lo tanto, podemos decir que dichos negocios jurídicos son las herramientas que pone a disposición la norma (art. 5 bis) para que sirvan al deudor para remover o prevenir su situación de insolvencia a través de la refinanciación o la reestructuración de su pasivo (art. 5 bis 1 LC).

¹⁵⁰¹ Utilizando la definición de negocio jurídico como supuesto de hecho, acuñada por el profesor Federico DE CASTRO, vid., en su obra DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971., pp. 33-35.

¹⁵⁰² Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., p. 33-35

¹⁵⁰³ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., p. 33-35.

4) En cuarto lugar, entendemos que el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) es la única institución preconcursal definida que rige en nuestra normativa concursal y que, garantiza que el deudor pueda llevar a cabo –sin ningún tipo de presión– los diversos negocios jurídicos que le pone a disposición el artículo 5 bis de la Ley Concursal. Por todo ello, entendemos que es posible afirmar que en nuestro actual Derecho concursal, a pesar de lo que sostiene algún autor¹⁵⁰⁴, contamos con un verdadero *procedimiento preconcursal* como institución autónoma y con denominación autónoma: «precurso» (art. 5 bis), que viene a dar *soprote* procedimental de protección a las negociaciones¹⁵⁰⁵ que pueda llevar a cabo un deudor durante la tramitación del precurso. En este sentido entendemos que los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), los acuerdos extrajudiciales de pagos y la negociaciones para la obtención de adhesiones para una propuesta anticipada de convenio, no pueden entenderse de forma autónoma e independientes al procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), dichas herramientas no pueden ni deben entenderse de forma individual sino que tienen y deben ponerse en íntima relación con el procedimiento de precurso (art. 5 bis LC), pues, la tramitación de éste otorga una plataforma o espacio temporal de cuatro meses (3+1) idóneo para que el deudor pueda llevar a cabo con garantías los mencionados negocios jurídicos.

Asimismo, por todo lo anteriormente descrito, es necesario remarcar que para poder llevar a cabo los *negocios jurídicos* reconocidos y permitidos por el artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal, es necesario que el deudor presente, salvo

¹⁵⁰⁴ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Los procedimientos pre-concursales en el Reglamento Europeo de Insolvencia: apuntes del nuevo régimen», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 102, el autor afirma «que en el Derecho español no hay un procedimiento preconcursal como institución autónoma, con su propia denominación, sino una suma de preceptos que confirman de modo algo burdo esa institución: el artículo 5 bis, La homologación de la Disp. Adicional 4ª y los acuerdos extrajudiciales de pagos (arts 231 y ss.) de la Ley Concursal».

¹⁵⁰⁵ Que lleva a cabo el deudor con sus acreedores para formalizar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), para un acuerdo extrajudicial de pagos o, para adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (art. 196 y ss. LC).

en el acuerdo extrajudicial de pagos¹⁵⁰⁶, la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), ya que desde que el letrado de la Administración de Justicia dicta el *decreto* por el cual tiene por presentada la solicitud, no serán admitidas a trámite solicitudes de concurso necesario instadas por otros legitimados distintos del propio deudor o, en el caso de que el deudor haya optado por iniciar el procedimiento para el acuerdo extrajudicial de pagos regulado en el artículo X de la Ley Concursal, cualquier legitimado distinto del deudor o del mediador concursal (art. 15.3 LC). Además, desde ese mismo momento tampoco podrán iniciarse ejecuciones, judiciales o extrajudiciales de bienes y derechos que resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor hasta que: i) se formalice un acuerdo de refinanciación previsto en el art. 71 bis 1; ii) se dicte providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; iii) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; se hayan obtenido las adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; o, iiiii) tenga lugar la declaración judicial de concurso (ex art. 5 bis 4).

Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares –judiciales o extrajudiciales– promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la Disposición adicional cuarta sobre cualquier otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la obtención de un acuerdo de refinanciación,

¹⁵⁰⁶ En caso de que el deudor opte por intentar el acuerdo extrajudicial de pagos, solicitando la designación o el nombramiento del mediador concursal (art. 232.1 LC), la comunicación al juzgado (rectius: la solicitud de precurso) la instará ex officio el Registrador, el Notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que haya sido competente para designar al mediador concursal, ante el juzgado competente para la declaración de concurso, que ordenará su publicación en el Registro Público Concursal (art. 233.3 LC)

comprometiéndose a no iniciar o a continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia (art. 5 bis 4 LC)¹⁵⁰⁷.

En definitiva, defendemos con todo rigor, que la única institución preconcursal que regula la Ley Concursal es el procedimiento judicial de concurso del artículo 5 bis de la Ley Concursal, pues la incoación de dicho procedimiento sitúa al deudor en una nueva situación jurídica, la de concurso, y en esa situación (de protección) el deudor se beneficia de diversos efectos: i) el aplazamiento del deber de solicitar el concurso durante cuatro meses (art. 5 bis 1); ii) la protección frente a solicitudes de concurso necesario (art. 15.3), y, iii) la paralización y o suspensión de determinadas ejecuciones judiciales y extrajudiciales (art. 5 bis 4 LC). Los anteriores efectos que afloran con la mera presentación de la solicitud de concurso, garantizan, que durante la tramitación del mismo (4 meses, 3+1), el deudor pueda llevar a cabo –sin ningún tipo de presión– las negociaciones de un acuerdo de refinanciación, de un acuerdo extrajudicial de pagos o, la búsqueda de adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (art. 5 bis LC).

3. La regulación legal del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis): la necesaria interpretación sistemática de las normas «en juego»

Cuando estudiamos y analizamos el procedimiento de concurso, no sólo debemos centrarnos en el amplio y complejo contenido del artículo 5 bis de la Ley Concursal, sino que, también hay que tener presentes otros preceptos que se encuentran «desperdigados» por distintos Títulos de la propia Ley Concursal, y, que, a nuestro juicio, conforman el verdadero régimen legal del procedimiento de concurso; por ello, todos estos preceptos deben ser integrados e interpretados *sistemáticamente* junto al artículo 5 bis de la Ley

¹⁵⁰⁷ No obstante a lo dispuesto arriba, los acreedores con garantía real podrán ejercitar la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía, sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado algunas de las actuaciones previstas en el primer párrafo de este apartado o, haya transcurrido el plazo de cuatro meses de tramitación del concurso (ex art. 5 bis 5 LC). Además las anteriores reglas de suspensión y paralización de ejecuciones no afectan a los procesos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público (ex art. 5 bis 5).

Concursal. Dicho precepto regula lo que nosotros denominamos *procedimiento de precurso* y, por tanto, se convierte en un precepto clave para que las empresas puedan remover o prevenir su estado de insolvencia evitando entrar en el concurso de acreedores que, por fuerza, deteriora mucho la situación económica del deudor y, por ende, la de los acreedores. Como ya se ha recalado hasta la saciedad el proceso concursal ha sido y sigue siendo, en la actualidad, un instrumento ineficaz e ineficiente a la hora de dar tratamiento a la situación jurídica de insolvencia, pues, desde el punto de vista económico no consigue cumplir con uno de sus principales objetivos: la satisfacción de los acreedores ordinarios¹⁵⁰⁸. Tampoco debemos olvidar que el porcentaje de empresas concursadas que van a la liquidación en sede concursal sigue siendo alarmantemente alto en nuestra actualidad¹⁵⁰⁹, por ello, es importante que fortalezcamos y valoremos positivamente la vigencia del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), ya que su correcta utilización hace que el mismo se convierta en el instrumento idóneo que coadyuve efectivamente a las empresas en estado de insolvencia (actual o inminente) o, en estado de preinsolvencia, a refinanciar o reestructurar su pasivo, evitando, con ello, la tramitación de un proceso concursal, que como ya se ha dicho produce mucho deterioro de valor.

Tampoco podemos dejar de lado el hecho de que los preceptos de la Ley Concursal íntimamente relacionados¹⁵¹⁰ con el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) se encuentran dispersos en distintos títulos de la Ley¹⁵¹¹, sin mantener dentro de la misma un orden lógico y coherente (sistemático). A pesar

¹⁵⁰⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma —inarmónica— de la Ley Concursal», en *AJA*, nº 775, 2009, p. 2.

¹⁵⁰⁹ En el año 2015 el porcentaje de empresas que fueron a liquidación ascendió al 92,52 por ciento, siendo un 7,48 por ciento el porcentaje de empresas que van al convenio. Véase la: Estadística concursal del año 2015 realizada por el Colegio de Registradores de la Propiedad bienes muebles y mercantiles de España, en su Anuario Concursal del año 2015, pp. 21-22.

¹⁵¹⁰ Vid., los artículos: 15.3; 22.1; 71 bis 1; 103 a 110; 231 a 242 bis y Disposición adicional Cuarta, que deben interpretarse (sistemáticamente), en coordinación —y concordancia— con el actual artículo 5 bis, que regula el procedimiento de precurso.

¹⁵¹¹ Salvo los artículos: 5 bis; 15.3 y 22.1 de la Ley Concursal (que se encuentran en el Título I: *De la declaración de concurso*, los demás preceptos (art. 71 bis 1; arts. 103 a 110; arts. 231 a 242 bis y Disposición Adicional Cuarta) se encuentran situados en distintos títulos no acordes con su finalidad dentro de la propia Ley Concursal.

de ello, debemos entender que los artículos: 15.3; 22.1; 71 bis 1; 103 a 110; 231 a 242 bis y la *Disposición adicional cuarta* de la Ley Concursal, deben ser *interpretados* junto al artículo 5 bis de forma *sistemática*, pues, la Ley Concursal «constituye un todo fundado en una idea básica general, articulado según determinadas ideas del Ordenamiento, y que a la vez está «imbricado» en el Ordenamiento jurídico global»¹⁵¹². En estos casos, como es sabido entra en juego el *elemento sistemático* (de interpretación de las normas) que nos viene a indicar que la propia Ley Concursal «forma parte de un todo, y que para descifrar el significado de diversos preceptos y/o disposiciones de la misma habrá que valorar a los mismos dentro de la totalidad del Ordenamiento jurídico, pues ninguna norma o precepto puede entenderse de manera aislada¹⁵¹³; sin duda toda nueva norma o precepto introducido por el legislador en las recientes reformas concursales acometidas, ha repercutido en las normas ya vigentes en la Ley, pero además, las nuevas normas o preceptos introducidos tampoco podrán ser entendidos sin que se conozca el modo y la forma en que encajan dentro de las normas ya existentes en la Ley»¹⁵¹⁴. La interpretación sistemática como labor interpretativa de las normas en general es muy importante y por ello nuestro Tribunal Supremo ha venido remarcando su importancia a la hora de descifrar el verdadero sentido de determinadas normas en diversas sentencias¹⁵¹⁵. Según nuestro Alto Tribunal: i) es importante y verdaderamente necesario atender a las leyes coetáneas y posteriores a la que debe aplicarse¹⁵¹⁶; ii) a sus relaciones de concordancia entre si y entre los de aquellos cuerpos legales que afectan a la misma materia¹⁵¹⁷, y, iii) al deber de

¹⁵¹² WACH, A., *Manual de Derecho procesal civil*, ed. Ediciones jurídicas Europa-América, traducido por Tomás A. Banzhaf, vol. I., Buenos Aires, 1977, p. 383.

¹⁵¹³ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España...*, p. 395.

¹⁵¹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España...*, pp. 395 y 396.

¹⁵¹⁵ Vid. por todas las SSTs de 17 de mayo de 1924; de 29 de diciembre de 1928; 31 de octubre de 1928; 23 de marzo de 1929; 23 de junio 1940. Citadas por el maestro Federico De Castro en DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España...*, op. cit., p. 396.

¹⁵¹⁶ STS de 17 de mayo de 1924.

¹⁵¹⁷ STS de 29 de diciembre de 1928.

armonizar, combinar y coordinar (concordar y subordinar¹⁵¹⁸) los preceptos de componen las leyes¹⁵¹⁹.

A la hora de afrontar la interpretación sistemática, debemos asignar a cada una de las normas citadas *ut supra*, el lugar que verdaderamente les corresponde dentro de ese todo y de ese Ordenamiento global, en virtud de la voluntad que se desprende de la propia Ley Concursal, para que a través de la ubicación de dichas normas y su correspondiente coordinación, podamos sacar conclusiones sobre el contenido de las mismas¹⁵²⁰. Después de todo la explicación anterior, creemos que muchos de los preceptos arriba invocados están erróneamente ubicados en la Ley Concursal¹⁵²¹, y deberían ser reubicados por el legislador de manera que estuvieran mejor coordinados (o concordados) a la hora de ser aplicados, pues, como es de sobra conocido el elemento sistemático de interpretación supone un orden lógico de las normas: por eso se le relaciona con el factor o elemento histórico; debería existir en la Ley Concursal un título especial en el que se regulasen todas las normas que conforman el verdadero régimen legal preconcursal, es decir, las normas que deben coordinarse y concordarse¹⁵²² con el contenido del actual artículo 5 bis de la Ley Concursal, para dotar al régimen legal del precurso de una coherencia *sistemática* inexistente en la actualidad; En este sentido, pensando en una posibilidad de reubicar las normas *ut supra* referenciadas dentro de un mismo Título, entendemos que sería deseable que la Ley Concursal previera un título preliminar o previo al Título I de la Ley Concursal, que podría titularse: «*Del procedimiento preventivo de precurso*», que serviría para poder dotar de

¹⁵¹⁸ Siendo estas las categorías lógicas con las que se debe operar a la hora de elaborar la interpretación sistemática, véase a WACH, A., *Manual de Derecho procesal...*, op. cit., p. 383.

¹⁵¹⁹ SSTs de 1928; de 23 de marzo de 1929; de 23 de junio de 1940

¹⁵²⁰ WACH, A., *Manual de Derecho procesal...*, op. cit., p. 383.

¹⁵²¹ Sobre todo los artículos 71 bis 1; 103 a 110 y 231 a 242 bis y Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.

¹⁵²² Como bien apunta Adolf WACH, la subordinación y coordinación de las normas conceptos superiores e inferiores, son las categorías lógicas con las cuales debe operarse en la tarea de la interpretación sistemática, vid. WACH, A., *Manual de Derecho procesal...*, op. cit., p. 383.

un orden lógico a la ubicación¹⁵²³ de las normas que están íntimamente relacionadas con el procedimiento de concurso (como único instituto concursal que prevé de la Ley), y, así poder ubicar todos los preceptos relacionados¹⁵²⁴ en un mismo Título dentro de la Ley (para poder interpretarse en su conjunto con el artículo 5 bis) en la posición que les corresponde según se desprende de la finalidad y la voluntad que se desprende de la Ley Concursal¹⁵²⁵.

El anterior planteamiento que proponemos a la hora de entender e interpretar el actual artículo 5 bis de forma sistemática (en su conjunto), con las demás normas íntimamente relacionadas con el mismo, ya fue advertido en su día por el profesor Valentín CORTÉS¹⁵²⁶ en referencia al derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, por ello, al igual que pasaba con el viejo artículo 5.3 y la disposición adicional cuarta, el actual artículo 5 bis de la Ley no se debe entender e interpretar de forma unitaria como un sistema cerrado de «mera comunicación al juzgado», sino que debe ser interpretado de forma *sistemática* con los siguientes artículos: 2.1; 2.2; 5.1; 15.3; 22.1; 71 bis 1; 103 a 110; 231 a 242 bis y, Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.

¹⁵²³ El profesor FAIRÉN venía a decirnos que a la hora de referirse al elemento sistemático, había que partir de un orden lógico en la ubicación de las normas, vid., FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del Derecho Procesal*, ed. Unam, México, 1992, p. 63.

¹⁵²⁴ Nos referimos a los artículos: 15.3; 22.1; 71 bis 1; 103 a 110, 231 a 242 bis y Disposición adicional Cuarta de la Ley Concursal, que debían estar en un mismo título preliminar anterior al Título I de la declaración de concurso, que podría titularse: *Del procedimiento de concurso*

¹⁵²⁵ Vid. a WACH, A., *Manual de Derecho Procesal civil...*, op. cit., p. 383.

¹⁵²⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley concursal...», op. cit., pp. 173-174. El profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ entendía que el antecesor del actual artículo 5 bis, el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal que fue derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011, no debía entenderse de forma unitaria y en solitario sino que se debía interpretar sistemáticamente con todas las reformas que se introducían en aquella época con el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo. Concretamente, el profesor Valentín CORTÉS defendía que: «la creación con efectos legales concursales de la figura del acuerdo de refinanciación de la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal (introducida por el RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo), no debía entenderse de forma unitaria y autónoma, sino que la misma debía entenderse e interpretarse en su conjunto con el resto de las normas, concretamente con el viejo y derogado artículo 5.3, para saber si tras su interpretación conjunta permite, como sería deseable, que el deudor pudiera ejercer aquel derecho potestativo, para evitar el concurso (tanto voluntario como necesario)».

En nuestra opinión entendemos que el vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal debe entenderse en su conjunto con el resto preceptos arriba citados, puesto que el procedimiento de precurso no es una mera comunicación al juzgado de que se han iniciado las negociaciones con los acreedores, sino que la solicitud de precurso prevista en el artículo 5 bis, pone en marcha un verdadero procedimiento preventivo del concurso, que otorga al deudor una plataforma o espacio temporal de cuatro meses para que, durante su tramitación, pueda optar por negociar alguno de los diversos negocios jurídicos que la norma pone a su disposición (art. 5 bis 1), con la tranquilidad de saber que no se admitirán solicitudes de concurso necesarias instadas por acreedores (art. 15.3), y, además, durante la tramitación del precurso, se pueden paralizar o se pueden suspender determinadas ejecuciones judiciales y extrajudiciales que recaigan sobre un bien necesario para la continuidad profesional y empresarial, como las ejecuciones singulares que recaigan sobre otros bienes). Asimismo, si el deudor, mediante la formalización de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos, consiguiera remover o prevenir su situación de insolvencia, desaparecería el presupuesto objetivo y, por ende, no tendría la carga de instar el concurso (art. 5 bis 5 *in fine* LC). Para que todo este mecanismo preventivo del concurso se ponga en funcionamiento y surtan los efectos correspondientes, es necesario entender que el meritado artículo 5 bis debe entenderse en su conjunto con las demás normas arriba mencionadas, sobre todo, con los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª) y los acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 y ss. LC), para poder dar carta de naturaleza a un novedoso régimen legal preconcursal. Con respecto a esta afirmación hemos de remarcar que los *negocios jurídicos* que puede llevar a cabo el deudor durante los cuatro meses de tramitación del procedimiento de precurso, por sí solos no tienen la suficiente entidad para considerarlos institutos preconcursales autónomos; como ya hemos adelantado, la institución preconcursal es única: el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis); los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), los acuerdos extrajudiciales de pagos y, las negociaciones para la búsqueda de

adhesiones a la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (art. 106 y ss.) son los negocios jurídicos por los que puede optar el deudor para llevarlos a cabo durante los cuatro meses de tramitación del procedimiento de precurso, es por ello, por lo que dichos negocios también deben interpretarse de forma sistemática con el artículo 5 bis de la Ley Concursal, ya que, a nuestro juicio, entendemos que no se pueden entender a los mismos de forma unitaria¹⁵²⁷, al margen del precurso (art. 5 bis LC), pues carecería de sentido, aislar del procedimiento de precurso a los negocios jurídicos extrajudiciales que mejor puede llevar a cabo un deudor insolvente (actual o inminente) o, preinsolvente, durante la tramitación del mismo

En conclusión, debemos apuntar que en virtud del contenido del vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal, defendemos la idea de que, en todo caso, el procedimiento de precurso (art. 5 bis) debe ser solicitado por el deudor que pretende negociar, durante los cuatro meses de tramitación (3+1), un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4^a), un acuerdo de extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), o la búsqueda de adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC), sobre todo por todos los beneficios que puede ofrecerle el precurso mientras que el deudor se encuentra negociando con sus acreedores.

¹⁵²⁷ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la ley Concursal...», op. cit., p. 173.

Capítulo 2º: Construcción dogmática del concepto de precurso (art. 5 bis LC)

1. El precurso como procedimiento judicial

Antes de continuar analizando el precurso (art. 5 bis LC), creemos que es necesario puntualizar algunas de las diferencias existentes entre *proceso* y *procedimiento*, y, entre los términos judicial y jurisdiccional, lo que nos ayudará a entender mejor qué es y qué consiste del precurso (ex art. 5 bis LC). Parece que en el viejo Derecho romano no se utilizaban las palabras técnicas: «*processus*» y «*procedere*» sino que empezaron a utilizarse con la caída del Imperio romano, al comienzo del Medievo¹⁵²⁸. El término «*processus*» deriva gramaticalmente del término «*procederé*», puesto que, todo proceso es un proceder, *rectius*: un procedimiento judicial, además, en el época medieval, ambas palabras se entendían equivalentes y se utilizaban de forma indistinta, aunque como apunta la doctrina, en la actualidad es conveniente distinguirlos por diversas razones¹⁵²⁹. En palabras del profesor GÓMEZ ORBANEJA, «un procedimiento judicial puede contener en sí mismo varios procesos, por ejemplo: cuando el demandado contesta a la demanda y ejercita la reconvencción, acumulando su acción a la del actor principal; también, en los casos de acumulación de acciones y en la acumulación de procesos (en el que se acumulan en un único procedimiento varios objetos procesales terminados por una sola sentencia)¹⁵³⁰. Sin embargo, no siempre que hay un procedimiento judicial existe proceso, como es el caso de la jurisdicción voluntaria, en la que se presenta un procedimiento judicial pero no se da un aparente proceso

¹⁵²⁸ El comienzo de la Edad Medieval coincide en el tiempo con la caída del Imperio Romano de Occidente, aproximadamente en el año 476, y se extiende hasta aproximadamente el año 1453, fecha de la toma de Constantinopla por los turcos otomanos. Vid. en *Enciclopedia universal Ilustrada*, ed. Espasa-Calpe, S.A., tomo XIX, Madrid, 1988, p. 40.

¹⁵²⁹ GÓMEZ ORBANEJA, E., «El proceso civil: Concepto y fin. Naturaleza jurídica del proceso. Clases de proceso. El proceso y otras instituciones para la paz jurídica. Distinción entre proceso y procedimiento», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, ed. Madrid, vol. I, 3ª edición, 1951, pp. 14 y 15.

¹⁵³⁰ Vid., GÓMEZ ORBANEJA, E., «Ibidem.», op. cit., pp. 14-15.

jurisdiccional¹⁵³¹», pues desde un punto de vista general en dichos procedimientos el litigio está ausente, a veces latente¹⁵³², pero nunca presente¹⁵³³. A pesar de la ausencia de controversia, es cierto que dentro de los procedimientos de jurisdicción voluntaria se pueden dar: incidentes autónomos, discrepancias e impugnación de apreciaciones técnicas, oposición frente a determinados acuerdos, y, transformación del expediente de jurisdicción voluntaria en proceso¹⁵³⁴, al devenir controversia en aquel, pero ninguna de estas contingencias implica discusión de una pretensión litigiosa en vía voluntaria. Por todo lo expuesto la jurisdicción voluntaria no sería más que actividad judicial (no jurisdiccional) *extraprocesal* o *extralitigiosa*¹⁵³⁵.

Como venimos defendiendo durante todo el trabajo, el precurso (ex art. 5 bis) es un *procedimiento judicial*. En este sentido, decimos que es un *procedimiento* para dejar patente que no se trata de un verdadero proceso jurisdiccional¹⁵³⁶; asimismo, siguiendo la opinión del profesor Emilio Gómez

¹⁵³¹ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., «El proceso civil: Concepto y fin...», op. cit., pp.14 y 15.; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología procesal*, ed. UNAM, México, 1972, p. 141.

¹⁵³² Como en la conciliación (es también un procedimiento preventivo del proceso cuya naturaleza jurídica recae sobre la jurisdicción voluntaria), véase a HERCE QUEMADA, V., «la proliferación de tipos procedimentales...», op. cit., p. 122; *Ibídem*, «La conciliación como medio de evitar...», pp. 51-68; *Ibídem*, «Procedimientos preventivos...», op. cit., p. 179; MONTERO AROCA, J., «La conciliación preventiva en el proceso civil...», op. cit., pp. 143-147; o, por ejemplo, como ocurre en la petición inicial del *procedimiento monitorio* (arts. 812 y ss LEC), véase a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El procedimiento monitorio», en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal civil. Parte especial*, ed. Tirant Lo Blanch, 8ª edición, 2016, p. 187.

¹⁵³³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria», en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, ed. UNAM, tomo I, México, 1972, p. 158

¹⁵³⁴ FAIRÉN GUILLÉN, V., «Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa: (El artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual)», en ADC, vol. 44, n.º 3, pp. 941-960; PÉREZ DEL BLANCO, G., «El procedimiento judicial de constitución de la adopción: de la jurisdicción voluntaria al proceso contencioso», en *CefLegal: revista práctica del Derecho*, n.º 52, mayo, 2005, pp. 3-30.

¹⁵³⁵ Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria», en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, ed. UNAM, tomo I, México, 1972, pp. 158, y toda la doctrina allí citada.

¹⁵³⁶ No se declaran derechos inter-subjetivos de dos partes controvertidas, ni se está ejercitando función jurisdiccional, es decir, ni se está juzgando ni haciendo ejecutar lo juzgado

Orbaneja, aunque la palabra *proceso* y *procedimiento* pudieran ser equivalentes desde un punto de vista gramatical, en los estudios procesales actuales es necesario diferenciar lo que es proceso de lo que es procedimiento¹⁵³⁷. Como expondremos a continuación en el epígrafe posterior, el precurso es un *procedimiento* de jurisdicción voluntaria y, por contraposición, no puede ser considerado un proceso jurisdiccional¹⁵³⁸; no podemos olvidar que el término *procedimiento* va ligado a una consideración meramente *formal* o *externa* de la actividad jurisdiccional¹⁵³⁹, por ello, la expresión: «procedimiento» es idónea para denominar al precurso, ya que en la tramitación del mismo no hay actividad jurisdiccional y, además, todo expediente de jurisdicción voluntaria dirigido al Órgano jurisdiccional constituye un *procedimiento judicial*¹⁵⁴⁰. En el actual procedimiento de precurso no hay intervención del juez¹⁵⁴¹, sino que, en virtud del artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal, conocerá de la solicitud de precurso el Letrado de la Administración de Justicia que, como es obvio¹⁵⁴², no realiza en este procedimiento función jurisdiccional alguna. Decimos que es

en palabras del artículo 117.3 de la Constitución Española. Además, el solicitante del precurso no ejercita pretensión procesal, que obligaría a que la misma se debiera resolver con una sentencia dentro de un proceso, y, por tanto, tampoco se da la autoridad de cosa juzgada. Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología...*, op. cit., p. 197; *Ibidem.*, «Premisas para determinar la índole de la llamada...», op. cit., pp. 9 y 31.

¹⁵³⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología...*, op. cit., p. 141.

¹⁵³⁸ GÓMEZ ORBANEJA, E., «El proceso civil: Concepto y fin. Naturaleza jurídica del proceso. Clases de proceso. El proceso y otras instituciones para la paz jurídica. Distinción entre proceso y procedimiento», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, ed. Madrid, vol. I, 3ª edición, 1951, pp. 14 y 15.

¹⁵³⁹ Vid. GÓMEZ ORBAJENA, E., «El proceso civil: Concepto y fin...», op. cit., pp. 14 y 15; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología...*, op. cit., p. 141.

¹⁵⁴⁰ HERCE QUEMADA, V., «Procedimiento de jurisdicción voluntaria», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, ed. Madrid, vol. II, 1979, p. 378; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología...*, op. cit. p. 137.

¹⁵⁴¹ A pesar de ello, es cierto que el titular del juzgado de lo mercantil donde recaiga la solicitud de precurso, que será el competente para la declaración del concurso (art. 5 bis 1), puede intervenir en el actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), sobre todo, en los casos que haya controversia sobre el carácter necesario del bien del deudor sobre el que recae una ejecución judicial o extrajudicial, y se haya recurrido el decreto dictado por el Letrado de la Administración de Justicia por el que se tiene por presentada la solicitud de precurso, ante el juez competente para la declaración judicial del concurso (art. 5 bis 4. 2º *in fine*).

¹⁵⁴² Los Letrados de la Administración de Justicia carecen de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) que como es sabido es una función atribuida en exclusiva a los jueces y Tribunales.

judicial¹⁵⁴³ no porque haya intervención del juez ejerciendo su potestad jurisdiccional (art. 117.3 LC)¹⁵⁴⁴, sino porque en la solicitud de precurso no se ejercita pretensión procesal alguna (que ponga en marcha un proceso jurisdiccional) y, además, la misma va dirigida al órgano jurisdiccional competente para la declaración del concurso (art. 5 bis 1 LC). Finalmente, en lo que respecta a la delimitación de los términos judicial y jurisdiccional, es oportuno dejar claro que no todas las actuaciones que realizan los órganos judiciales pertenecen a la verdadera función jurisdiccional y, no toda la actividad judicial se lleva a cabo mediante el proceso jurisdiccional¹⁵⁴⁵, por eso, en los procedimientos *judiciales* de jurisdicción voluntaria, como por ejemplo el precurso (art. 5 bis), al que calificamos de procedimiento judicial debido a que se dirige ante un órgano jurisdiccional (el juzgado de lo mercantil competente para la declaración de concurso), no interviene el juez, sino que lo hace el Letrado de la Administración de Justicia (art. 5 bis 3), que en ningún caso realiza actividad jurisdiccional, puesto que dicha función viene atribuida a los jueces y tribunales en exclusiva (art 117.3 CE).

2. Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del procedimiento de precurso (art. 5 bis)

Una vez que hemos argumentado por qué el precurso debe ser entendido como *procedimiento judicial*, debemos descifrar cuál es su verdadera naturaleza jurídica. La labor de determinación de la naturaleza jurídica de una institución jurídica no es una labor dogmática más, sino que la misma puede tener una gran trascendencia en la práctica forense, sobre todo para saber qué normas deben aplicarse cuando se presenten lagunas legales; por lo tanto, es verdaderamente relevante determinar qué es realmente el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC).

¹⁵⁴³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para determinar la índole de la llamada...», op. cit., p. 158;

¹⁵⁴⁴ Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Ibídem...», op. cit., p. 158.

¹⁵⁴⁵ MUÑOZ ROJAS, T., «Sobre la jurisdicción voluntaria», en *Actualidad Civil*, n. 39, semana 22-28, octubre, 1990, p. 5.

En este sentido, algún autor¹⁵⁴⁶ ha catalogado al precurso (desde sus inicios) como una especie fase preconcursal y preparatoria de negociación de la propuesta de convenio anticipado, con independencia de que finalmente exista propuesta de convenio anticipado, con independencia de que en la práctica el plazo se utilice efectivamente para iniciar una fase de negociación y con independencia de que los deudores puedan intentar convertir dicho lapso temporal de tranquilidad para preparar o no la declaración judicial de concurso¹⁵⁴⁷, otros han insinuado que más bien podría tratarse de un procedimiento de mediación; no faltan voces que se han ocupado de sostener que dicha figura era lo más parecido a unas *diligencias preliminares* debido a sus naturaleza instrumental o preparatoria¹⁵⁴⁸, e, incluso, existen autores que entienden que el precurso (ex art. 5 bis) es una simple comunicación que debe presentarse por escrito¹⁵⁴⁹ (mínima exigencia) al juzgado competente con la exigencia mínima de presentación escrita que constituye un documento de carácter privado no sujeto a formalidad alguna – ni el fondo, ni en la forma –, que simplemente se dirige al juzgado y produce efectos¹⁵⁵⁰, de hecho, así es como la ley titula al vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal: «*Comunicación de negociaciones y efectos*».

A pesar de todos los elogiabes esfuerzos de la doctrina por determinar la auténtica naturaleza del precurso, en nuestra opinión, hemos de decir que la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) no es, ni era con el derogado artículo 5.3 de la Ley, no era un escrito de demanda que pusiera en marcha un procedo jurisdiccional, sino que, más bien, dicho escrito responde más bien a una

¹⁵⁴⁶ HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «La nueva fase preconcursal», en *Diario La Ley*, n.º 7272, 29 de octubre de 2009, p. 4.

¹⁵⁴⁷ Vid. HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «La nueva fase...», op. cit., p. 4.

¹⁵⁴⁸ DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad...», op. cit., p- 172 y, también véase del mismo autor, «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009...», op. cit., p. 162.

¹⁵⁴⁹ AZNAR GINER, E., *La comunicación del art. 5 bis de la Ley Concursal: Doctrina, jurisprudencia y formularios*, ed. Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2016, p.

¹⁵⁵⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 568.

solicitud que pone en marcha un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria (judicial). Por lo tanto, no queda lugar a duda de que la verdadera naturaleza jurídica del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis) descansa en el ámbito de la «jurisdicción voluntaria»: el concurso es un *procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria*, y así lo han manifestado unos pocos autores de la doctrina¹⁵⁵¹.

Antes de entrar en los argumentos por los cuales entendemos que el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis) debe ser considerado un procedimiento de jurisdicción voluntaria, haremos un breve repaso introductorio sobre el concepto y la naturaleza de la misma, para que se pueda entender, con rigor, la explicación del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC).

Existe en la doctrina una literatura muy extensa sobre la figura de la *jurisdicción voluntaria*, en la que, académicos y prácticos han tratado de descifrar la verdadera naturaleza jurídica de la misma, con la que poder obtener un concepto general de la misma¹⁵⁵². Por un lado, se encuentran los autores que

¹⁵⁵¹ Entienden que el concurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 84; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del concurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; GALEOTE MUÑOZ, M^a.P., «Los acuerdos extrajudiciales en fase preconcursal», en *Diario La Ley*, n.º 7375, 7 de abril de 2010, p. 5; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42.

¹⁵⁵² Sobre los caracteres y la naturaleza de la jurisdicción voluntaria es interesante ver por todos, los siguientes trabajos, ÁLVAREZ CASTELLANOS, P., «El proceso de jurisdicción voluntaria», en *RDP*, julio-septiembre, 1945, pp. 331-353; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Sobre el concepto y delimitación del derecho procesal civil», en *RDP*, n.º 4, octubre, noviembre y

diciembre, 1947, pp. 549-579; WACH, A., *Manual de Derecho procesal civil*, ed. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, pp. 83-122; GÓMEZ ORBANEJA, E., en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, 3ª edición, ed. Madrid, 1951, pp. 726 y ss.; GIMENO GAMARRA, R., «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», en *ADC*, tomo IV, de los fascículos 1 a 4, 1953, pp. 3-80; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria», en *RDP*, n.º 10, 1954, pp. 619-642; DE PINA, R., y CASTILLO LARRAÑAGA, J., *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Porrúa, México, 8ª edición, 1969, pp. 67-72; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria», en *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. I, Milano, Dott. A. Giuffré, 1951; *Ibidem.*, *Cuestiones de terminología procesal*, ed. UNAM, México, 1992, pp. 195-197; FAZZALARI, E., *Instituzioni di diritto processuale*, ed. CEDAM, 6ª edizione, Padova, 1992; ALMAGRO NOSETE, J., *Tribunales españoles organización y funcionamiento*, ed. Tecnos, Madrid, 1979, pp. 158-162; Ramos Méndez, F., *Derecho y proceso*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1978, pp. 289-297; *Ibidem.*, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, ed. Civitas, Madrid, 1978; HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, vol. II, ed. Madrid, 1979, pp. 382 y ss; MUÑOZ ROJAS, T., «Sobre la jurisdicción voluntaria», *Actualidad Civil*, n.º 39, sección doctrina, semana 22-28, octubre, 1990; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del Derecho Procesal*, ed. UNAM, México, 1992, pp. 134-141; *Ibidem.*, «Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa (el artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual)», en *ADC*, vol. 44, n.º 3, 1991, pp. 941-960; *Ibidem.*, «El auxilio de los tribunales y de la jurisdicción voluntaria», en revista *Justicia* 92, n.º IV 1992, pp. 789-798; GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El proceso civil*, ed. Editorial Forum, 3ª edición, Gijón, 1996, pp. 563-568; DE LA OLIVA SANTOS, A., «El proceso civil, instituciones análogas y la jurisdicción voluntaria», en DE LA OLIVA SANTOS y Díez-Picazo Giménez (autores), *Derecho Procesal civil. El proceso de declaración*, ed. CEURA, 3ª edición, Madrid, 2004, pp. 43-62; DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español*, ed. Dykinson, 2013, pp. 143-144; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal civil. Parte especial*, ed. Colex, Madrid, 2000, p. 199; *Ibidem.*, «la naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.) en AA. VV., *Tratado de Derecho Mercantil: Derecho Procesal concursal*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 20; PÉREZ DEL BLANCO, G., «El procedimiento judicial de constitución de la adopción: de la jurisdicción voluntaria al proceso contencioso», en *CefLegal: revista práctica del Derecho*, n.º 52, mayo, 2005, pp. 3-30; GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria?, (la reestructuración parcial de la materia en la ley 15/2015 de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria)*, ed. Reus, Madrid, 2015; *Ibidem.*, «Los postulados de utilidad práctica en el proyecto e jurisdicción voluntaria. Pero... ¿y el razonamiento conceptual?», en el *Notario del S. XXI*, n.º 58, diciembre de 2004; MICHELI, G.A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Ed Giuffré Editore, vol. II, Milano, 1960, pp. 37-64; GONZÁLEZ POVEDA, B., «Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria», en *RCPJ*, n.º 16, 1996, pp. 15-54; *Ibidem.*, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, ed. Aranzadi, 3ª edición, Pamplona, 1997; *Ibidem.*, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008; ALONSO FURUELOS, J.Mª., «la oposición y los recursos en la jurisdicción voluntaria», en *RDUNED*, n.º 16, 2015, pp. 841-870; *Ibidem.*, «La jurisdicción voluntaria ante su reforma: opciones», en *RDUNED*, n.º 16, 2015, pp. 19-63; LIÉBANA ORTIZ, J.R., *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, ed. Iustel, Madrid, 2012; *Ibidem.*, «Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática», en *REDUR*, n.º 9, 2011, pp. 147-164; *Ibidem.*, «Hacia un teoría general de la Jurisdicción voluntaria», en *Práctica de Tribunales*, n.º 95, julio-agosto, 2012, pp. 24-35; *Ibidem.*, «La hora de la jurisdicción voluntaria», en *Diario La Ley*, n.º 7968, 20 de noviembre, 2012; LIÉBANA ORTIZ, J.R., Y SOBRINO GONZÁLEZ, T., «Apuntes críticos sobre el anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria», *RGDP*, n.º 34, 2014, pp. 1-17; LACUEVA BERTOLACCI, R., «La propuesta de anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria; una ruptura con el pasado», en *Diario La Ley*, n.º 8151, 18 de septiembre, 2013, pp. 1-3; BARRIO DEL OLMO, C.P., «La nueva ley trae importantes ventajas

defienden que la jurisdicción voluntaria es actividad jurisdiccional, debido, entre otras cosas, a la intervención o presencia del juez en dichos procesos¹⁵⁵³,

sociales y deja algunas incertidumbres, en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 62, 11 de julio, 2015, pp. 1-6; SEOANE CACHARRÓN, J., «El secretario judicial, órgano principal en la futura Ley de Jurisdicción voluntaria», en *Diario La Ley*, n.º 7906, 20 de julio, 2012, pp. 1-8; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, ed. Eurolex, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, ed. Civitas, Madrid, 2001; *Ibidem.*, *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria (I)*, ed. Iustel, Madrid, 2007; *Ibidem.*, *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria (II)*, ed. Iustel, Madrid, 2008; «Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro», en *AFDUAM*, n.º 5, 2001, pp. 89-148; *Ibidem.*, «Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (I)», en *Actualidad Civil*, n.º 36, 2001, tomo 4, pp. 1277-1299; *Ibidem.*, «El nuevo perfil de la Jurisdicción voluntaria en el anteproyecto de ley de octubre de 2005. De la tutela de relaciones jurídicas privadas a la protección de intereses generales, públicos o sociales», en *Diario La Ley*, n.º 6500, 8 de junio de 2006, pp. 1-10; *Ibidem.*, «La Ley de la jurisdicción voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores», en *Diario La Ley*, n.º 7866, 25 de mayo, 2012, pp. 1-8; *Ibidem.*, «Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria de 31 de octubre de 2013», en *Diario La Ley*, n.º 8273, 18 de marzo, 2014, pp. 1-18; *Ibidem.*, «Régimen jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria», en *Diario La Ley*, n.º 8496 de 9 de marzo de 2015, pp. 1-39; *Ibidem.*, «La nueva jurisdicción voluntaria», en *AJA*, n.º 876, 2014, pp. 1-3; *Ibidem.*, *La reforma de la Ley de la jurisdicción voluntaria. Textos pre-legislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, ed. Dykinson, Madrid, 2015; LIÉBANA ORTIZ, J.R., «Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria», en *REDUR*, n.º 3, 2005, pp. 163-182; DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., «El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria», en *Diario La Ley*, n.º 6770, 3 de septiembre, 2007, pp. 1-9; SEOANE CACHARRÓN, J., «Examen del procedimiento judicial común en el proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Diario La Ley*, n.º 6773, 6 de septiembre, 2007, pp. 1-10; *Ibidem.*, *Cuestiones prácticas sobre jurisdicción voluntaria. 200 preguntas y respuestas*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015; *Ibidem.*, y AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción voluntaria*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015; LACUEVA BERTOLACCI, R., «Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria», en *Diario La Ley*, n.º 6755, de 12 de julio de 2007, pp. 1-6; CALAZA LÓPEZ, R., «Homenaje al profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN en el veinticuatro aniversario de su cátedra: Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria», en *RDUNED*, n.º 3, 2008, pp. 345-373; PRADA GONZÁLEZ, J.Mª., «Problemas que plantea la regulación de la jurisdicción voluntaria», en *Actualidad Civil*, n.º 14, quincena del 16 al 31 de julio, 2009, pp. 1614 y ss.; STAMPA, G., «Jurisdicción voluntaria y declinatoria arbitral: (Comentario del Autor del Juzgado de Primera instancia n.º 39 de Madrid de 27 de abril de 2009, y del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 14ª), de 22 de diciembre de 2009)», en AA. VV., *Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, ed. La Ley, Madrid, 2010; GARCÍA VILA, J.A., «De nuevo en torno a la futura Ley de Jurisdicción voluntaria», en *La notaría*, n.º 4, 2011- n.º 1, 2012, pp. 26-29; CASADO RODRÍGUEZ, F.P., *Guía para la aplicación de la Ley de la jurisdicción voluntaria*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2016; FERNÁNDEZ GIL, C., *Cuestiones prácticas sobre jurisdicción voluntaria*, ed. Tecnos, Madrid, 2016; SOSPEDRA NAVAS, F.J., *El proceso civil. Jurisdicción voluntaria*, ed. Civitas-Thomson Reuters, vol. 2016, Cizur Menor, 2016; DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción voluntaria», <http://almacenederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>, [consultado julio 2015]; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Ley jurisdicción voluntaria (LJV)», en [<http://otraopinionjuridica.blogspot.com.es/>], entrada de 18 de junio de 2015, (consultado en junio de 2015); BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria, análisis de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria*, ed. La Ley, Madrid, 2015.

¹⁵⁵³ Vid., por todos, CARNELUTTI, F., *Instituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, ed. Roma, 1951, pp. 5-20; SATTA, S., *Diritto processuale civile*, ed., Padova, 1953, pp. 528 y ss.; DE

otros autores han sostenido que su naturaleza jurídica era claramente administrativa; dentro de la tesis administrativista podemos destacar: i) los autores que entendían que la jurisdicción voluntaria era actividad *stricto sensu*, al entender que la cosa juzgada era el elemento diferenciador de ésta frente a la jurisdicción contenciosa¹⁵⁵⁴; ii) por otro lado estaban los autores que defendían, desde un postura intermedia, que la jurisdicción voluntaria era actividad administrativa desarrollada bajo formas jurisdiccionales que se dirige a la tutela y la garantía con una finalidad de asistencia de derechos privados, mediante la formación o autorización de relaciones jurídicas privadas¹⁵⁵⁵.

Por otro lado existe un sector doctrinal que optó por denominar a la jurisdicción voluntaria como la *Administración Pública del Derecho privado*, debido a que la misma es una actividad de asistencia y control por parte del Estado que interviene para integrar la capacidad de los particulares y que busca la satisfacción de sus intereses jurídico-privados, quedando protegidos, por tanto, la certeza de las relaciones jurídicas, las condiciones exigidas legalmente o la tutela de personas¹⁵⁵⁶. Asimismo, incluso, un sector doctrinal afirmaba que

MARINI, «Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria», en *RDP*, 1954, pp. 225 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 1294 y ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 102-108.

¹⁵⁵⁴ Como por ejemplo ALLORIO, E., *Problemas de Derecho procesal*, ed. Ejea, vol. II., (traducido por SENTIS MELENDO), Buenos aires, 1963, pp. 27 y ss.

¹⁵⁵⁵ En la doctrina española, vid por todos a: SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza Jurídica de la jurisdicción voluntaria», en *RDP*, n.º 10, 1954, pp. 619-642; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del derecho procesal*, ed. UNAM, México, 1992, pp. 134-137; GÓMEZ COLOMER, J.L., «La jurisdicción voluntaria», en MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN REDONDO/BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª edición, Valencia, 2003, pp. 848-850; en la doctrina extranjera destacar a WACH, A., *Manual de derecho procesal civil*, vol. I, ed. Ejea, Buenos Aires, 1977, pp. 83 y ss.; PAJARDI, P., *La giurisdizione volontaria*, ed. Dott. Giuffrè, Milano, 1963, pp. 15 y ss.; REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, vol. I, ed. Dott. Giuffrè, Milano, 1952, pp. 31 y ss.

¹⁵⁵⁶ Sostienen esta tesis CALAMANDREI, P., *Studi sul procedimento civile*, ed. Cedam, vol. I, Padova, 1930, *passim*.; ZANOBINI, G., «Sull'amministrazione pubblica del diritto privato», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1918, p. 168 y ss.; KISCH, W., *Elementos de derecho procesal civil*, ed. Revista de Derecho Privado, 4ª edición, (traducida por el profesor Leonardo PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ), Madrid, 1940, p. 38 y ss.; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria», en *RDP*, 1956, pp. 107-116; DE LA PLAZA NAVARRO, M., *Derecho procesal civil*, ed. Revista de Derecho Privado, vol. II, Madrid, 1943, pp. 703 y ss.; GUASP DELGADO, J., y ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil*, ed. Civitas, 4ª edición, vol. II, Madrid, 1998, p. 735 y ss.; GIMENO GAMARRA, R., «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», en *ADC*, tomo IV, fascículos 1-4, 1953, p. 11.

la jurisdicción voluntaria era un *tertium genus* entre la función jurisdiccional *stricto sensu* y la función administrativa¹⁵⁵⁷, ya que según estos autores la jurisdicción voluntaria carece de los elementos suficientes para ser incluida como actividad administrativa o, como actividad jurisdiccional, por ello se encuentra a medio camino entre ambas; según estos autores en la jurisdicción voluntaria faltan: la acción y un verdadero proceso contradictorio, además, tampoco se lesiona derecho objetivo alguno; por otro lado, es patente la posibilidad de revocabilidad de las resoluciones y el conocimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria, no solo se atribuyen a los jueces, sino a otros funcionarios (notarios, registradores, etc.), pero a la vez, los expedientes se sustraen de los jueces administrativos. Por todo ello, estos autores llegan a la conclusión de que ni la jurisdicción ni la Administración tiene caracteres generales suficientes para acoger a la jurisdicción voluntaria.

En nuestra opinión, y ante la dificultad que siempre ha existido desde antiguo a la hora de consensuar un concepto único de la jurisdicción voluntaria, se podría decir que existen tantos conceptos de la misma, como autores hayan escrito sobre ella, siendo muchos de ellos válidos e insatisfactorios a la vez; además, si atendemos a que el ámbito material de la jurisdicción voluntaria es muy amplio y variado, esto hace que sea difícil que se pueda encontrar un concepto unívoco que englobe todas las posibilidades de la jurisdicción voluntaria. Por ello, ante tal dificultad, es conveniente apuntar los diversos rasgos inmutables que pueden definir a grandes rasgos y desde un punto de vista plural a la jurisdicción voluntaria. En este sentido destaca el trabajo del profesor ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que ha sido uno de los autores más comprometido con el estudio de la *jurisdicción voluntaria* (judicial), que en su día, elaboró un esquema general básico –clarificador– para delimitar y diferenciar la jurisdicción voluntaria de la jurisdicción contenciosa, que siempre ha servido de guía a todo investigador a la hora de abordar el estudio de la

¹⁵⁵⁷ Vid., por todos, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para determinar...», op. cit., passim.; FAZZALARI, E., *La giurisdizione volontaria*, ed. Cedam, Padova, 1953, pp. 236 y ss.

verdadera naturaleza de la jurisdicción voluntaria y que, en este momento, merece la pena reproducir¹⁵⁵⁸ para ayudarnos —posteriormente— a identificar el precurso (ex art. 5 bis) con un *procedimiento de jurisdicción voluntaria judicial*.

- 1) Proceso (contencioso): a) *Litigio*; b) *Partes*; c) *Acción*; d) *Demanda*; e) *Jurisdicción*; f) *Juzgador*; g) *sentencia*; h) *cosa juzgada*.
- 2) Expediente (Voluntario): a) *Negocio*; b) *Participantes*; c) *Pedimento*; d) *Solicitud*; e) *Atribución*; f) *Funcionario judicial*; g) *Resolución (o acuerdo)*.

A pesar de la diversidad de opiniones que muestran los autores a la hora de abordar la verdadera naturaleza jurídica de la misma, existen, a nuestro juicio, determinados rasgos característicos (invariables) que la distinguen de la jurisdicción contenciosa. Como veremos a continuación, estos rasgos han sido claramente manifestados por cierto sector de la doctrina procesalista¹⁵⁵⁹, que sin ánimo de ser muy exhaustivos o estrictos a la hora de buscar un concepto unívoco sobre la jurisdicción voluntaria, han venido mostrando en la literatura —muy acertadamente— un concepto abierto, omnicomprensivo y flexible en el

¹⁵⁵⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para la determinación de la índole de la jurisdicción voluntaria», en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, ed. Unam, México, 1974, p. 162.

¹⁵⁵⁹ GÓMEZ ORBANEJA, E., «Jurisdicción voluntaria: Concepto, Naturaleza y contenido (I)» en GÓMEZ ORBANEJA/HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, ed. Madrid, 3ª edición, 1951, p. 729.; DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 143-144; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), en *Derecho Procesal civil. Parte especial*, ed. Colex, 2ª edición, Madrid, 2000, p. 199; *Ibidem*, «Naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AA. VV., *Tratado de Derecho mercantil. Derecho Procesal concursal*, ed. Marcial Pons, vol. 7., 2008, Madrid, p. 20; *Ibidem*, «La Ley de la Jurisdicción voluntaria», <http://otraopinionjuridica.blogspot.com.es/>, [consultado en junio de 2015]; ALMAGRO NOSETE, J., «Jurisdicción voluntaria», en Almagro/CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil*, Ed. Colex, vol. I, Madrid, pp. 535 y ss.; en la misma línea aunque con algunos matices DE LA OLIVA SANTOS, A., «El proceso civil, instituciones análogas y la jurisdicción voluntaria», en DE LA OLIVA SANTOS A., Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (autores), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. CEURA, 3ª edición, Madrid, 2004, p. 60; DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción voluntaria», en <http://almacendederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>, [consultado julio 2015].; GÓMEZ COLOMER, J.L., con MONTERO AROCA/MONTÓN REDONDO/BARONA VILAR (autores), *Derecho Jurisdiccional II*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 815-819.

que se ha resaltado la pluralidad de funciones que puede llegar a tener la jurisdicción voluntaria y, que, a nuestro juicio, son los conceptos más acertados a la hora de arrojar luz para determinar un concepto idóneo de jurisdicción voluntaria.

Tras la promulgación de la reciente Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁵⁶⁰, su artículo 1.2º prevé un ponderado concepto de jurisdicción voluntaria: «*Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso*».

En relación con el concepto legal de jurisdicción voluntaria, el profesor DAMIÁN MORENO dice que la tutela de derechos e intereses que prevé el artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria es un puro –espejismo–, pues la jurisdicción voluntaria no puede tener por objeto la tutela de derechos subjetivos sino la realización de actos jurídicos que permitan o faciliten el ejercicio de esos derechos (sólo en este sentido puede hablarse de tutela)¹⁵⁶¹». En la misma línea, es interesante detenerse en la tesis del profesor Emilio GÓMEZ ORBANEJA, que siguiendo la tesis del profesor alemán Adolf WACH¹⁵⁶², nos ilustra diciendo que: «el fin específico de jurisdicción contenciosa es siempre, y por necesidad conceptual, *tutela o protección de derechos existentes*; mientras que el fin de la jurisdicción voluntaria, era la

¹⁵⁶⁰ Véase el artículo 1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE n.º 158, de 3 de julio de 2015. Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.- «1. *La presente Ley tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales. 2. Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso*».

¹⁵⁶¹ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción voluntaria», en [<http://almacendederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>], (consultado julio 2015).; *Ibidem.*, *Introducción al sistema judicial español*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 143-144.

¹⁵⁶² WACH, A., *Manual de Derecho Procesal civil*, ed. Ejea, edición traducida por BANZHAF T.A., vol. I., 1977, 83 y ss.

producción o constitución negocial: producción de esos derechos subjetivos nuevos o cooperación para a esa producción¹⁵⁶³».

Por otro lado, también nos parece determinante la tesis del profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ¹⁵⁶⁴, que refiriéndose a la naturaleza jurídica de los viejos procedimientos de quita y espera y, el de Suspensión de pagos (ambos procedimientos de jurisdicción voluntaria), nos decía que, desde un punto de vista general: «en los expedientes de jurisdicción voluntaria la actividad judicial se limita a *completar* la norma jurídica, el ordenamiento jurídico, y a hacer factible el ejercicio de potestades reconocidas por la Ley; en otras palabras, el juez posibilita la articulación de un derecho que no necesita declaración alguna. En estos expedientes no se declaraban ni aplicaban derechos, simplemente se permite que el que solicita haga posible el ejercicio de una potestad, con sus correspondientes efectos que tiene reconocidos por la Ley».

Asimismo, en opinión del profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ, en la jurisdicción voluntaria no se da actividad jurisdiccional, pues, «no se aplica ni se declara el derecho, y por tanto, no es necesaria la intervención del juez¹⁵⁶⁵»,

¹⁵⁶³ GÓMEZ ORBANEJA, E., «Jurisdicción voluntaria: Concepto, Naturaleza y contenido (I)» en GÓMEZ ORBANEJA/HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, ed. Madrid, 3ª edición, 1951, p. 729.

¹⁵⁶⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), en *Derecho Procesal civil. Parte especial*, ed. Colex, 2ª edición, Madrid, 2000, p. 199; *Ibidem*, «Naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AA. VV., *Derecho Procesal concursal. Tratado de Derecho mercantil*, ed. Marcial Pons, vol. 7., 2008, Madrid, p. 20; *Ibidem*, «La Ley de la Jurisdicción voluntaria», <http://otraopinionjuridica.blogspot.com.es/>, (consultado en junio de 2015).

¹⁵⁶⁵ Vid., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Ley jurisdicción voluntaria (LJV)», en [<http://otraopinionjuridica.blogspot.com.es/>], entrada del 18 de junio de 2015, (consultado en junio de 2015); también véase *ibidem*, «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal civil. Parte especial*, ed. Colex, Madrid, 2000, p. 199; *Ibidem*, «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.) en AA. VV., *Tratado de Derecho Mercantil: Derecho Procesal concursal*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 20., El profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ, explica muy bien la función del juez o del letrado de la Administración de Justicia en la jurisdicción voluntaria, «que se limita a completar las normas jurídicas, esto es, el ordenamiento jurídico, para hacer factible el ejercicio de potestades reconocidas por la Ley, en otras palabras, el juez posibilita la articulación de un derecho que no necesita declaración alguna».

por ello, en el procedimiento de precurso el que conoce de la solicitud es el Letrado de la Administración de justicia (art. 5 bis 3) cuya principal función en ese momento es la de *completar* las normas jurídicas o, el ordenamiento jurídico, para hacer factible el ejercicio del derecho o potestad del deudor de negociar con sus acreedores en la situación de precurso (art. 5 bis); el letrado de la administración de justicia al dictar el decreto por el cual se tiene por presentada la solicitud de precurso (art. 5 bis 3), posibilita la articulación de un derecho que no necesita declaración alguna¹⁵⁶⁶.

Como podemos observar todos los rasgos característicos de la jurisdicción voluntaria encajan a la perfección en el procedimiento de precurso (art. 5 bis), ya que el solicitante del precurso solicita la intervención del órgano jurisdiccional¹⁵⁶⁷ sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas; en este sentido es lógico traer a colación la vieja y conocida expresión de CARNELUTTI sobre la partes: *«en el proceso contencioso, las partes comparecen en escena, mientras en el proceso voluntario, una de ellas queda entre bastidores»*¹⁵⁶⁸. Si aplicamos esta afirmación al procedimiento de precurso, nos damos cuenta de que se adapta a la perfección puesto que el precurso no hay partes controvertidas, sino el deudor solicitante (art. 5 bis 1). Como es sabido, desde un punto de vista general, la jurisdicción voluntaria se contrapone a la jurisdicción contenciosa y, por tanto, en el procedimiento de precurso no existe un verdadero litigio entre las partes¹⁵⁶⁹; el deudor solicitante del precurso no ejercita pretensión procesal alguna cuando se dirige al juzgado de lo mercantil competente para la declaración de concurso (ex art. 5 bis 1), y, en ningún caso, pone en marcha un

¹⁵⁶⁶ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y suspensión...», op. cit., p. 199.

¹⁵⁶⁷ La solicitud de precurso va dirigida al Organo Jurisdiccional competente para la declaración judicial de concurso (ex art. 5 bis 1 LC), aunque el que conoce de la misma sea el Letrado de la Administración de Justicia (ex art. 5 bis 3 LC)

¹⁵⁶⁸ CARNELUTTI, F., *Cómo se hace un proceso*, ed. Temis, Colombia, 1994, p. 46.

¹⁵⁶⁹ Como en todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria, DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 143; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para la determinación de la índole de la...», op. cit., p. 158.

proceso concursal *stricto sensu*. Tampoco, como ya hemos adelantado, se solicita al Letrado de la Administración de Justicia que proceda a declarar derechos ante la existencia de un conflicto intersubjetivo, ni que resuelva una cuestión controvertida de forma irrevocable y definitiva, esto es, con efectos de cosa juzgada¹⁵⁷⁰, sino que el letrado de la Administración de Justicia verifica o constata determinados hechos aducidos por deudor solicitante para dejar constancia de los mismos y poder constituir al deudor en una nueva situación jurídica: la de precurso (ex art. 5 bis)¹⁵⁷¹.

Por todo lo anteriormente argumentado, el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), al no ser considerado un proceso, es ajeno a los términos continuamente utilizados en la jurisdicción contenciosa y, por ello, en la situación jurídica de precurso no hay litigio que ventilar sino *negocios jurídicos* que formalizar¹⁵⁷² (formalización de los acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y búsqueda de adhesiones para la admisión a trámite de la un propuesta de convenio anticipado); tampoco hay partes controvertidas sino participantes o interesados que, cuando piden el precurso no interponen escrito de demanda sino que instan solicitud de precurso; tampoco se puede hablar de sentencia sobre el fondo, sino de resolución (mediante decreto) y, por tanto, tampoco se puede decir que aflore la autoridad de cosa juzgada.

¹⁵⁷⁰ Vid. DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema...*, op. cit., p. 143.

¹⁵⁷¹ La verificación o constatación por parte del *Letrado de la Administración de Justicia* de los hechos aducidos por el solicitante son rasgos definitorios de los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Véase DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción voluntaria», en <http://almacenederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>, [consultado julio 2015].

¹⁵⁷² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para determinar la índole de la...», op. cit., p. 142., el autor siguiendo al maestro italiano CARNELUTTI (Véase CARNELUTTI, F., *Istituzioni del processo civile italiano*, ed. Del foro italiano, vol. I., 5ª edizione, Roma, 1956, p. 20.), dice que la jurisdicción voluntaria se asienta sobre la idea de negocio jurídico, como ocurre con el procedimiento de precurso, que sirve para dar soporte y estructura procedimental a los negocios jurídicos que puede llevar a cabo el deudor en el seno del precurso: acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudicial de pagos o adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (ex art. 5 bis LC). También en esta línea se manifiesta FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría General del derecho procesal*, ed. Unam, México, 1992, p. 135.

En la actualidad, el profesor DAMIÁN MORENO, nos ilustra diciendo que «los particulares para hacer uso de sus derechos, muchas veces precisan recurrir a la colaboración del Estado para poder crear o desarrollar las condiciones que les permitan ejercerlos o hacerlos valer sin necesidad de interponer una demanda judicial frente a un tercero, esto es, sin necesidad de deducir pretensión procesal alguna, que, como es obvio daría lugar a un proceso que se resolvería a través de una sentencia¹⁵⁷³».

Si extrapolamos al procedimiento de precurso (art. 5 bis) las características de la jurisdicción voluntaria esgrimidas por del profesor DAMIÁN MORENO, nos damos cuenta de que encajan a la perfección en la operativa de dicho procedimiento (ex art. 5 bis), pues el deudor solicitante del precurso solicita al Juzgado de lo mercantil competente para la declaración de concurso (art. 5 bis 1), que le sitúe en una nueva situación jurídica: la de precurso, que le sitúa en una plataforma (o espacio) temporal en la que el deudor puede hacer valer –con garantías– sus derechos subjetivos, es decir, la situación de precurso es un situación idónea que le permite negociar con sus acreedores (un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o buscar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio), con la tranquilidad de saber que durante la tramitación del precurso (3 meses desde la presentación de la solicitud) no serán admitidas a trámite solicitudes de concurso necesario instadas por otros legitimados distintos del deudor (art. 15.3 LC); y, además, durante la tramitación del precurso con la mera presentación de la solicitud de precurso puede obtener la paralización o suspensión de determinadas ejecuciones (art. 5 bis 4). Por lo tanto, el deudor que pide el precurso (ex art. 5 bis), solicita al Órgano jurisdiccional que le sitúe en la situación jurídica de precurso, que le permitirá o facilitará el poder llevar a cabo –con garantías de éxito– los negocios jurídicos que le pone a disposición la norma (art. 5 bis).

¹⁵⁷³ DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción voluntaria», en <http://almacenederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>, [consultado julio 2015].

3. La finalidad del procedimiento de concurso (art. 5 bis LC). ¿La finalidad dual del concurso?

Tras llegar a la conclusión de que el concurso (ex art. 5 bis) es un procedimiento judicial, cuya naturaleza jurídica descansa en los «cimientos» de la jurisdicción voluntaria, a continuación, intentaremos aproximarnos a la finalidad del procedimiento de concurso, lo que nos facilitará poder llegar al objetivo que nos hemos marcado en este epígrafe, esto es, la construcción dogmática del concepto de concurso (art. 5 bis).

En primer lugar, decir que existen autores¹⁵⁷⁴ que entienden que la finalidad del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis), no es otra que la de obtener un resolución procesal constatando que se comunicado formalmente la existencia de las negociaciones con los acreedores. En este sentido nos mostramos contrarios a asignar tal finalidad al procedimiento de concurso, pues, como ya hemos ido sosteniendo a lo largo del presente trabajo, el concurso, en los mismos términos que el viejo procedimiento de quita y espera y el de Suspensión de pagos (también la conciliación¹⁵⁷⁵), debe ser considerado un *procedimiento judicial preventivo del proceso*¹⁵⁷⁶, es decir, un procedimiento judicial

¹⁵⁷⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 84.

¹⁵⁷⁵ A pesar de que el profesor GUASP entendía que la conciliación era un proceso de cognición especial, y además, lo consideraba de eliminación del proceso de cognición ulterior, Vid. GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 1235; en este sentido y siguiendo a la doctrina contraria, nos mostramos en contra de la opinión del profesor de Madrid, pues, entendemos que la conciliación es un procedimiento preventivo del proceso cuya naturaleza jurídica recae sobre la jurisdicción voluntaria, véase a HERCE QUEMADA, V., «la proliferación de tipos procedimentales civiles en primer instancia», en *RDP*, n.º 3, julio-septiembre, 1965, p. 122; *Ibidem*, «La conciliación como medio de evitar el proceso civil», en *RDP*, n.º 1, enero-marzo, 1968, pp. 51-68; *Ibidem*, «Procedimientos preventivos del proceso», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores) en *Derecho Procesal civil*, ed. Madrid, vol. II, 1979, p. 179; MONTERO AROCA, J., «La conciliación preventiva en el proceso civil: Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento», en *RJC*, n.º 4, 1971, pp. 143-147; o, por ejemplo, como ocurre en la petición inicial del procedimiento monitorio (arts. 812 y ss LEC), véase a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El procedimiento monitorio», en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal civil. Parte especial*, ed. Tirant Lo Blanch, 8ª edición, 2016, p. 187.

¹⁵⁷⁶ Como dice HERCE QUEMADA se califican así a los procedimientos judiciales que tiene por finalidad *evitar* el ulterior proceso jurisdiccional. Vid. HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos preventivos del proceso», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, vol. II, 1979, pp. 177 y ss.

cuya finalidad esencial es la de evitar un proceso jurisdiccional, en este caso: el proceso de declaración judicial de concurso. Antiguamente, el profesor GUASP cuando se refería a los viejos procedimientos de quita y espera y de suspensión de pagos, decía que estábamos ante *procesos de eliminación*; el primero eliminaba el concurso y, el segundo obviamente la quiebra. Es cierto que en los viejos procedimientos de quita y espera y el de suspensión de pagos la finalidad era la evitación del concurso de acreedores y de la quiebra, entendiendo que el proceso era un mal social que en algunas ocasiones se podía evitar, sobre todo, si existían otros medios alternativos que lograsen la paz social; pero a nuestro entender, hubiera sido mejor hablar de *procedimientos de eliminación*, en lugar de procesos, puesto que en la tramitación de los mismos no se llevaba a cabo actividad jurisdiccional alguna que permitiera calificar a los mismos de procesos *stricto sensu*, pues, nos movemos, como ya hemos defendido en el epígrafe anterior, en los terrenos de la jurisdicción voluntaria.

Asimismo, en el actual procedimiento de precurso se busca la *eliminación* del proceso de declaración judicial de concurso (art. 5 bis), debido, entre otras cosas, a que durante su larga tramitación se generan altos costes económicos y temporales que dificultan que el deudor pueda salir del mismo indemne; en la práctica forense se ha podido comprobar que, dentro del proceso concursal se viene produciendo un gran deterioro del valor de los bienes y derechos del deudor que hace que el deudor se vea abocado a la liquidación concursal, por eso los deudores evitaban a toda costa entrar en concurso, pues, como ha manifestado la doctrina, en muchas ocasiones, el concurso de acreedores estigmatiza al deudor, pues cuenta con un componente abrasivo importante, sobre todo para el deudor común que no ha consolidado aun su situación de insolvencia, y como cualquier otro proceso, de resultados a veces difícilmente predecibles tanto para el deudor como para sus acreedores¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁷ DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo...», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 166.

Debemos recordar que con la llegada de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ante la ausencia de un procedimiento idóneo para prevenir el concurso de acreedores, los deudores intentaban evitar (a toda costa) el mismo, utilizando –hasta el último momento– todo tipo de medidas extraordinarias que les permitiera retrasar la solicitud de declaración de concurso y evitar su tramitación; pero en muchas ocasiones, a pesar de conseguir liquidez y remover momentáneamente la situación de insolvencia, al poco tiempo volvía a aflorar la misma, agravándose la misma hasta cotas insostenibles, siendo, por tanto, demasiado tarde para volver a removerla al encontrarse el deudor en una situación económico patrimonial verdaderamente «ruinosa»; como hemos apuntado, dichos deudores recurrían a todo tipo de medidas (cercanas a la declaración judicial de concurso) para intentar paliar su situación de insolvencia –evitando la declaración de concurso a toda costa– desconociendo que las mismas podrían ser altamente «abrasivas» en caso de que posteriormente se declarase judicialmente su concurso, como por ejemplo: (préstamos de los socios a la mercantil, acuerdos extrajudiciales con determinados acreedores estratégicos, desinversiones aceleradas no sopesadas, venta de activos a pérdida para obtener liquidez, etc.).

Desde la reforma concursal acometida en 2009, nuestro Derecho concursal cuenta con un procedimiento preventivo del concurso: el precurso (ex *antiquo* art. 5.3 LC), que como es de sobra conocido, en sus primeros años de rodaje adolecía de ciertas carencias que ya, entonces, perfilaban de forma incompleta el esquema de un procedimiento preventivo del concurso. En la actualidad, tras las diversas modificaciones sufridas en el vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal, podemos afirmar –de forma indudable– que el precurso se ha convertido en un completo procedimiento preventivo, que sirve a las empresas para dar un tratamiento alternativo a su estado de insolvencia (actual o inminente) o de preinsolvencia al margen del proceso concursal, evitando la tramitación de éste y sus negativas consecuencias. En el actual procedimiento judicial de precurso todo deudor que presente cierta viabilidad empresarial, podrá conseguir remover o prevenir su estado de

insolvencia, llevando a cabo o formalizando, en el seno del precurso, los diversos negocios jurídicos que la norma le pone a disposición (art. 5 bis 1 LC). Tanto si el deudor opta por formalizar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª LC), como si opta por incoar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y ss. LC) dentro de la situación jurídica de precurso, busca, con ello, evitar la solicitud de declaración de concurso, puesto que, de forma alternativa al proceso concursal, con la institución del precurso puede dar tratamiento a sus situación de insolvencia (ya sea actual o inminente) o de preinsolvencia (art. 5 bis LC).

En este sentido no hay obstáculo que nos impida afirmar, con todo rigor, que el procedimiento judicial de precurso es preventivo desde su origen y por definición, como pasaba con los viejos procedimientos de quita y espera y, de suspensión de pagos, independientemente del resultado que se consiga; es decir, que el procedimiento es preventivo a pesar de que, tras la tramitación del precurso las negociaciones con los acreedores sean fallidas y no se consiga formalizar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos que consiguiera remover la situación de insolvencia.

En caso de que las negociaciones para formalizar un acuerdo de refinanciación o, un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores hayan sido infructuosas, el deudor, si persistiera su situación de insolvencia, deberá acudir consecutivamente el proceso concursal, pero el hecho de que al final el deudor se haya visto obligado a acudir a la solución concursal, al fracasar el procedimiento preconcursal intentado, no muta la naturaleza ni la finalidad del precurso, sobre todo, en estos casos en los que el deudor pretendía remover la insolvencia o prevenirla mediante la formalización un acuerdo de refinanciación o, un acuerdo extrajudicial de pagos.

Una vez constatada la finalidad eminentemente preventiva del procedimiento de precurso (art. 5 bis LC), es cierto que cabría plantearse si el precurso pudiera tener otras finalidades distintas a la preventiva; decimos lo anterior porque dentro del procedimiento de precurso, el legislador pone

a disposición del deudor la posibilidad de optar por utilizar la plataforma temporal de cuatro meses que le concede el precurso (art. 5 bis), para negociar con sus acreedores las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (*rectius*: convenio anticipado), que será admitido a trámite junto con la propia solicitud de declaración de concurso instada por el deudor (arts. 106 y ss. LC), y que será aprobada judicialmente en el seno del proceso concursal ya declarado (art. 109 LC). Por lo tanto, como podemos ver en este caso, el deudor que opte por utilizar el espacio temporal de cuatro meses que le otorga el precurso para negociar con sus acreedores la búsqueda de adhesiones a una *propuesta de convenio anticipado*, no evita el concurso tras la tramitación del precurso, sino todo lo contrario, pues, para que la *propuesta de convenio anticipada* sea admitida a trámite es necesario que el deudor, tras la tramitación del procedimiento de precurso, solicite la declaración judicial de concurso (arts. 106 y ss. LC), adjuntando dicha propuesta para que ésta sea admitida a trámite y, luego, sea aprobada judicialmente en el seno del concurso (art. 109 LC).

En virtud de la anterior posibilidad, en el actual procedimiento de precurso todavía sobrevive la posibilidad de entender que el mismo pudiera tuviera naturaleza esencialmente *preparatoria*. Es decir, que la tramitación del precurso fuera considerada como un *procedimiento preliminar*, distinto de los procedimientos preventivos, que sirviera para preparar un ulterior proceso principal (el proceso de declaración de concurso), al estilo de unas *diligencias preliminares* en el proceso civil (arts. 256 a 263 LEC). Así lo entendían algunos autores en los primeros años de rodaje del procedimiento de precurso, puesto que de la redacción inicial del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, se desprendía preveía que el precurso se solicitaba —únicamente— para conseguir las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (en ningún caso se hablaba de acuerdo de refinanciación), obligando al deudor a solicitar la declaración de concurso, hubiera conseguido las adhesiones o no (*ex antiquo* art. 5.3 *in fine* LC). Por lo tanto, según el tenor del precepto y la opinión de algunos autores, el

preconcurso, en sus inicios, parecía que se configuraba como un verdadero procedimiento preliminar de eminente función *preparatoria* del proceso principal posterior; con la presentación de la solicitud de concurso (ex *antiquo* art. 5.3) se concedía al deudor un aplazamiento de cuatro meses del deber de solicitud de concurso, para que durante ese espacio temporal el deudor negociara con su acreedores adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, *rectius*: convenio anticipado, que sería admitido a trámite como convenio anticipado junto a la solicitud de declaración de concurso necesario a instancia del deudor, y que posteriormente sería sometido a aprobación judicial en el seno del proceso concursal declarado (art. 106 y ss. LC).

A pesar de esta posibilidad, nosotros entendíamos, como hemos reconocido en el capítulo anterior, que el concurso, desde su nacimiento, se configuraba como un procedimiento preventivo *incompleto*, pues a pesar de que el tenor literal del artículo 5.3 de la Ley, no dirigía —expresamente— el procedimiento a la consecución de un acuerdo de refinanciación, éramos y somos partidarios de la tesis de la profesora PULGAR EZQUERRA, sosteniendo que el deudor podía, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art.1255 CC), intentar en paralelo a la búsqueda de adhesiones a la propuesta anticipada de convenio, la negociación de un acuerdo de refinanciación con sus acreedores, aprovechándose de la plataforma temporal protección que le brindaba la situación jurídica de concurso (arts. 5.3, 15.3, y 22.1 LC).

En nuestra opinión, con la primigenia redacción del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, el deudor que se encontraba en situación de concurso negociando la búsqueda de adhesiones a un propuesta anticipada de convenio y, además, se encontrara llevando a cabo de forma paralela la negociación de un acuerdo de refinanciación que le permitiera *remover* su situación de insolvencia, no tendría que solicitar la declaración de concurso tras la tramitación del concurso, como así obligaba el derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal.

Por esta razón sostenemos la idea de que el procedimiento regulado en el viejo artículo 5.3 era un procedimiento preventivo *incompleto*, pues faltaba que el legislador permitiera al deudor poder negociar durante la plataforma temporal de cuatro meses, un acuerdo de refinanciación de los de la Disposición Adicional cuarta, como así hizo posteriormente en las reformas concursales que se acometieron a partir del año 2011.

Es cierto que la posibilidad de optar, dentro del procedimiento de precurso, por negociar la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, sigue vigente en el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal, y que esta opción está operativa para cualquier deudor que pretenda dar tratamiento legal a su situación de insolvencia (actual o inminente) o de preinsolvencia, dentro del proceso concursal, pues, la propuesta de convenio anticipado, una vez que cuenta con el respaldo suficiente obtenido con las adhesiones de los acreedores, requiere, tras la tramitación del precurso, ser admitida a trámite junto a la solicitud de concurso y, posteriormente, aprobada judicialmente en el seno del proceso concursal (arts. 106 a 109 LC). Debemos reconocer que, en estos casos, la finalidad preventiva del precurso mutaría a la finalidad *preparatoria* o *instrumental* del ulterior proceso concursal que se declare; es decir, en este único caso, el precurso se convertiría en un procedimiento en función de un proceso principal posterior, con el que se *prepararía* el concurso, para entrar en el mismo con un convenio anticipado «bajo el brazo» que permitiera al deudor salir del mismo en un periodo de tiempo relativamente corto, con la aprobación judicial del convenio.

A pesar de lo anterior, en nuestra opinión, la prevalente finalidad preventiva del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), no debe verse desplazada por la finalidad esencialmente *preparatoria* o *instrumental* (funcionaría como un procedimiento *preliminar* o *preparatorio*) sostenida en los casos en los que el deudor optase por negociar la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, puesto que según el tenor de la norma, nada impide que el deudor solicite el precurso para negociar y formalizar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª LC) o, bien de

forma subsidiaria adhesiones a una propuesta de convenio anticipado (art. 106 y ss. LC). En estos casos la finalidad del procedimiento seguiría siendo preventiva *ab initio*, pues si consigue materializar un acuerdo de refinanciación que removiese o previniese su estado de insolvencia, evitaría el concurso de acreedores; pero en el caso de que el acuerdo de refinanciación no llegue a formalizarse, el deudor de forma subsidiaria, ha comunicado que durante la plataforma temporal de cuatro meses también intentaría buscar adhesiones suficientes que respalden la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado, que pueda ser aprobada judicialmente en el seno del concurso que se solicitara por el deudor, tras la tramitación del precurso (arts. 106 a 109 LC).

En conclusión, según el contenido del vigente artículo 5 bis, es posible que el deudor comunique al juez que durante el espacio temporal de cuatro meses que le concede la situación jurídica de precurso (art. 5 bis LC), va a llevar a cabo negociaciones con los acreedores para conseguir formalizar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª) y, además, también de forma subsidiaria —o, incluso, de forma paralela—, en caso de que nos prospere el acuerdo de refinanciación, negociar la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (art. 106 y ss. LC). Pero entendemos que, en este caso, la finalidad preventiva no se verá desplazada por la preparatoria (al comunicar al juzgado que también se están buscando adhesiones a una propuesta de convenio anticipado), incluso, aunque no se consiga materializar el acuerdo de refinanciación y, se deba instar, tras la tramitación del precurso, la solicitud de declaración de concurso, por no haber desaparecido la situación de insolvencia.

Entendemos que, la opción de comunicar al juzgado que, junto a la negociación de un acuerdo de refinanciación, también se negociarán adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (ex art. 5 bis 1), esta última opción pudiera actuar como última garantía para que el deudor evite la liquidación y su consiguiente desaparición del tráfico jurídico, sobre todo en el caso de que no se consiga formalizar el acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp.

Adicional 4^a), permitiéndole presentar (tras la tramitación del precurso) junto a la solicitud de concurso una propuesta de convenio anticipado con el respaldo de adhesiones de los acreedores (de cualquier clase) que alcancen la décima parte del pasivo (art. 106.1 LC), cuyo resultado podría coadyuvar a que la misma se aprobase posteriormente en el seno del proceso concursal, evitando con ello la solución de la liquidación (art. 109 LC).

Como podemos observar después de las anteriores explicaciones, es oportuno afirmar que a pesar de que la finalidad del precurso es prevalentemente preventiva, sobre todo en los casos en los que el deudor vaya utilizar el espacio temporal de cuatro meses para negociar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4^a) o, solicite el acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), ésta puede verse desplazada por la finalidad *preparatoria* o *instrumental* en el caso de que el deudor solamente opte por utilizar la plataforma temporal de cuatro meses para buscar o negociar adhesiones que respalden la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC). En este caso el precurso operaría como si de un *procedimiento preliminar* o *preparatorio* se tratara, pues, la obtención de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio durante la tramitación del precurso, estaría de alguna manera preparando el proceso concursal posterior (procedimiento judicial: el precurso opera en función de un proceso ulterior: el proceso de declaración de concurso), para que el deudor entrara y saliera del mismo en un tiempo relativamente corto, con un convenio aprobado judicialmente, que hubiera conseguido eliminar su situación de insolvencia. Por lo tanto, el deudor que se acoge a esta posibilidad dentro del precurso, no busca evitar el concurso, sino que lo que realmente busca es prepararlo para no verse abocado a la liquidación en el seno del concurso; el deudor que se acoge a esta posibilidad, va preparando el concurso al ir obteniendo las adhesiones suficientes que, tras la tramitación del precurso, respalden la admisión a trámite de un propuesta de convenio anticipada, que será presentada junto a la solicitud de concurso voluntario o, desde la declaración judicial del concurso necesario (art. 104.1 LC), para que ésta pueda

ser aprobada judicialmente en el seno del proceso concursal, consiguiendo que el concurso se ventile en un periodo de tiempo relativamente corto (art. 109 LC).

Por todo lo expuesto es lógico pensar que el deudor que en realidad pretenda evitar el concurso, utilice las dos alternativas conjuntamente, es decir, que comunique al juzgado (en la solicitud de precurso) que va a negociar un acuerdo de refinanciación o, unas adhesiones para una propuesta anticipada de convenio, para no perder la oportunidad de evitar el concurso a través de la suscripción de un convenio de refinanciación; esta doble negociación se puede llevar de forma paralela o, si se quiere de manera subsidiaria, en el caso de que la consecución del acuerdo de refinanciación fracase, es indiferente.

4. El concepto de precurso

Una vez que hemos ido culminando los objetivos intermedios que nos han permitido aproximarnos a la verdadera naturaleza y a la finalidad de la figura del precurso (art. 5 bis), llegamos, por fin, a nuestro objetivo principal que no es otro que el de conseguir ofrecer un concepto completo que define de forma efectiva la figura del precurso (ex art. 5 bis C).

Como es sabido la figura del precurso, desde su nacimiento en el año 2009, ha sufrido durante su vigencia numerosas reformas que no han hecho sino consolidar o configurar un verdadero instituto de prevención del concurso de acreedores. Por lo tanto, desde el año 2009 nuestro sistema concursal cuenta con un nuevo procedimiento que permite a los deudores dar tratamiento (no jurisdiccional) a su estado de insolvencia –actual o inminente– o, de preinsolvencia de manera alternativa al concurso de acreedores, es decir, al margen del proceso de declaración judicial de concurso (de naturaleza jurisdiccional).

Después de observar los datos que arrojan las estadísticas de la práctica forense actual, podemos seguir afirmando, sin temor a equivocarnos que el proceso concursal sigue siendo antieconómico; el concurso de acreedores sigue siendo un proceso jurisdiccional ineficaz e ineficiente a la hora de ofrecer una

solución a los deudores insolventes, puesto que el 95 por ciento de los concursos declarados judicialmente terminan en liquidaciones «ruinosas», con la consecuente desaparición de la empresa y con la insatisfacción de los acreedores ordinarios. Por lo tanto, el proceso de declaración de concurso, como en cualquier otro proceso jurisdiccional, se siguen dando resultados a veces difícilmente predecibles, tanto para el deudor como para los acreedores, y, es por ello, por lo que aflora cierto temor de los deudores/acreedores al mismo, verse sometido a la situación jurídica de concurso, no es deseado por los empresarios y deudores, debido, sobre todo, a las consecuencias negativas que muchas veces se dan en dicho estado (los proveedores dejan de suministrar, los bancos dejan de inyectar liquidez, produciéndose problemas también con los contratos del sector público).

Debido a que el concurso de acreedores no conseguía cumplir con las funciones que inicialmente se le asignaban, el legislador se vio obligado a buscar instrumentos más eficaces que ofrecieran solución a las situaciones de insolvencia (actual o inminente) o de preinsolvencia al margen del proceso concursal, que permitiera a los deudores satisfacer a todos los acreedores y mantenerse en el tráfico jurídico, al haber reestructurado su pasivo. El proceso concursal de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, demostró en la práctica forense que no era un instrumento capaz de ofrecer un tratamiento eficaz a los deudores insolventes y, mucho menos, insolventes.

Siguiendo en esta línea, en nuestra opinión el legislador de la reforma de 2009 vino a introducir lo que nosotros entendemos como el único instituto preconcursal vigente en nuestro Ordenamiento: «El precurso» (*ex antiquo* art. 5.3 LC). Decimos lo anterior porque entendemos que el deudor cuenta con el procedimiento de precurso para dar tratamiento preventivo a su estado de insolvencia de forma alternativa (o al margen) del proceso concursal. Lo que venimos a defender en la idea anterior es que todo deudor para prevenir el concurso (cuya tramitación no consigue los fines asignados al mismo y sigue ofreciendo resultados insatisfactorios), de forma alternativa al concurso puede solicitar el precurso (art. 5 bis) para dar tratamiento a su estado de

insolvencia (actual o inminente) o de preinsolvencia, es decir, para remover su estado de insolvencia o, para prevenir la misma porque todavía no se haya consolidado.

En puridad, el precurso es el procedimiento de jurisdicción voluntaria a través de cual el deudor puede hacer valer, con ciertas garantías, los negocios jurídicos extrajudiciales que pueden prevenir o remover la insolvencia y, por tanto, evitan (de forma alternativa) la entrada al proceso concursal. Por otro lado, como ya hemos sostenido, el precurso es un procedimiento judicial cuya naturaleza descansa en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, y es el procedimiento que sirve al deudor para hacer valer su *derecho potestativo al cambio jurídico*, es decir, nos encontramos ante una potestad o facultad del deudor (beneficio exclusivo) que, cuando lo ejercita, se sitúa –sin que nadie pueda impedirlo– en una nueva situación jurídica: «la de precurso», que le brinda una plataforma (o espacio) temporal de cuatro meses para que el deudor pueda llevar a cabo con garantías la negociación o formalización de los negocios jurídicos que el artículo 5 bis 1 de la Ley, le pone a disposición, verbi gratia: acuerdos de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), o, Acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 y ss. LC).

Finalmente, antes de concretar un concepto de precurso, es necesario diferenciar y delimitar entre lo que es verdaderamente un instituto preconcursal de lo que son los negocios jurídicos preconcursales que se llevan a cabo en el seno del procedimiento de precurso (art. 5 bis 1). En nuestra opinión, el único instituto preconcursal vigente en nuestra Ley Concursal es el procedimiento de precurso (art. 5 bis), pues se configura como un procedimiento judicial a través del cual el deudor puede llevar a cabo la realización de los negocios jurídicos que la norma le pone a disposición – acuerdos de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), o los acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 y ss.)– cuya formalización le permite evitar la carga de instar la solicitud de declaración de concurso, al haber removido o eliminado su situación de insolvencia.

Es cierto que la doctrina se ha manifestado de muy diversa forma a la hora de calificar al precurso (ex art. 5 bis); asimismo, por poner un ejemplo: algunos autores lo han denominado fase precursoal, otras han insinuado que más bien podría tratarse de un procedimiento de mediación; no faltan voces que se han ocupado de sostener que dicha figura era lo más parecido a unas diligencias preliminares, e, incluso, existen autores que entienden que el precurso (ex art. 5 bis) es un mera comunicación al juzgado que produce efectos, de hecho, así es como la ley titula al vigente artículo 5 bis de la Ley Concursoal: «Comunicación de negociaciones y efectos». A pesar de todos los esfuerzos realizados, nos mostramos contrarios a aceptar todas estas definiciones dadas por la doctrina, pues, como hemos defendido a lo largo del presente trabajo, entendemos que el precurso (ex art. 5 bis LC) es un procedimiento judicial¹⁵⁷⁸, porque en sus disposiciones se desprenden elementos que nos hacen pensar que reflejan un procedimiento que se dirige y se desarrolla ante un Órgano jurisdiccional que emitirá una resolución judicial (el decreto del Letrado de la Administración de Justicia)

Tras todas las cuestiones apuntadas, proponemos el siguiente concepto para definir el precurso; denominamos precurso al procedimiento de jurisdicción voluntaria (judicial), preventivo y/o alternativo al proceso concursoal, que permite al deudor insolvente o pre-insolvente solicitar del Órgano jurisdiccional competente que le sitúe en una nueva situación jurídica: «la de precurso», en la que contará con un espacio o plataforma temporal de cuatro meses (3+1), para poder llevar a cabo, con ciertas garantías, los actos o negocios jurídicos que la propia norma le pone a disposición, cuya formalización (o suscripción) puede evitar que el deudor tenga la carga de instar la declaración de concurso, al eliminar o prevenir su estado de insolvencia. El decreto que dicta el Letrado de la Administración de Justicia, sitúa al deudor en la situación jurídica de precurso y, además, deja

¹⁵⁷⁸ Así lo denomina también GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 84., que lo denomina como: «procedimiento para la comunicación del inicio de negociaciones».

constancia y acredita oficialmente de que dicho deudor está negociando con sus acreedores para llevar a cabo o, formalizar uno de los negocios jurídicos que le pone a disposición el artículo 5 bis 1 de la Ley, dotando a dicha negociación de un mínimo de *seguridad jurídica*¹⁵⁷⁹.

En puridad, el deudor al ejercitar su *potestad* o *facultad* (beneficio exclusivo) de solicitar el precurso (ex art. 5 bis), solicita al Letrado de la Administración de Justicia que, tras la constatación o verificación de los hechos, cree las «condiciones jurídicas idóneas» para que el deudor solicitante pueda situarse en la situación jurídica de precurso que le permitirá, durante un espacio temporal de cuatro meses, llevar a cabo su derecho a negociar con los acreedores para alcanzar: i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC) o, iii) las adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 LC). Cuando hablamos de que el letrado de la Administración de Justicia crea con su decreto las «condiciones jurídicas idóneas», significa que desde el mismo momento en que dicta su decreto, el deudor solicitante se sitúa en la situación jurídica de precurso, en la que el deudor cuenta con cuatro meses (3+1) para llevar a cabo las negociaciones con los acreedores con los que pueda formalizar un convenio de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o negociar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

El hecho de que el deudor negocie los anteriores negocios jurídicos en el seno del precurso es una cuestión nuclear, pues, se configura como una «garantía» para que el deudor logre finalmente materializar dichas negociaciones formalizando cualquiera de los negocios jurídicos que le pone a disposición la norma (ex art. 5 bis 1). Decimos lo anterior porque desde que solicita el precurso, se producen unos efectos de protección que benefician enormemente al deudor que busca una negociación con sus acreedores sin ningún tipo de presión durante el espacio temporal de cuatro meses (3+1). En este sentido es importante enumerar los *efectos de protección* a las negociaciones

¹⁵⁷⁹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 84.

llevadas a cabo por el deudor en situación jurídica de precurso frente a sus acreedores, son los siguientes: i) se aplaza el deber de solicitud el concurso del deudor (art. 5.1), por un plazo de cuatro meses (3+1); ii) desde la solicitud de precurso y hasta que no pasen tres meses desde su presentación, no se admitirá a trámite ninguna solicitud de concurso necesario a instancias de legitimados distinto del deudor (art. 15.3 LC); y, iii) desde presentación de la solicitud de precurso no se podrá iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, las ejecuciones sobre dichos bienes que se encuentren en tramitación se suspenderán por el juez que estuviera conociendo de las mismas con la presentación del decreto del Letrado de la Administración de Justicia (art. 5 bis 4 LC).

Tampoco se podrán iniciar o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones judiciales o extrajudiciales que recaigan sobre otros bienes o derechos, instadas por acreedores de pasivos financieros (a los que se refiere la Disp. Adicional 4^a) siempre que se acredite que al menos un porcentaje del al menos un 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar ni continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia (art. 5 bis 4 LC).

En definitiva, observamos que el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) otorga al deudor unos efectos de protección (los anteriormente desarrollados) que, al menos, garantizan que el deudor pueda llevar a cabo las negociaciones con sus acreedores sin presiones de ningún tipo, por lo tanto, el deudor cuenta con cuatro meses para alcanzar con sus acreedores: i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4^a); ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC); o, iii) adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC). Se trata de dotar a dichas negociaciones de un

entorno o contexto de tranquilidad que ofrezca beneficios a todos los intervinientes¹⁵⁸⁰.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar, con todo rigor, que nos encontramos ante un verdadero procedimiento *preventivo* del concurso (ya sea necesario como voluntario), ya que si el deudor consigue formalizar con sus acreedores un acuerdo de refinanciación (ex art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª) o de un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), en el seno de lo que nosotros denominamos procedimiento de precurso (art. 5 bis), podrá refinanciar o reestructurar su deuda, removiendo o previniendo su estado de insolvencia y, por ende, evitando el concurso de acreedores.

¹⁵⁸⁰ En este sentido se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del artículo 5 bis...», op. cit., p. 84.

Capítulo 3º: El procedimiento judicial de concurso

1. El objeto del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC)

Cuando los procesalistas nos referimos al objeto del proceso nos estamos refiriendo a la *pretensión procesal* que deduce el actor a la hora de ejercitar la acción judicial que pone en marcha un proceso jurisdiccional¹⁵⁸¹; en este sentido, es posible identificar el *objeto* del proceso con la *pretensión procesal* que deduce el actor en todo proceso, es decir, se trata de la petición que se dirige a un Órgano jurisdiccional frente a otra persona sobre la que Órgano Jurisdiccional debe pronunciarse (art. 1.7 CC¹⁵⁸²). El objeto del proceso es aquello de lo que versa el mismo (lo que le diferencia y distingue de otros procesos posibles) y, sobre lo que tiene que pronunciarse el Órgano Jurisdiccional. Como ya hemos defendido, el concurso no es un proceso, sino que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (judicial), pues, como es obvio, no hay enjuiciamiento ni actividad jurisdiccional alguna en su tramitación, es decir, no se aplica ni se declara el derecho, en todo caso se completan normas jurídicas (el ordenamiento jurídico) para hacer factible el ejercicio de potestades o facultades reconocidas por la Ley¹⁵⁸³. Desde un punto de vista general y siguiendo la tesis de PICÓ I JUNOY¹⁵⁸⁴, entendemos que, a pesar de estar en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, es posible y necesario (en muchas ocasiones) poder utilizar la terminología procesal utilizada para el proceso (jurisdiccional) en los procedimientos voluntarios, por eso, a

¹⁵⁸¹ Vid. por todos a GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, 1968, 3ª edición, tomo I, p. 211; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II*, ed. Tirant Lo Blach, 23ª edición, Valencia, 2015, p. 152.

¹⁵⁸² Cláusula de cierre del sistema judicial, «*Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido*».

¹⁵⁸³ Lo explica muy dogmáticamente CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 199.

¹⁵⁸⁴ PICÓ I JUNOY, J., «El Notario y la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria», en *La Notaria*, n.º 3, 2015, pp. 19-22.

continuación nos referiremos al *objeto* del procedimiento de precurso (art. 5 bis LC).

Como sostiene GASCÓN INCHAUSTI el objeto del procedimiento de precurso es la *comunicación del inicio o de la existencia de negociaciones* encaminadas a la consecución de uno de los negocios jurídicos que el artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal pone a disposición del deudor¹⁵⁸⁵. El objeto es la comunicación formal al Órgano jurisdiccional de que el deudor ha iniciado las negociaciones pertinentes para la consecución de alguno de los negocios jurídicos que permite el artículo 5 bis 1 de la Ley. Por lo tanto, como podemos ver, el objeto del precurso refuerza la tesis de que el deudor debe acreditar, de algún modo, que ha iniciado dichas negociaciones (sobre la cuestión volveremos más adelante en el epígrafe del control de legalidad de los presupuestos del precurso). En este sentido somos partidarios de entender que las negociaciones llevadas a cabo por el deudor deben ser ciertas – existir – ; es decir, deben haberse iniciado¹⁵⁸⁶, puesto que si estas no se hubieran producido, se estaría dando cobertura de protección a un deudor que no cumple con uno de los principales presupuestos que exige el precepto (art. 5 bis 1); no sería coherente que el deudor pudiera situarse en la *situación jurídica de precurso* sin la concurrencia del presupuesto principal para el otorgamiento de los efectos de protección que se desencadenan con la presentación de la solicitud de precurso (art. 5 bis). En este sentido entendemos que es tan importante que se cumpla dicho presupuesto que, de no darse, la solicitud de precurso debía archivarse, pues, tal y como apunta la doctrina, el hecho de que el objeto del precurso sea la comunicación al Órgano jurisdiccional del inicio (o de la existencia) de las negociaciones con los acreedores, no debe ser

¹⁵⁸⁵ Como ya hemos apuntado el artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal dispone que el deudor en situación o estado de precurso podía llevar a cabo en el marco del mismo, las negociaciones para formalizar los siguientes negocios jurídicos: i) acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y ss LC) o, iii) adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC).

¹⁵⁸⁶ El tenor literal de artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal prevé que: «El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso *que ha iniciado negociaciones para alcanzar...*»; el precepto dice: *que ha iniciado negociaciones para alcanzar...*, por lo tanto, se entiende que dichas negociaciones existen y, por ende, están iniciadas.

admisible que el deudor pueda obtener la protección que se desencadena con la solicitud de precurso, con unas negociaciones ficticias o inventadas¹⁵⁸⁷. En nuestra opinión, al entenderse que el procedimiento de precurso es una *potestad* o *facultad* exclusiva del deudor, cuyo ejercicio le permite situarse en la *situación jurídica de precurso* beneficiándose de los efectos de protección que se desencadenan con la mera presentación de la solicitud, no es posible permitir que un deudor quede cobijado bajo la *situación jurídica de precurso* sólo por el hecho de presentar la solicitud *aduciendo* unas negociaciones inventadas o ficticias (en puridad: no existentes y, sin ninguna intención de iniciarlas, siquiera).

Por otro lado, el artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal establece que: «El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos, por el notario o por el registrador mercantil en los términos que reglamentariamente se determinen».

Por lo tanto, el decreto dictado por el Letrado de la Administración de Justicia por el que se tienen por presentada la solicitud de precurso dejando constancia de la existencia de las negociaciones del deudor con sus acreedores es publicado *ex officio* en el Registro Público Concursal, salvo que el deudor opte por solicitar –en su solicitud de precurso (art. 5 bis 3 II LC)– el carácter *reservado* de la comunicación de negociaciones, para que la misma no sea publicada en el Registro Público Concursal (mientras que se está negociando). Como ya se ha planteado por la doctrina la petición del carácter *reservado* de la solicitud de precurso también puede formar parte del objeto del procedimiento de precurso.

Por todo lo descrito, hemos de decir que el objeto del procedimiento consiste no sólo en: i) la comunicación formal al juzgado de la existencia o el inicio de las

¹⁵⁸⁷ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas cuestiones procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 84.

negociaciones del deudor con sus acreedores; y ii) la petición del carácter reservado de la comunicación de inicio de negociaciones al juzgado, sino que, también, a nuestro juicio, existe otra tercera petición que debe integrar el objeto del procedimiento (ex art. 5 bis); se trata de la exigencia que recae sobre el deudor de indicar en su solicitud cuáles son las ejecuciones judiciales y extrajudiciales que se siguen contra su patrimonio, y, cuáles de ellas que recaen sobre bienes y derechos que sean considerados necesarios para la continuidad profesional o empresarial del deudor, a los efectos de que no se puedan iniciar o, en su caso, se suspendan las ejecuciones judiciales o extrajudiciales seguidas contra el patrimonio del deudor (art. 5 bis 4).

Es cierto que la prohibición de iniciación y la suspensión de las ejecuciones que recaigan sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad profesional o empresarial del deudor, es considerado un efecto quasi-reflejo que se desencadena con la mera presentación de la solicitud del concurso, como así lo dispone el artículo 5 bis 4: «Desde la presentación de la comunicación, no podrá iniciarse ejecuciones judiciales y extrajudiciales...»; pero, si observamos el siguiente apartado, observamos que el deudor *debe indicar* en la solicitud de concurso todas las ejecuciones que se siguen contra su patrimonio, y, además, debe remarcar cuál de ellas recae sobre bienes y derechos que considere necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial (art. 5 bis 4 II LC); este deber de indicar en la solicitud las ejecuciones que se siguen frente al deudor, hace pensar que el legislador buscaba que el propio deudor especificara en la solicitud de concurso la relación de todas y cada una de ellas para que la relación de las mismas quede constatada y reflejada en el propio decreto que dictará posteriormente el Letrado de la Administración de Justicia en el que se deja constancia de la comunicación del inicio de negociaciones (ya que es el decreto la resolución que se presenta ante el Órgano jurisdiccional que está conociendo de la ejecución que se pretende suspender). En este sentido debemos decir que si el deudor debe especificar la relación de ejecuciones que se siguen frente a su patrimonio para que éstas queden constatada (reflejadas) en el decreto del Letrado de la

Administración de Justicia, cabría plantearse si la indicación de esta relación de ejecuciones que se siguen frente al patrimonio del deudor podría formar parte del objeto del concurso; en el mismo sentido, también ocurre algo parecido cuando se trate de ejecuciones *singulares* judiciales o extrajudiciales promovidas por acreedores de pasivos financieros que recaigan sobre otros bienes o derechos (distintos a los necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial), pues en este caso no se podrá incoar las mismas o quedarán suspendidas siempre que, el deudor acredite que al menos un porcentaje del 51 por ciento de los acreedores que representen a los pasivos financieros hayan apoyado expresamente el inicio de negociaciones encaminadas a llevar a cabo un acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia (art. 5 bis 4 IV).

Según la redacción de la norma (art. 5 bis 4 IV) parece deducirse que el deudor que quiera impedir que inicien las ejecuciones singulares instadas por acreedores de pasivos financieros o, en su caso, queden éstas suspendidas, deberá acreditar documentalmente en su solicitud de concurso que existe un porcentaje de al menos un 51 por ciento de pasivos financieros hayan apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción de un convenio de refinanciación. Por ello, al tener que acreditar expresamente (en la solicitud de concurso) que al menos un 51 por ciento de los pasivos financieros apoyan el inicio de negociaciones para alcanzar un convenio de refinanciación, y que dicho hecho quede constatado en el decreto del Letrado de la Administración de Justicia (art. 5 bis 4 IV), para que esta resolución se pueda presentar en el juzgado que esté conociendo de la misma, entendemos que esta petición también pueda formar parte del objeto del procedimiento de concurso.

2. Elementos subjetivos del procedimiento

2.1. El órgano judicial

2.1.1. Competencia en el procedimiento concurso

A la hora de presentar la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 1), habrá que analizar cuál será el tribunal competente para conocer de la misma; el artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal dispone, de forma general: «*El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar...*»; este primer inciso nos remite automáticamente a las reglas de competencia aplicables al proceso concursal, reguladas en los artículos 8 al 11 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, que será de plena aplicación en a la hora de fijar la competencia en el procedimiento de precurso (art. 5 bis LC).

2.1.1.1. Competencia objetiva

La competencia objetiva para conocer del procedimiento de precurso se atribuye de forma genérica al juzgado o tribunal competente para la declaración judicial de concurso del deudor solicitante (ex art. 5 bis 1 LC). Por todo ello, y a pesar de que el procedimiento de precurso no pone en marcha ningún proceso, debemos acudir –por remisión del artículo 5 bis de la Ley– a los artículos 8. I de la Ley Concursal y 86 ter 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. El artículo 8. I de la Ley Concursal atribuye la competencia objetiva *ratione materiae* para declarar judicialmente el concurso a los jueces de lo mercantil; en el mismo sentido se pronuncia el art. 86 ter 1 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, que dispone que «*Los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6*»¹⁵⁸⁸. Por lo tanto, serán competentes para conocer del precurso los jueces de lo mercantil (art. 8.I LC y 86 ter 1 LOPJ); dichas normas operan a la hora de fijar la competencia objetiva en el procedimiento de precurso por remisión del mismo artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal y,

¹⁵⁸⁸ Por otro lado está el artículo 86 ter 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, regula la competencia objetiva del por razón de la materia de los juzgado de lo mercantil con respecto de materias añadidas a la concursal. Sobre la Jurisdicción y competencia en el concurso véase *in extenso* GONZÁLEZ GRANDA, P., «Jurisdicción y competencia en materia concursal», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), en AA. VV., *Tratado de Derecho Mercantil. Derecho Procesal Concursal*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 65.

hacen referencia a la competencia objetiva por *razón de la materia* del juez de lo mercantil como juez que declara el concurso¹⁵⁸⁹. Como se puede observar, la competencia objetiva del precurso viene determinada (por remisión del art. 5 bis 1 LC) por las propias reglas de competencia aplicables al proceso concursal (art. 8 I LC y 86 ter 1 LOPJ).

A pesar de las normas anteriormente mencionadas, no podemos olvidar, a la hora de fijar la competencia objetiva del procedimiento de precurso (art. 5 bis), el contenido del artículo 85.6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el del artículo 45.2. b de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (ambas reformas introducidas por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio¹⁵⁹⁰), que operan o tienen verdadera incidencia en el ámbito de los acuerdos extrajudiciales de pagos (ex art. 231 y ss. LC)¹⁵⁹¹. Debemos remarcar que para conocer de la declaración judicial de concurso de los deudores personas naturales —que no sean empresarios—, serán competentes los juzgados de primera instancia en los términos previstos en su Ley reguladora (arts. 85.6 LOPJ y art. 45.2.b LEC).

2.1.1.2. Competencia territorial

En cuanto a la fijación de la competencia territorial en el procedimiento de precurso, el propio artículo 5 bis 1 también guarda silencio sobre la misma, pero, para el caso de que ya hubiéramos fijado la competencia objetiva a favor de los juzgados de lo mercantil competentes para conocer de su declaración de concurso (art. 8 LC y art. 86 ter 1 de la LOPJ), debemos completar con el propio artículo 10 de la Ley Concursal, que establece que la competencia para declarar y tramitar el concurso le corresponde al juez de lo

¹⁵⁸⁹ GONZÁLEZ GRANDA, P., «Jurisdicción y competencia...», p. 65.

¹⁵⁹⁰ Vid. La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (BOE n.º 174, de 22 de julio).

¹⁵⁹¹ Dentro del ámbito subjetivo de los acuerdos extrajudiciales de pagos están los deudores personas naturales (no empresarios), las personas naturales empresarios y determinadas personas jurídica que cumplan determinadas condiciones y requisitos: i) que se encuentren en estado de insolvencia; ii) que dicho concurso no revista especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de la Ley Concursal; iii) Que dispongan de bienes y derechos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo (arts. 231.2º y 4º LC).

mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el «centro de sus intereses principales» (art. 10.1). Además, dicho precepto también define el centro de intereses principales: como aquel *lugar donde el deudor ejerce de forma habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses* (art. 10.1 I LC).

Si el deudor tuviera su domicilio en España y éste no coincidiera con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección de acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquel (art. 10.1 in fine LC). Como bien apuntaban los profesores VIRGÓS SORIANO Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, la anterior regla (art. 10.1 *in fine* LC) no es una norma de competencia judicial internacional (Derecho internacional privado), sino que más bien se trata de una regla de competencia territorial interna, de hecho como sostienen dichos autores, la 22/2003, de 9 de julio, Concursal, integró el mismo esquema del Reglamento Comunitario de insolvencia del año 2000, introduciendo en su artículo 10.1 I, la misma definición del *Centre Of main interests*: (COMI)¹⁵⁹² que se recogía en el Considerando n.º 13 del Reglamento Comunitario de insolvencia¹⁵⁹³. Además, la definición del «centro de los intereses principales del deudor» aceptada y acogida, en su día, por del Reglamento (UE) 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de

¹⁵⁹² Sobre la importancia y la seguridad jurídica que otorgaría años más tarde la definición del «centro de los principales intereses del deudor», véase a VIRGÓS SORIANO, M., «The 1995 European Community Convention on Insolvency proceeding: an Insider`s View» *Forum Internationale*, n.º 25, march 1998, Wolters Kluwer, p. 13; en el año 1998 dicho autor venía denunciando que el Reglamento 1346/2000 en sus inicios, no contaba con un definición o noción del «centro de intereses principales del deudor», sosteniendo que ello, dotaría de mayor seguridad jurídica al procedimiento principal de insolvencia.

¹⁵⁹³ Vid. Considerando n.º 13 del Reglamento UE 2000/1346, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, *sobre procedimientos de insolvencia*, (DO I 160 de 30 junio de 2000, p.1). El anterior Reglamento quedará derogado con la entrada en vigor del nuevo Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, *sobre procedimientos de insolvencia* (texto refundido). La entrara en vigor se prevé para el 26 de junio de 2017, con excepción del artículo 86 (aplicable a partir del 26 de junio de 2016); el artículo 24.1 (aplicable a partir del 26 de junio de 2015); artículo 25 (aplicable a partir del 26 de junio de 2016), véase artículo 92 del Reglamento 2015/848 del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015

insolvencia cuyo criterio estaba basada en la *sede real de la empresa*, criterio que también adopta el Derecho de sociedades alemán¹⁵⁹⁴.

En la actualidad, como es sabido, el nuevo Reglamento UE 2015/848 del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 20 de mayo de 2015, que derogará al Reglamento UE 2000/1346, del Consejo de 29 de mayo, sobre *procedimientos de insolvencia*, cuando entre en vigor el próximo 27 de junio del 2017, también define el COMI en su artículo 3.1 de manera idéntica¹⁵⁹⁵ a la que ya establecía el Considerando n.º 13 del viejo Reglamento Europeo de Insolvencia.

Por tanto, no queda lugar a duda de que para conocer del procedimiento de concurso será competente el juez de lo mercantil competente para la declaración judicial de concurso (arts. 5 bis, 8 al 11LC y 85.6 LOPJ) del lugar donde el deudor tenga su domicilio social (art. 10.1 LC), pues, como así dispone la norma cuando el deudor es una persona jurídica se presume que su centro de intereses principales se halla en el lugar del domicilio social (art. 10.1.II. LC).

2.1.1.3. ¿Es competente funcionalmente el órgano jurisdiccional que ha conocido del concurso para conocer del concurso posterior instado por el deudor que todavía sigue siendo insolvente (ex art. 5 bis 5 LC)?

Otra de las cuestiones que puede plantear interés en el ámbito de la competencia en el procedimiento de concurso (art. 5 bis), para el deudor solicitante del concurso y, posteriormente, del concurso, que podría estar buscando la de saber qué ocurre cuando tras la tramitación del concurso, el deudor que sigue siendo insolvente tiene la carga procesal de instar la solicitud de declaración concurso (art. 5 bis 5 LC). ¿Ante qué juzgado debe instar la solicitud de declaración de concurso?; ¿es competente para conocer funcionalmente de la solicitud de declaración de concurso el mismo juez que ha

¹⁵⁹⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «El reglamento de insolvencia: una aproximación general», en AA. VV., *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El convenio de Bruselas, Escuela judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, p. 262.

¹⁵⁹⁵ Vid. artículo 3.1 *in fine* del Nuevo Reglamento sobre procedimientos de insolvencia (UE) 2015/848, de 20 de mayo de 2015, Del Parlamento Europeo y del Consejo: «(...)El centro de intereses principales será el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros por terceros la administración de sus intereses»

conocido del precurso (ex art. 5 bis 1 LC?; la respuesta a las anteriores cuestiones que planteamos tiene dos soluciones jurídicas distintas, dependiendo, sobre todo, de las normas de reparto (arts. 68 a 70 LEC) y del partido judicial en el que presentemos la solicitud de precurso (habrá que analizarlo caso por caso¹⁵⁹⁶), pues, en la propia Ley Concursal tampoco existe norma que fuerce la *competencia funcional* para que el mismo juzgado que ha conocido del procedimiento de precurso conozca también del concurso posterior, tras las tramitación del anterior (ex art. 5 bis 5 LC).

En el partido judicial de Madrid, hasta el 1 de noviembre del año (2012), estuvo en vigor una norma de reparto que otorgaba *prioridad* al juzgado antecedente, es decir, que era competente para conocer del concurso posterior el juzgado que previamente había conocido del precurso (ex art. 5 bis). Pero dicha norma de reparto fue modificada en el año 2012, porque su vigencia podía pervertir otras normas de reparto también aprobadas (como por ejemplo: las que establecían turnos de repartos distintos en función del pasivo que presentaba el concurso solicitado¹⁵⁹⁷). La junta sectorial de los jueces de lo mercantil decidió, por tanto, modificar dicha norma el 29 de octubre de 2012, con efectos del 1 noviembre de 2012¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., p. 880, y (nota al pie de página n.º 812).

¹⁵⁹⁷ Como explica el Magistrado especialista CGPJ en asuntos propios de lo Mercantil Carlos NIETO DELGADO, a principios del año 2012, en la práctica se había venido dando que: «una sucesión numerosa de concursos de importante cuantía de pasivo, se había repartido a un mismo juzgado de Madrid. En palabras del Magistrado, parecía aconsejable explicar que esa norma en ningún caso pretendía buscar una distorsión de la competencia del juez natural predeterminado por la Ley, pues la situación había venido provocada porque numerosos concursos que han venido precedidos por la tramitación del precurso (ex art. 5 bis LC), al no hacerse diferenciación de cuantía alguna, vinieron a recaer a una mismo juzgado. Por lo tanto, al no establecerse para estas últimas solicitudes de precurso distintas clases de reparto en función del montante del pasivo (detalle que de hecho no tiene por qué aparecer en la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC), las solicitudes de concurso posteriormente fueron repartidas todos al mismo juzgado en que se habían tramitado las solicitudes precurso previas. Véase en NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal: algunos aspectos problemáticos», en MARTÍN MOLINA (dir.), en AA. VV., *La aplicación práctica de la nueva ley Concursal tras un año de vida: el análisis de los especialistas*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 25 y 26.

¹⁵⁹⁸ Vid. NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis...», op. cit, p. 25.

A partir de la fecha anterior, los concursos precedidos de una solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC), ya no eran conocidos por el mismo juzgado donde se había tramitado el precurso, sino que eran turnados al juzgado que correspondiera en función de la *cuantía del pasivo* que presentara dicho concurso, siendo ésta la norma de reparto vigente en el partido judicial de Madrid a la hora de turnar las solicitudes de concurso que han sido precedidas por la tramitación del precurso (ex art. 5 bis LC).

En aquellas fechas, en las que el *Registro Público Concursal* aún no estaba en funcionamiento, resultaba más problemático controlar si había un blindaje frente a una solicitud de concurso necesario que impedía su admisión a trámite por estar tramitándose una comunicación de precurso (ex art. 5 bis LC); con el anterior sistema de reparto (el juez que conocía del precurso también conocía del concurso posterior), cabía esperar que la inadmisión de dicha solicitud fuera *automática* si el plazo o moratoria temporal concedida por el procedimiento de precurso se hallaba en vigor (art. 15.3 LC); posteriormente con la nueva norma de reparto vigente en el partido judicial de Madrid (desde el 1 de noviembre de 2012), ante la falta de interconexión informática existente en aquella época entre los distintos juzgados (tampoco estaba operativo el Registro Público Concursal), había que esperar a que el deudor se opusiera aduciendo que tenía presentada una solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC) en otro juzgado y, que por tanto, no procedía la admisión a trámite de dicha solicitud de concurso necesario (art. 15.3 LC)¹⁵⁹⁹.

Por eso, como apuntaba NIETO DELGADO, para resolver dicha situación, era necesario que cuando empezara a funcionar el Registro Público Concursal, la solicitud de precurso también habría que dotarla de cierta

¹⁵⁹⁹ Como apunta Carlos NIETO DELGADO, también se plantearon problemas parecidos en el que la doctrina ha venido denominado como: *concurso automático* (art. 15.1 LC); en el caso de que la solicitud de concurso (necesario) hubiera sido instada por un acreedor fundándola en un embargo o investigación de patrimonio infructuoso o que hubiera dado lugar a una declaración de insolvencia administrativa o judicial (en la jurisdicción civil o en la social), el juez declarará judicialmente el concurso el primer día hábil siguiente (art. 15.1). En estos casos, al no existir en aquella época el funcionamiento del Registro Público Concursal, el deudor se enteraba de que había sido declarado judicialmente en concurso (necesario) a través del Boletín Oficial del Estado. Vid. NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis...», op. cit, p. 25.

publicidad, a la que tuvieran acceso todos los juzgados y tribunales, lo que serviría a detectar problemas, incluso, más graves como el hecho de que, por ejemplo, se hubieran presentado la solicitud de concurso y, la solicitud de declaración de concurso en diversos partidos judiciales, debido a una interpretación divergente de las normas que regulan la competencia territorial internacional (art. 10 LC)¹⁶⁰⁰.

Posteriormente el legislador tomó consciencia de estas situaciones problemáticas y, una vez que se puso en marcha el Registro Público Concursal¹⁶⁰¹, introdujo una nueva redacción del apartado 3º del artículo 5 bis mediante la promulgación del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo¹⁶⁰², que disponía que: *«El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen»*.

En la actualidad, ocurre algo parecido con los acuerdos extrajudiciales de pago y el concurso consecutivo, la norma de reparto acordada en la junta sectorial de los Jueces de lo Mercantil del partido judicial de Madrid sigue estando vigente desde el 1 de noviembre de 2012, y por tanto, como apunta la profesora PULGAR EZQUERRA, las solicitudes de concurso para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 5 bis 1), no predeterminan la competencia territorial para la declaración de concurso consecutivo, momento en el cual el juez debe controlar su competencia territorial¹⁶⁰³. Finalmente, decir que esta cuestión deberá ser analizada caso por caso en cada partido judicial

¹⁶⁰⁰ NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis...», op. cit, p. 25.

¹⁶⁰¹ Que se puso en funcionamiento con la l Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.

¹⁶⁰² Vid. Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE n.º 58, de 8 de marzo de 2014.

¹⁶⁰³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., p. 880, y (nota al pie de página n.º 812).

atendiendo a las normas de reparto que en su caso estén vigentes, pues, como es sabido, en cada partido judicial existen diferentes normas de reparto judiciales.

Por ejemplo, a título ilustrativo y, en contraste, con las normas de reparto de Madrid, se pueden observar las normas de reparto fijadas por la junta sectorial de los jueces de lo Mercantil de Oviedo, que entienden que el artículo 5 bis de la Ley Concursal fija la competencia para conocer del concurso subsiguiente, si este se presenta en plazo¹⁶⁰⁴, es decir, que el juez que conoce del precurso conoce también del concurso subsiguiente si éste se presentara en plazo; si no se presentara en plazo, una vez que se haya archivado el precurso, el decanato al recibir la solicitud de concurso extemporánea, la devolvía al juzgado que había conocido del precurso de dicho deudor¹⁶⁰⁵. También destacan las normas de reparto acordada en el partido judicial de Barcelona, donde se ha acordado que los concursos consecutivos y, todas las incidencias de los acuerdos extrajudiciales de pagos se atribuyan a determinados juzgados (Los juzgados de lo mercantil n.º 3 y 7 de Barcelona, persiguiendo una especialización dentro de la especialidad de los jueces de lo mercantil para conocer de los procedimientos de solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos¹⁶⁰⁶, salvo cuando el que solicite el acuerdo extrajudicial de pagos sea un deudor persona natural (no empresario), cuya competencia le correspondería al juzgado de Primera instancia del domicilio de dicho deudor¹⁶⁰⁷ (arts. 85.6 LOPJ y 45.2.b LEC¹⁶⁰⁸).

¹⁶⁰⁴ MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816.

¹⁶⁰⁵ Vid. MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo...*, op. cit. p. 816.

¹⁶⁰⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., p. 880, y (nota al pie de página n.º 812).

¹⁶⁰⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., p. 880, y (nota al pie de página n.º 812).

¹⁶⁰⁸ La modificación introducida en dichos preceptos ha sido introducida por la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, que atribuye el conocimiento a los juzgados de primera instancia, cuando el que solicite el acuerdo extrajudicial de pagos sea una persona natural no comerciante (art. 231.1 LC).

2.1.2. La actuación del Letrado de la Administración de Justicia en el precurso.

Un vez que hemos descrito cuál sería el tribunal competente para conocer de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), hemos de decir que, en puridad, no es el juez de lo mercantil titular del juzgado (competente para la declaración judicial de concurso) el que realmente interviene en el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), sino que lo hace el propio letrado de la Administración de Justicia (antiguo secretario judicial), que examinará *ex officio* si se cumplen las normas de competencia objetiva y territorial (art. 16.1 LJV), en el procedimiento de precurso (art. 16.1 LJV); por lo tanto, quien realiza el control de los presupuestos del órgano es el Letrado de la Administración de Justicia (art. 16.1 LJV)¹⁶⁰⁹.

Por tanto, la solicitud de precurso se dirige al Órgano Jurisdiccional competente para la declaración de concurso, pero el que realmente conoce de la misma es el Letrado de la Administración de Justicia (art. 5 bis 3 LC). Para dar un razonamiento a la afirmación anterior, hemos de decir que con la reforma de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, llevada a cabo en el año 2003¹⁶¹⁰, los hoy denominados *Letrados de la Administración de Justicia* dejaron de ser funcionarios dependientes de los jueces y magistrados en virtud del *principio de subordinación*; en la actualidad se puede decir que se han convertido en un cuerpo de funcionarios que se rige por el *principio de competencia*; es decir, cada funcionario tiene sus propias competencias y las ejerce, dentro de la

¹⁶⁰⁹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley de la jurisdicción voluntaria, que se examina la competencia objetiva y territorial por el Letrado de la Administración de Justicia, en los procesos contenciosos, el Letrado de la Administración de Justicia también realiza el control de los presupuestos del órgano, ya que se le encomienda la admisión a trámite de la solicitud siendo el examen de carácter preceptivo (art. 404.2 LEC); en los procedimientos de jurisdicción voluntaria los presupuestos controlables de oficio son las competencia objetiva y territorial, al ser ambas no dispositivas (no está permitida la sumisión en la competencia territorial), no obstante aunque la norma no lo dice, también se debería controlar la jurisdicción por razón del objeto, que es imperativa, quedando fuera la competencia internacional (que permitiría la sumisión en varios casos). Véase a BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria: análisis de la ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria*, ed. La ley, Madrid, p. 59.

¹⁶¹⁰ En virtud de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003.

legalidad, con independencia y plena libertad de criterio¹⁶¹¹. Como ha dicho el Tribunal Constitucional¹⁶¹²: «atribuir ciertas decisiones procesales a los Letrados de la Administración de Justicia no es inconstitucional», y, por ende, tampoco lo es el atribuirles competencia en materia de jurisdicción voluntaria como así lo hace la reciente Ley de Jurisdicción voluntaria que le atribuye competencia para impulsar y dirigir los procedimientos de jurisdicción voluntaria (art. 2.3 LJV)¹⁶¹³, de hecho, esta atribución era una cuestión que venía siendo invocada por la doctrina incluso antes de la promulgación de la vigente Ley de la Jurisdicción voluntaria, como así parecía desprenderse de la voluntad del legislador en la reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder Judicial, llevada a cabo en 2003¹⁶¹⁴ y, el proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria de 2006, en conexión con el artículo 117.4 de nuestra Carta Magna¹⁶¹⁵, pues se entendía que la atribución de determinados procedimientos de jurisdicción voluntaria al Letrado de la Administración de justicia en alternancia con los notarios y registradores podría servir para que la Justicia pudiera garantizar mejor la protección de los derechos de los ciudadanos conforme al artículo 117.4 de la Constitución Española, y, de alguna forma, pudiera resolver la lentitud predominante en la justicia¹⁶¹⁶. Además, en la

¹⁶¹¹ Vid., a DAMIÁN MORENO, J., «La constitucionalidad de las nuevas atribuciones de los secretarios judiciales» en el [<http://almacenederecho.org/la-constitucionalidad-de-las-nuevas-atribuciones-de-los-secretarios-judiciales/>], entrada de 27 de abril de 2016, (Consultado en abril de 2016).

¹⁶¹² STC 58/2016, BOE de 22 de abril de 2016.

¹⁶¹³ Como así también lo disponía el artículo 456.6. b de la ley 6/1985, de 1 de julio, Del poder judicial: «Los Letrados del Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales por estar reservadas a jueces y magistrados: como por ejemplo en materia de ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a jueces y magistrados; b) a) jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer; c) Conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que le sea propia; d) tramitación y, en su caso, resolución de los procedimientos monitorios; e) Mediación; f) Cualesquiera otras que expresamente lo prevean».

¹⁶¹⁴ En virtud de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003.

¹⁶¹⁵ Ex artículo 117.4 de la Constitución Española, que atribuía competencias a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional tales como secretarios judiciales, notarios y registradores.

¹⁶¹⁶ SEOANE CACHARRÓN, J., «El secretario judicial, órgano principal en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Diario La Ley*, n.º 7906, 20 de julio de 2012, pp. 1-8.

doctrina no faltaban autores que sostenían que antes de la aprobación de la vigente Ley de la Jurisdicción Voluntaria, ya existía base normativa suficiente para fundamentar la facultad resolutoria de dicho funcionario en determinados procedimientos de jurisdicción voluntaria¹⁶¹⁷.

De hecho, esta atribución se ha visto por algunos como una forma de «desatascar¹⁶¹⁸» la saturación que actualmente sufre nuestra justicia, con el objeto de aligerar la carga de trabajo a los jueces y magistrados (entre otros, varios de los males que aquejan a nuestra Administración de Justicia), para que éstos se puedan centrar exclusivamente en ejercer la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). En apoyo a nuestra anterior afirmación, se pronunciaba el profesor MORENO CATENA que, con buen criterio, aducía que: «la permanente intervención del juez ante las partes, en continua exposición pública, exige al propio tiempo que se le despoje de todo aquello que no es consustancial a su figura, de modo que se deje al juez que sólo haga lo que únicamente pueden hacer un juez, y se encomiende a otros funcionarios tareas que tradicionalmente han pesado sobre los hombros de los juzgadores¹⁶¹⁹. Por lo tanto es preciso liberar al juez de funciones gerenciales, administrativas, de gestión de recursos humanos, etc., que en la actualidad llenan la pesada y compleja carga de trabajo de nuestros jueces; estos tienen atribuida en exclusiva la potestad jurisdiccional y al ejercicio de dicha potestad, que es indelegable, deben dedicarse exclusivamente»¹⁶²⁰. A pesar de todo lo expuesto, todavía será difícil hacer valoraciones sobre la repercusión y el acierto de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria en nuestro sistema judicial civil, aunque algún

¹⁶¹⁷ FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.A., «Competencia resolutoria del secretario judicial en el actual marco normativo de la jurisdicción voluntaria», en *InDret*, julio, 1992, pp. 4 y ss.

¹⁶¹⁸ Aunque como bien apunta el profesor DAMIÁN MORENO, una extensión desmesurada del ámbito de la jurisdicción voluntaria para resolver los problemas de la justicia en un Estado de Derecho no deja de ser un camino inadecuado (sólo por el hecho de que los procedimientos de jurisdicción voluntaria sean más sencillo y rápidos. DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al Sistema Judicial Español*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 144.

¹⁶¹⁹ MORENO CATENA, V., «La justicia en acción (I)», en *CDJ*, (*Justicia: poder y servicio público*), n.º XVIII, 2006, p. 313.

¹⁶²⁰ Vid. MORENO CATENA, V., «La justicia...», op. cit., p. 313.

autor¹⁶²¹ se aventura a afirmar que es posible que al menos la vigencia de dicha norma hará que se produzca una disminución de los asuntos que llegan a los juzgados en el orden jurisdiccional civil; pero, a nuestro juicio, aún es pronto para confirmar este extremo, con sólo unos meses de rodaje de la Ley de la jurisdicción Voluntaria.

La competencia de los letrados de la Administración de Justicia en materia de jurisdicción voluntaria no es un cuestión nueva, el Libro VI del Título I, del Capítulo II de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁶²² regula las funciones de los letrados de la Administración Justicia, entre las cuales, se atribuye competencia en materia de Jurisdicción Voluntaria, en la que asumen su tramitación y solución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer frente a sus resoluciones (art. 456.6 b LOPJ).

Además, la atribución a los Letrados de la Administración de Justicia del conocimiento de la solicitud de concurso (art. 5 bis 3 LC), está plenamente justificada, debido a que su función dentro de dicho procedimiento no conlleva actividad jurisdiccional de ningún signo, ni tampoco se aplica ni se declara el derecho¹⁶²³, por eso no es necesaria la intervención del juez¹⁶²⁴; asimismo, la función del letrado de la Administración de Justicia en el concurso (como procedimiento de jurisdicción voluntaria) es la de completar normas jurídicas (el Ordenamiento jurídico), para hacer factible el ejercicio de potestades o facultades que reconoce la Ley; el Letrado de la Administración de justicia al

¹⁶²¹ BANACLOCHE PALAO, J., *Expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 16.

¹⁶²² Vid. el Libro VI del Título I del Capítulo II de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, concretamente el artículo 456.6 b; el artículo 117.4 de la Constitución Española y, el artículo 2.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria.

¹⁶²³ DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva Jurisdicción Voluntaria», en [<http://almacendederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>], entrada de 3 de julio de 2015, (Consultado en julio de 2015).

¹⁶²⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria (LJV)» en [<http://otraopinionjuridica.blogspot.com.es/>], entrada de 18 de junio de 2015, (Consultado en junio de 2015).

dictar el decreto *posibilita la articulación de un derecho que no necesita declaración*¹⁶²⁵.

Como ya hemos analizado anteriormente el Letrado de la Administración de Justicia (antiguo secretario judicial) del órgano jurisdiccional competente para la declaración de concurso es el que, en puridad, conoce de las solicitudes de concurso (ex art. 5 bis 3). Debemos recordar que dicha competencia se introdujo en la reforma concursal del año (2011)¹⁶²⁶, en la que el legislador derogó el primigenio artículo 5.3, e introdujo un nuevo artículo 5 bis LC en el que se atribuyó competencia al secretario judicial (actual letrado de la Administración de Justicia) para conocer de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 3), en lugar de dejarla en manos de juez, como ocurría en el «viejo» artículo 5.3 de la Ley; parece que el legislador se decantó por dicha opción al entender que el concurso (ex art. 5 bis) es un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que no se aplican ni declaran derechos subjetivos y, por tanto, no era necesaria la intervención del juez, dejando en manos del secretario la competencia para conocer de la solicitud de concurso (arts. 5 bis 3; art. 456.6.b LOPJ y art. 117.4 CE y art. 2.3 LJV¹⁶²⁷). A continuación, veremos cuál es el papel del Letrado de la Administración de Justicia ante la solicitud de concurso.

2.2. Presupuestos subjetivos del solicitante

Según la vigente redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal dice que: *«el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para conocer de su declaración de concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar...»*; como

¹⁶²⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 199.

¹⁶²⁶ La Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, derogó el primigenio artículo 5.3 de la Ley Concursal, introduciendo un nuevo artículo 5 bis 3 en la misma norma.

¹⁶²⁷ El artículo 2.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, dice que: *«El impulso y la dirección de los expedientes corresponderá a los Secretarios judiciales, atribuyéndose al Juez o al Secretario judicial, según el caso, la decisión de fondo que recaiga sobre aquellos y las demás resoluciones que expresamente se indiquen por esta Ley»*.

observamos el precepto hace alusión a la palabra de: «*deudor*» sin más, por lo tanto, debemos entender que cualquier deudor común, ya sea persona física o jurídica, puede acudir a solicitar el precurso (ex art. 5 bis), para obtener un espacio temporal de cuatro meses (3+1) donde llevar a cabo las negociaciones para alcanzar: i) un acuerdo de refinanciación (at. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4^a); o, ii) las adhesiones suficientes para admitir a trámite una propuesta anticipada de convenio (art. 106 y ss.).

Además de la regla general anterior, los artículos 5 bis y 231 de la Ley Concursal reservan la posibilidad de acudir al precurso para negociar un acuerdo extrajudicial de pagos a los deudores personas naturales (no empresarios), a los empresarios personas naturaleza y, a las personas jurídicas que cumplan determinados requisitos: i) que se encuentren en situación de insolvencia; ii) que en caso de ser declaradas en concurso, su tramitación no revista especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de la Ley Concursal y, iii) que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo (art. 231.2 LC). Por todo lo anteriormente descrito, es posible afirmar que el precurso es un procedimiento judicial preventivo del concurso que concede la plataforma temporal de cuatro meses para llevar a cabo los diferentes negocios jurídicos¹⁶²⁸ que la norma pone a disposición a los diferentes tipos de deudores, siendo posible que se acojan al mismo: i) los deudores personas naturales, ii) los deudores persona jurídica, iii) empresarios (personas naturales) y, además, iv) determinadas personas jurídicas que cumplan determinados requisitos: como que estén estado de insolvencia, que en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no revista especial complejidad en los términos del artículo 190 de la Ley Concursal y, que cuente

¹⁶²⁸ El artículo 5 bis 1 de la ley Concursal pone a disposición del deudor tres tipos de negocios jurídicos que se pueden llevar a cabo en el seno del precurso, es decir, en el espacio temporal de cuatro meses que concede el precurso al deudor solicitante. Por lo tanto, se puede acudir al precurso (ex art. 5 bis 1) para alcanzar: i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4^a); ii) para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos; o, iii) las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss.)

con activos suficientes para sufragar los gastos propios del procedimiento (art. 231.2. c LC).

2.2.1. Legitimación para solicitar el concurso (art. 5 bis): el ámbito subjetivo

Con respecto a la legitimación en el concurso, debido a la estructura de procedimiento de jurisdicción voluntaria (judicial) que presenta, sólo es posible tratar la *legitimación activa*. En primer lugar, habrá que estar a lo prescrito por el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que viene a disponer que: «*podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos e interés legítimos o cuya legitimación venga conferida legalmente sobre la materia que constituya su objeto, sin perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal*». Por lo tanto, en primer lugar, hay que decir la *legitimación activa ordinaria* para incoar el concurso la ostenta —en exclusiva— el deudor, siempre y cuando, enfoque el procedimiento a negociar con los acreedores un convenio de refinanciación (art. 71 bis 1 y disp. Adicional 4ª) o, para negociar la obtención de adhesiones a la admisión a trámite propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC)¹⁶²⁹.

En estos casos, la legitimación activa ordinaria la ostenta el deudor al ser éste el titular del derecho *potestativo* al cambio jurídico (estamos ante una potestad o facultad), es decir, el deudor es titular del derecho potestativo a modificar su situación jurídica; al solicitar el concurso, el deudor se sitúa en la situación jurídica de concurso, cuyo estado desencadena diversos efectos de protección que le permiten negociar con sus acreedores en un ambiente o entorno de tranquilidad, que coadyuvará a los intervinientes a formalizar —sin presiones de ningún tipo— alguno de los negocios jurídicos previstos en la norma (ex art. 5 bis 1). Además, la propia Ley Concursal, confiere la

¹⁶²⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 85; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 551.

legitimación activa al deudor dentro de la materia que constituye su objeto para instar la solicitud de concurso e incoar el procedimiento (art. 5 bis 1 LC).

En los casos en los que el deudor sea una persona jurídica, tendremos que acudir al artículo 3.1 de la Ley Concursal que atribuye legitimación activa al órgano de administración¹⁶³⁰ de la persona jurídica para instar la declaración de concurso, el legitimado para la presentación la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), también lo será el administrador social de la misma, y, posteriormente, si el concurso fracasara sería el mismo que tendría la carga procesal de instar la declaración judicial de concurso (art. 3.1 LC). Además, la solicitud de concurso, se debe considerar una función más dentro de la representación ordinaria del cargo de administrador social¹⁶³¹, no siendo exigible la previa convocatoria de junta ni el acuerdo favorable de la misma¹⁶³², pues como hemos dicho, la solicitud de concurso (ex art. 5 bis) entra dentro de las funciones ordinarias: de gestión y administración del órgano de administración, máxime si tenemos en cuenta de que ante un eventual incumplimiento del deber de solicitud de concurso (si la empresa se encuentra en estado de insolvencia actual) los administradores pueden ser responsables en virtud del artículo 172 bis de la Ley Concursal¹⁶³³. A pesar de todo, como aconsejan algunos autores, no estaría de más (es aconsejable) que el administrador social que presente una solicitud de concurso (ex art. 5 bis) acompañe a la misma, en la medida de lo posible, la simultánea convocatoria de

¹⁶³⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 553; HERMOSILLA GIMENO, R., y RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., «Solicitud y declaración judicial de concurso», en AA. VV., *Memento Práctico concursal*, ed. Lefevre, Madrid, 2015, p. 71.

¹⁶³¹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 553.

¹⁶³² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 553.

¹⁶³³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p.p. 553-554.

la junta o, en su caso, de posterior ratificación de la presentación de la solicitud de concurso¹⁶³⁴.

En segundo lugar, en caso de que el deudor pretenda incoar el concurso para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos, estarán legitimados para comunicar dicha negociación (ex arts. 231 y ss. LC), los registradores, los notarios (art. 5 bis 1) o, las Cámaras Oficiales¹⁶³⁵, que deberán¹⁶³⁶ solicitar *ex officio* –y de forma inmediata¹⁶³⁷– el concurso (art. 233.3 LC), y, por tanto, serían éstos los que tendrían la *legitimación activa extraordinaria*¹⁶³⁸ para solicitar el concurso en nombre y representación de los deudores (en nombre ajeno) que decidan optar por utilizar el espacio temporal de cuatro meses para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC). En este caso, como bien apunta GASCÓN INCHAUSTI¹⁶³⁹, no es necesario que el deudor acredite que ha iniciado las negociaciones con los acreedores para conseguir suscribir un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y ss. LC), entre otras cosas, porque la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos es una de las funciones esenciales del mediador concursal que deberá remitir a los acreedores tan pronto como sea posible tras su nombramiento, es decir, en cualquier caso, con una antelación mínima de veinte días naturaleza a la fecha de convocatoria a la celebración de la reunión con los mismos (art. 236.1 LC),

¹⁶³⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 555

¹⁶³⁵ Cuando la solicitud de nombramiento de mediador concursal se haya dirigido a una Cámara Oficial –de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España– la misma Cámara Oficial asumirá funciones de mediación¹⁶³⁵, encargando la misma a una comisión que designará, en la que debe haber, al menos, un mediador concursal. Una vez que el mediador de dicha comisión acepte el encargo, la Cámara deberá comunicar *ex officio* al juzgado competente para la declaración de concurso, que el deudor va a iniciar las negociaciones para obtener un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y ss. LC). Véase la ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

¹⁶³⁶ Mientras que para el deudor la solicitud de concurso se configura como una potestad o facultad, para los registradores, notarios o Cámaras Oficiales se configura como un deber legal que deben cumplir de oficio y de forma inmediata. Así lo expresa también GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 85.

¹⁶³⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 86.

¹⁶³⁸ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Ibídem...», op. cit., p. 85.

¹⁶³⁹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Ibídem...», op. cit., p. 86.

siendo prácticamente imposible que: el registrador, el notario o la Cámara Oficial, (legitimados para presentar la solicitud de concurso en estos casos) contaran con dicha propuesta en el momento en que ellos tienen el deber legal de comunicar *ex officio* (de forma inmediata) al juzgado el inicio de comunicaciones (ex art. 5 bis 1 LC), ya que la misma (la propuesta del acuerdo extrajudicial de pagos) es elaborada posteriormente por el denominado «mediador concursal» (art. 236.1 LC). Por lo tanto, el notario, el registrador o, la Cámara Oficial correspondientes, deberán presentar la solicitud de concurso, comunicando oficialmente la apertura de cuatro meses (3+1) para las negociaciones encaminadas a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), en un sentido técnico, es decir, entendiendo tal comunicación formal como «la de apertura de las negociaciones para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC)¹⁶⁴⁰.

Ni el artículo 5 bis ni el artículo 233.3 de la Ley Concursal dicen nada sobre la responsabilidad en la que podría incurrir (notario, registrador, Cámara Oficial), ante un eventual incumplimiento del deber de comunicar o solicitar el concurso ante el juzgado competente para la declaración de concurso; por ejemplo, imaginemos que lo legitimados – anteriormente citados – no realizan la comunicación o presentan la solicitud *intempestivamente*. En estos casos patológicos, además de la responsabilidad civil en la que podrían incurrir (notarios, registradores, Cámaras oficiales), parece acertada la idea aportada por GASCÓN INCHAUSTI que sostiene que la legitimación activa general prevista para los procedimientos de jurisdicción voluntaria, regulada en el artículo 3.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, se activaría permitiendo el deudor presentar la comunicación del inicio de negociaciones (art. 5 bis LC), al ser el deudor «titular de derecho o intereses legítimos» (art. 3.1 LJV)¹⁶⁴¹, para que no se produzca ningún menoscabo en la posibilidad de reestructuración del pasivo

¹⁶⁴⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas cuestiones procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 86.

¹⁶⁴¹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunos aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 86.

del deudor, entendiendo que en esos momentos el tiempo de actuación es verdaderamente determinante.

Finalmente, es de justicia apuntar una excepción que operaría en ámbito subjetivo del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC). Se trata de lo previsto en el artículo 168.1 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, *de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*¹⁶⁴², que no permite a las entidades aseguradoras y reaseguradoras que estén sometidas a medidas de control, solicitar la declaración judicial de concurso. Asimismo, dicho precepto también alude a la imposibilidad de solicitar el precurso (ex art. 5 bis), para llevar a cabo la negociación de los distintos negocios jurídicos que el precurso permite: (acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y adhesiones a una propuesta anticipada de convenio), a las entidades aseguradoras o reaseguradoras que se encuentren sujetas a un procedimiento de control especial (art. 168.1)

No obstante a lo anterior, y según afirma la profesora PULGAR¹⁶⁴³, es cierto que las entidades que no estén sujetas o sometidas a un procedimiento de control especial, podrán acudir a negociar (mediación) para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, siempre y cuando lo canalice a través de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC)¹⁶⁴⁴, en virtud del artículo 189.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, siempre y cuando, la comunicación del inicio de esas negociaciones sea para conseguir el acuerdo extrajudicial de pagos y, como es obvio, si dicha entidad cumple con los presupuestos para acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 231.1 LC); asimismo, el artículo 189 de la

¹⁶⁴² En virtud de su Exposición de motivos de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión, y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, dicha Ley resuelve las posibles confluencias de las medidas de control especial que puedan aplicar sobre la base del su artículo 159 y los procedimientos concursales, estableciéndose que las entidades aseguradoras y reaseguradoras sometidas a medidas de supervisión, ordenación y solvencia, no pueden solicitar la declaración judicial de concurso (art. 159).

¹⁶⁴³ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op, cit., p. 556.

¹⁶⁴⁴ En conexión con lo previsto en el artículo 189 de la Ley 20/2015, de 14 de julio y artículo 233.5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

Ley 20/2015, de 14 de julio, en caso de que una entidad no sometida a un procedimiento de control especial solicite la designación de mediador para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, recaerá sobre el Consorcio de Compensación de seguros¹⁶⁴⁵, que actuará como mediador¹⁶⁴⁶ en dicho procedimiento (art. 233.5¹⁶⁴⁷ LC y art. 189.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio)¹⁶⁴⁸. Por lo tanto, según esta interpretación debemos entender *derogado tácitamente* el artículo 231.5 de la ley Concursal, pues, dicho precepto se presenta contradictorio con otros que han sido introducidos posteriormente en el tiempo y, su tenor literal choca frontalmente con los postulados invocados en los artículos 168.1 y 189.2 de la Ley 15/2015, de 14 de julio, y, por supuesto, con el contenido del artículo 233.5 de la Ley Concursal¹⁶⁴⁹. Por lo tanto, en definitiva, se debe admitir que una entidad aseguradora o reaseguradora no sujeta a un procedimiento de medidas de control especial pueda intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 233.5 de la Ley Concursal y, artículo 189.2 de la Ley 20/2015)

A pesar de la posibilidad de que entidades aseguradoras no sujetas a un procedimiento de control especial, puedan acudir a la mediación para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 189.1 de la Ley 20/2015 y 233.5 LC) a través del procedimiento de preconcursos (ex art. 5 bis), sería posible que el Consorcio pudiera aplicar medidas de control cuando la compañía aseguradora acogida al preconcursos atravesara por una situación de crisis que justificara la

¹⁶⁴⁵ MORENO SERRANO, E., «Novedades en el concurso de entidades aseguradoras y reaseguradoras», en [www.concursoysociedades.blogspot.com.es], Consultado el 17 de julio de 2015.

¹⁶⁴⁶ Vid. MORENO SERRANO, E., «Novedades en el concurso de entidades aseguradoras y reaseguradoras», en [www.concursoysociedades.blogspot.com.es], Consultado el 17 de julio de 2015.

¹⁶⁴⁷ El apartado 5º del artículo 233 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal ha sido introducido por la Disposición final quinta de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

¹⁶⁴⁸ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op, cit., p. 556.

¹⁶⁴⁹ Vid. MORENO SERRANO, E., «Novedades en el concurso de entidades aseguradoras y reaseguradoras», en [www.concursoysociedades.blogspot.com.es], Consultado el 17 de julio de 2015.

aplicación de dichas medidas especiales (art. 159.1 e Ley 20/2015, de 14 de julio)¹⁶⁵⁰. Este tipo de solicitudes de concurso en el que el deudor es una entidad aseguradora o reaseguradora determina un funcionamiento singular de la propia solicitud de concurso¹⁶⁵¹.

También, es importante subrayar que las entidades aseguradoras o reaseguradoras no sometidas a un procedimiento de control especial no podrán acudir a negociar un *acuerdo de refinanciación*, pues, según la profesora PULGAR, pues no conlleva mediación, frente a lo que acontece en el marco de acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 y ss.), vía procedimiento de concurso (ex art. 5 bis). En estos casos sería de aplicación el artículo 168.1 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, que prohíbe a las entidades aseguradoras o reaseguradoras –aun no estando sometidas a un procedimiento de control especial– acogerse a la normativa en materia de acuerdos de refinanciación, pues, el artículo 189 de la misma norma sólo excepciona el recurso a la mediación por la vía de los acuerdos extrajudiciales de pagos¹⁶⁵².

2.2.2. La capacidad de postulación en el procedimiento de concurso

Antes de la promulgación de la vigente Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en los procedimientos o expedientes de jurisdicción voluntaria (1811 y ss. LEC de 1881) no venía siendo preceptiva la intervención de los procuradores y abogados. En este sentido, al ser el concurso (ex artículo 5 bis) un procedimiento de jurisdicción voluntaria parecía entenderse que la intervención del procurador y del abogado en la solicitud del concurso no era preceptiva, aunque algunos autores¹⁶⁵³ defendían que era

¹⁶⁵⁰ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 556.

¹⁶⁵¹ SAN JUAN Y MUÑOZ, E., «La mediación concursal en supuestos de entidades aseguradoras y reaseguradoras», en *Diario La Ley*, de 21 de octubre de 2015; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 556.

¹⁶⁵² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 556-557.

¹⁶⁵³ PULGAR EZQUERRA, J., *El Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 461; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2016, pp. 69-70.

recomendable que la solicitud de concurso se presentara con la debida *postulación procesal*, es decir, con representación mediante procurador y asistencia técnica de letrado, lo que contribuiría a la seriedad de la comunicación del inicio de negociaciones al juzgado competente¹⁶⁵⁴. En sentido contrario se ha mostrado algún que otro autor aduciendo que la solicitud de concurso debe ser presentada con la debida *postulación procesal*, ya que entiende que al no aparecer incluidos ni los juicios universales, ni el procedimiento de concurso dentro del artículo 31.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como procedimientos judiciales en los que se pudiera intervenir sin representación mediante procurador ni asistencia técnica letrada¹⁶⁵⁵. Sobre esta cuestión, la profesora SENÉS MOTILLA, antes de la promulgación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, sostenía –muy acertadamente– que la comunicación del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis), *rectius*: procedimiento de concurso, es un acto de jurisdicción voluntaria (art. 1811 de la LEC 1881) y, como tal, requería la firma de abogado, pues ni merece la consideración de acto por razón de la cuantía, ni tiene por objeto la adopción de una medida urgente (ex *antiquo* art. 10 de la LEC 1881)¹⁶⁵⁶; nuestros argumentos, como expondremos a continuación van por la línea abierta por la profesora SENÉS MOTILLA¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 461; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, op. cit., p. 69-70.

¹⁶⁵⁵ PAVÓN NEIRA, C., *Problemática entorno a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 58-59 (también vid. nota al pie de página n.º 42). En principio como hemos expuesto arriba, el autor parece sostener que es preceptiva la intervención de letrado y procurador en la solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC), en aplicación del artículo 31.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En dicho precepto se regulan los supuestos en los que los litigantes están exonerados de comparecer a juicio representados mediante procurador y asistido técnicamente por letrado; aunque, en nuestra opinión dicho precepto no puede ser aplicado al concurso, pues, como ya hemos dicho, el concurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria en toda regla. Posteriormente como se puede observar en la nota al pie de página n.º 42, el autor, sin mayores argumentos se desdice y parece sostener lo contrario, entendiendo que no es necesaria la postulación procesal al ser un supuesto de jurisdicción voluntaria.

¹⁶⁵⁶ SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de las ejecuciones en el marco de negociaciones...», op. cit., p. 97.

¹⁶⁵⁷ Vid. SENÉS MOTILLA, C., «Ibidem ...», op. cit., p. 97.

A pesar de las razonables ideas aportadas por la doctrina para resolver esta cuestión, no estamos de acuerdo con las soluciones ofrecidas por dichos autores. En primer lugar, hay que decir que, a pesar de la opinión de algunos autores¹⁶⁵⁸, la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 1) pone en marcha un procedimiento de jurisdicción voluntaria y, a la hora de dar un tratamiento legal a la *capacidad de postulación* en el mismo, deberemos acudir al contenido del artículo 5 bis de la Ley Concursal y, por supuesto, a la norma que regula la postulación en la Ley de la jurisdicción voluntaria¹⁶⁵⁹. En este sentido, hemos de decir que el carácter preceptivo o no de la intervención de abogado y procurador en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, tradicionalmente ha sido una de las cuestiones más controvertidas a la hora de intentar reformar dicho ámbito¹⁶⁶⁰; además, ha sido una de las causas que hizo fracasar, de alguna forma, el Proyecto de reforma en materia de jurisdicción voluntaria intentada en el mes de octubre del año 2006¹⁶⁶¹.

El artículo 5 bis de la Ley Concursal guarda silencio sobre si el solicitante del precurso tiene que estar representado por procurador y asistido técnicamente por letrado; a pesar de que dicho guarde silencio, debemos recordar que en el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), tanto la existencia de intereses privados que afloran durante la tramitación del mismo, como la potencial existencia de un proceso ulterior¹⁶⁶²—imaginemos que el deudor en estado de precurso no logra superar su situación de insolvencia tras su tramitación—, hacen que sea recomendable presentar la solicitud de precurso con intervención de abogado y procurador que, aunque no sea

¹⁶⁵⁸ En contra de nuestra opinión se ha pronunciado, principalmente, PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., p. 568, que dice que el artículo 5 bis de la Ley Concursal regula una mera notificación, constituyendo la comunicación un documento privado, no sujeto a formalidad alguna (ni en lo fondo ni en la forma), no conllevando la misma la incoación de procedimiento alguno.

¹⁶⁵⁹ Véase el artículo 3.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

¹⁶⁶⁰ BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria*, ed. La Ley, Madrid, 2015, p. 64.

¹⁶⁶¹ BANACLOCHE PALAO, J., *Ibidem...*, ed. La Ley, Madrid, 2015, p. 64.

¹⁶⁶² Tendría, por tanto, la carga de instar la declaración de concurso voluntario dentro del mes hábil siguiente (art. 5 bis 5 LC).

preceptiva, podría contribuir a la seriedad y credibilidad de la solicitud de concurso que se presenta en el juzgado (ex art. 5 bis)¹⁶⁶³.

Posteriormente, como habíamos anunciado, debemos acudir al artículo 3.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, para ver si la solicitud de concurso requiere preceptivamente que el deudor solicitante actúe defendido por letrado y representado por procurador o, ésta es una opción facultativa para el deudor.

Dicho precepto nos viene a decir que: «tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar representados por procurador y defendidos por letrado en los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que así lo prevea la presente Ley (3.2 LJV)». A pesar de ello, en los procedimientos o expedientes en los que no sea preceptivo actuar representado por procurador y asistido por letrado, las partes que lo deseen podrán actuar —facultativamente— asistidas y representadas por abogado y procurador (art. 3.2 LJV). Como podemos observar, el tenor literal del apartado 2º del artículo 3 de la Ley, tampoco nos resuelve nada, pues, el procedimiento de concurso no está regulado en la Ley de la jurisdicción Voluntaria, como hubiera sido deseable.

Tras el panorama legal vigente sobre esta cuestión, parecería lógico pensar que la intervención del abogado y el procurador en la solicitud de concurso (ex art. 5 bis) es plenamente *facultativa*, pero, si nos fijamos en el título VIII de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, cuando se refiere a los procedimientos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil¹⁶⁶⁴, la regla *facultativa* decae en pro de la *preceptiva*, siendo por tanto, preceptiva la intervención del abogado y del procurador en los procedimientos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil¹⁶⁶⁵. El procedimiento de concurso del artículo 5 bis de la Ley

¹⁶⁶³ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 461.

¹⁶⁶⁴ Vid. el Título VIII de la Ley 15/2015 de 3 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, donde se regulan los procedimientos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, artículos 112 a 135.

¹⁶⁶⁵ Salvo en el expediente de nombramiento de perito de seguros (art. 137.3 LJV), en los siguientes procedimientos la intervención de abogado y procurador es preceptiva desde el inicio de los mismos, debido a la potencial existencia de un litigio posterior, como ejemplo

Concursal es un procedimiento que encaja dentro de los procedimientos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil (arts. 112 y ss. LJV), de hecho, sería deseable que el mismo estuviera regulado en el título VIII «*De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia mercantil*», de la Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por tanto entendemos que la intervención de abogado y procurador debe ser preceptiva en el precurso (ex art. 5 bis). A pesar de lo que puedan pensar algunos autores, entiendo que el precurso es un procedimiento muy técnico cuya solicitud debe ser estratégicamente meditada por el deudor antes de promoverla; entiendo que debe ser inadmisibles acudir al procedimiento de precurso de forma impulsiva –y fraudulenta– sin ninguna intención de negociar con los acreedores, buscando simplemente una huida hacia delante para evitar la tan temida responsabilidad por el incumplimiento del deber de solicitud del concurso (arts. 165.1.1º y 172 bis LC).

3. El presupuesto objetivo del precurso (ex art. 5 bis LC).

3.1. El estado de insolvencia (actual e inminente) y el estado de preinsolvencia

El presupuesto objetivo del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) ha sufrido una notable evolución durante estos últimos años, hasta llegar a lo que nosotros denominamos «*la flexibilización del presupuesto objetivo del precurso (ex art. 5 bis)*». El viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal exigía que el deudor que solicitara el precurso debía estar en estado de insolvencia actual (2.2 LC); por lo tanto, en la primera etapa del viejo artículo 5.3, para poder acogerse al precurso el deudor debía encontrarse en situación de *no poder cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles* (art. 2.2 LC); en los primeros años de «rodaje» de la norma, no era posible acogerse al procedimiento de precurso en los casos en los que un deudor estuviera en situación de

sirvan: exhibición de libros (art. 113.2 LJV); en el de convocatoria de junta (art. 118.3 LJV); nombramiento de auditor, interventor o liquidador (art. 121.3 LJV) reducción de capital social (art. 124.3 LJV); disolución judicial de sociedades (art. 126.3 LJV); asamblea de obligacionista (art. 130.3 LJV); robo, hurto o, extravío de títulos (art. 133.3 LJV).

insolvencia inminente (art. 2.3 LC)¹⁶⁶⁶, es decir, en los casos en los que, tras realizar una prognosis: un «juicio de probabilidad», el deudor previera que –*a corto plazo*– no podría cumplir de forma regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3 LC); dicha limitación fue criticada por parte la doctrina¹⁶⁶⁷, que entendía que la protección que brindaba el concurso (ex *antiquo* art. 5.3) también debía extenderse de forma general a las situaciones de *insolvencia inminente*¹⁶⁶⁸; otros entendían que no tenía mucho sentido restringir la posibilidad de acogerse al concurso cuando se estaba en estado de insolvencia inminente para poder resguardarse de eventuales solicitudes de concurso necesario¹⁶⁶⁹; ante tal panorama, el legislador del año 2011¹⁶⁷⁰ derogó el artículo 5.3 de la Ley Concursal e introdujo en nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal prescindiendo de la expresión «insolvencia actual», por lo tanto, con la actual redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal, cabe afirmar que el presupuesto objetivo del concurso se ha configurado de forma flexible, permitiendo que se pueda acoger un deudor en estado de insolvencia (ya sea actual o inminente¹⁶⁷¹) o, también, en estado de preinsolvencia¹⁶⁷², es decir,

¹⁶⁶⁶ Así se pronunciaba el Magistrado especialista CGPJ en asuntos de lo mercantil, D. Javier GARCÍA MARRERO en el AJM n.º 5 de 17 de abril de 2009 (AC 2010,10), en el primer mes de rodaje del antiguo artículo 5.3 de la Ley Concursal.

¹⁶⁶⁷ ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 46; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (Disp. Adicional 4ª LC): propuesta de reforma legislativa*, ed. Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010, p. 215; ALONSO ESPINOSA, F.J., «Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el RD-Ley 3/2009, en *ADCo*, n.º 21, 2010-3, p. 153.

¹⁶⁶⁸ Vid. ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 46.

¹⁶⁶⁹ Entre otros Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal...*, op. cit., p. 215; en esta misma línea también se pronunciaba el profesor ALONSO ESPINOSA también decía que no era comprensible esta limitación sobre todo cuando en la práctica era tan complejo delimitar la insolvencia actual de la inminente, y, en la praxis, a veces se presentan situaciones en las que no es fácil determinar con claridad si el deudor está en estado de insolvencia actual o en estado de insolvencia inminente, por ello era ilógico que no se incluyera la insolvencia inminente dentro del presupuesto objetivo del concurso (ex *antiquo* art. 5.3 LC). Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., «Algunas reflexiones sobre la declaración...», op. cit., p. 153.

¹⁶⁷⁰ Mediante la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, que derogó el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, e introdujo el artículo 5 bis.

¹⁶⁷¹ Entienden que puede acogerse al concurso (ex art. 5 bis LC), tanto el deudor en estado de insolvencia actual como en estado de insolvencia inminente AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 61.

cuando aún es solvente, pero prevé que a medio/largo plazo no podrá cumplir de forma regular y puntual con sus obligaciones (no hablamos del corto plazo que se identifica con la insolvencia inminente). Somos conscientes de que cuando un deudor se encuentra en estado de preinsolvencia (es decir, que aún es solvente), la posibilidad de acudir al proceso concursal¹⁶⁷³ para dar tratamiento a dicho estado le está «vedada», por lo tanto, el deudor que diligentemente prevé mediante un juicio de probabilidad que es *objetivamente* probable que a medio o largo plazo no podrá cumplir de forma regular y puntualmente sus obligaciones *puede, y, a nuestro juicio, debe* acogerse al precurso para intentar reestructurar o refinanciar su pasivo con previsión, beneficiándose de la protección que le brinda el precurso (ex art. 5 bis), es decir, aunque todavía sea solvente (y a pesar de que en ese estado no sea exigible el deber de solicitar el concurso ex art. 5.1 LC), podrá negociar con los acreedores durante cuatro meses (3+1), protegido de eventuales solicitudes de concurso necesario, y, además, desde la presentación del escrito de solicitud del precurso (art. 5 bis 1), también podrá obtener y beneficiarse de la paralización y/o la suspensión de determinadas ejecuciones¹⁶⁷⁴. En este sentido debemos entender que si un deudor acude al precurso (ex art. 5 bis) con esta

¹⁶⁷² Así lo entienden ORELLANA CANO, N., en AA. VV., *Comentario práctico de la nueva Ley concursal*, ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 83; MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales de la práctica concursal*, ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 42.

¹⁶⁷³ El artículo 2.3 de la Ley Concursal permite al deudor que se encuentra en estado de insolvencia inminente solicitar la declaración judicial de concurso, entendiendo que no estamos ante un carga procesal o deber legal (como si lo sería cuando se encuentra en estado de insolvencia actual ex art. 5.1 LC), sino que más bien esta posibilidad se debe entender como un derecho.

¹⁶⁷⁴ Como dispone el artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal, se prohibiría la incoación de ejecuciones judiciales o extrajudiciales que recaigan sobre bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor; si éstas ya estuvieran *litispendentes*, se suspenderían con la mera presentación del decreto del letrado de la administración en el órgano jurisdiccional que esté conociendo de dicha ejecución (art. 5 bis 4 I y III). Por otro lado la norma también prohíbe y, en su caso, quedarán suspendidas, las ejecuciones judiciales o extrajudiciales promovidas por los acreedores pasivos financieros a los que se refiere la Disposición Adicional Cuarta sobre cualquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor, siempre que se acredite que al menos un 51 por ciento de pasivos financieros hayan apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia (art. 5 bis 4 IV).

diligente previsión de *incapacidad de cumplir* a medio o a largo plazo (preinsolvencia), le será más fácil poder conseguir refinanciar o reestructurar su pasivo (o alto apalancamiento), al negociar con sus acreedores en un espacio temporal de cuatro meses, con la tranquilidad de estar bajo la protección que le brinda el procedimiento del precurso (ex art. 5 bis).

Como ya hemos sostenido en varios pasajes del presente trabajo, esta posibilidad de acudir al precurso en estado de preinsolvencia no es descabellada si tenemos en cuenta que el deudor cuenta con la posibilidad de poder solicitar el carácter reservado del escrito de solicitud de precurso, y solicitar el levantamiento del mismo en cualquier momento (art. 5 bis 3 *in fine* LC).

En este sentido, a título de ejemplo, entendemos que un deudor que aún es solvente, pero que tras hacer una prognosis –a través de un juicio de probabilidad– prevé que es objetivamente probable que, a medio/largo plazo, no va a poder cumplir de forma puntual y regular con sus obligaciones (imaginemos por ejemplo que dicha incapacidad se pronostica para los 13 meses siguientes), se encuentra en estado de preinsolvencia y, a pesar de que –por descontado– el deber de solicitud del concurso no es exigible en ese estado, entendemos que el deudor preinsolvente también podrá acudir a solicitar el precurso para negociar cualquiera de los tres negocios jurídicos bajo la protección que le concede la norma (ex art. 5 bis 1), sobre todo porque, como ya hemos apuntado, dicho deudor preinsolvente puede solicitar el carácter reservado de la comunicación del inicio de comunicaciones (art. 5 bis 3).

El hecho de que el tenor literal del artículo 5 bis no exija la concurrencia de una determinada situación patrimonial, se debe ver de forma positiva, al ser posible que la solicitud de precurso esté prevista para cualquier deudor que se encuentre en situación general de crisis económica, que, a nuestro juicio, engloba: tanto la insolvencia (inminente o actual), como la situación de

preinsolvencia¹⁶⁷⁵; en relación con lo anterior, alguna autora¹⁶⁷⁶ ha sostenido que el hecho de que el artículo 5 bis no exija la concurrencia de ninguna situación patrimonial, supone que no sea exigible al deudor la prueba de su situación económico-patrimonial¹⁶⁷⁷, aunque, a nuestro entender, el hecho de que el deudor indicara y acreditara su verdadera situación económico-patrimonial en la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), tampoco supondría un grave menoscabo al derecho del deudor de refinanciar o reestructurar su pasivo en sede de concurso (art. 5 bis LC), sobre todo, teniendo en cuenta de que el deudor tiene la facultad de solicitar el carácter reservado de la comunicación del concurso para que el Letrado no ordene la publicación del extracto de la resolución en el *Registro Público Concursal* (art. 5 bis 3 LC).

Según la opinión de la profesora PULGAR EZQUERRA, el deudor puede presentar la solicitud de concurso para iniciar las negociaciones encaminadas a la consecución de: i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4^a), ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss.) o, iii) adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (arts. 106 y ss. LC), en situación de insolvencia actual o inminente, como así lo permite el tenor literal del artículo 5 bis 2 de la Ley Concursal¹⁶⁷⁸, pero se debe tener en cuenta que en el caso de la insolvencia actual la presentación de la solicitud de concurso está sometida al plazo legal de formulación: dentro de los dos meses posteriores a la fecha en la que conoció o debió conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 LC), que no operaría en el segundo supuesto al tratarse de un estado de insolvencia inminente¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁵ Vid. ORELLANA CANO, N., en AA. VV., *Comentario práctico...*, op. cit., p. 83; MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁ, K., *Aspectos procesales...*, op. cit., p. 42.

¹⁶⁷⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2^a edición, op. cit., p. 557.

¹⁶⁷⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2^a edición, op. cit., p. 557.

¹⁶⁷⁸ El artículo 5 bis 2 de la Ley dispone: «Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5 LC».

¹⁶⁷⁹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2^a edición, op. cit., p. 558.

3.2. Las pérdidas cualificadas societarias como presupuesto objetivo del precurso

En primer lugar, antes de afrontar la pregunta que nos planteamos, debemos decir que la situación de causa de disolución legal por pérdidas societarias cualificadas (ex art. 363.1 e LSC)¹⁶⁸⁰, no debe identificarse con el estado de insolvencia del deudor (son situaciones patrimoniales diferentes)¹⁶⁸¹, pues, como bien apunta la doctrina, es posible que una sociedad de capital pueda estar incurso en estado de insolvencia, sin que concurra la causa de disolución (art. 363.1.e LSC), y, en sentido contrario, también puede darse el caso de que el deudor esté en causa de disolución legal por pérdidas societarias¹⁶⁸², pero no estar en estado de insolvencia¹⁶⁸³.

El supuesto al que hacemos alusión en el presente epígrafe es aquél en el que un deudor tras las pérdidas societarias se encuentra en estado de insolvencia actual (art. 2.2 LC); en este caso como bien apunta PULGAR EZQUERRA, se produce un desplazamiento de los deberes societarios conectados a la disolución a los deberes concursales, pues, al instar el

¹⁶⁸⁰ El tenor literal del artículo 363.1 e) de la Ley de Sociedades de Capital prevé lo siguiente: «Cuando las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente y, siempre que no sea procedente solicitar la declaración judicial de concurso»

¹⁶⁸¹ Así, vid., por todos PULGAR EZQUERRA, J. *Preconcurabilidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 561.

¹⁶⁸² Como dice la profesora PULGAR EZQUERRA, el hecho de que concurra la causa legal de disolución por pérdidas cualificadas, no significa que haya producido una disminución del patrimonio del deudor, sino que, dichas pérdidas aparecen reflejadas en la contabilidad de la sociedad por aparecer un saldo deudor en la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad que, posteriormente trascienden al Balance. Por lo tanto, se identifican, contablemente hablando, las pérdidas con el resultado negativo del ejercicio social en cuestión, por resultado negativos de las actividades sociales o por las dotaciones para amortizar o, incluso, debido a las provisiones establecidas por imperativo legal o reglamentario que hubiera que realizar. Sobre esta cuestión véase PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores: la declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 362-366; *ibidem*, *Preconcurabilidad y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 561., y toda la doctrina allí citada: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas», en AA. VV., *Libro Homenaje a Fernando Sánchez-Calero*, Madrid, 2002; BATALLER GRAU, J., «Causas de disolución», en ROJO-BELTRÁN (coord.) *Comentario de la Ley de Sociedades de capital*, Ed. Civitas, tomo II, Cizur Menor, 2011, pp. 2547-2559.

¹⁶⁸³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op., cit., p. 561.

administrador la declaración judicial de concurso, se excluye la responsabilidad por deudas (ex art. 367 LSC)¹⁶⁸⁴, ya que al declararse el mismo se otorga publicidad a la situación económica del deudor para que ésta sea conocida por el tráfico mercantil, que en puridad, es lo que se persigue con los deberes conectados a la pérdidas societarias cualificadas¹⁶⁸⁵.

El desplazamiento de deberes societarios hacia los deberes concursales de los administradores sociales es indudable cuando se solicita la declaración de concurso (evitando la responsabilidad por deudas ex art. 367 LSC), pero, ¿se produce este desplazamiento de los deberes sociales a los concursales cuando, en lugar de pedir el concurso, se opte por solicitar el precurso para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 5 bis)?

El artículo 5 bis de la Ley Concursal otorga una moratoria temporal de cuatro meses al deudor con respecto del deber de solicitar el concurso, pues como es sabido la solicitud de precurso aplaza durante 4 meses (3+1 meses) el deber de solicitud de concurso del deudor que está negociando con los acreedores, pero, en ningún caso, la norma dice nada sobre aplazar los deberes de los administradores en sede societaria. Para resolver este dilema, según PULGAR, hay que estar a la situación subyacente tras la situación de pérdidas cualificadas societarias; es decir, en este caso debemos partir de la idea de que debe darse una situación de pérdidas cualificadas societarias y, además, debe concurrir una situación de insolvencia (actual o inminente); si en este caso el deudor acuda al precurso para intentar alcanzar un acuerdo de refinanciación o un acuerdos extrajudiciales de pago, (ex art. 5 bis)¹⁶⁸⁶; en este caso, ¿Se desplazan los deberes societarios de los administradores hacia los deberes precursoales durante los cuatros meses de tramitación del precurso?.

¹⁶⁸⁴ PULGAR EZQUERRA, J., *ibidem...*, 2ª edición, op. cit., p. 562.

¹⁶⁸⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *ibidem...*, 2ª edición, op. cit., p. 561 y 563.

¹⁶⁸⁶ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op., cit., p. 562.

Siguiendo la tesis de la profesora PULGAR EZQUERRA, en los casos en los que el deudor acuda al precurso en estado de insolvencia actual para alcanzar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 5 bis LC), su deber de solicitar el concurso queda aplazado por cuatro meses (3+1 meses) mientras que negocia con los acreedores y, además, durante este lapso temporal, tampoco estaría incumpliendo los deberes societarios conectados a la pérdidas cualificadas (art. 363.1.e LSC), no dándose el presupuesto para una eventual responsabilidad por deudas (art. 367 LSC)¹⁶⁸⁷; por otro lado, tampoco se estaría incumpliendo el deber de solicitar la declaración de concurso (al quedar éste aplazado cuatro meses con la solicitud de precurso ex art. 5 bis), por lo que el deudor tampoco incurriría en la responsabilidad por el déficit concursal (ex arts. 165.1.1º y 172 bis LC).

En definitiva, cuando el deudor pretende solicitar el precurso, habiendo tenido pérdidas cualificadas y, además, se encuentra en situación de insolvencia actual, consigue prorrogar el deber de solicitar el concurso e, indirectamente, también aplaza o prorroga los deberes societarios de los administradores conectados a las situaciones legales de disolución (ex art. 363.1.e LSC)¹⁶⁸⁸. Tras la tramitación del precurso puedan darse dos escenarios: i) que el deudor hay conseguido remover la situación de insolvencia; en este caso, no tendría la carga de instar el concurso (ex art. 5 bis 5 LC), pero si subsistieran las pérdidas cualificadas, el administrador, para evitar caer en la responsabilidad por deudas (ex art. 367 LSC) deberá, una vez tramitado el precurso (4 meses), convocar junta en el plazo de dos meses, para que ésta acuerde la disolución (art. 365.º LSC); ii) en los casos en los que el deudor no hubiera conseguido remover su estado de insolvencia, deberá instar la declaración judicial de concurso (art. 5 bis 5), desplazando el deber concursal al deber societario de promover la disolución de la sociedad de capital. En este caso, el deber societario, *rectius*: la disolución de la sociedad se producirá en

¹⁶⁸⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª, edición, op. cit., pp. 563-564.

¹⁶⁸⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., pp. 563-565.

sede concursal en caso de que eventualmente se abra la fase de liquidación o, si se alcanza un convenio concursal y, éste es incumplido, dándose apertura a la liquidación (art. 143.1. 5º LC) y sus efectos disolutorios (art. 145.3 LC)¹⁶⁸⁹.

En los casos en los que, tras darse una situación de pérdidas cualificadas societarias, que sitúen al deudor en una causa legal de disolución (ex art. 363.1.e LSC), se presente además una posible situación de insolvencia inminente (ex art. 2.3 *in fine* LC), en estos caso no se da un desplazamiento de los deberes societarios hacia los deberes concursales, puesto que cuando un deudor se encuentra en situación de insolvencia inminente no tiene la carga de instar el concurso, sino que, tiene la facultad de instarlo (art. 2.3 LC). Es cierto que, ante la situación anterior, la *facultad* de solicitar la declaración de concurso cuando el deudor se encuentra en situación de insolvencia inminente (ex art. 2.3) podría entenderse como una perfecta alternativa a la disolución de la sociedad en cuestión¹⁶⁹⁰.

En este caso, se produciría el denominado desplazamiento del deber de promover la disolución societaria hacia el deber concursal, siempre y cuando, el deudor haya instado el concurso por encontrarse en estado de insolvencia inminente (art. 2.3)¹⁶⁹¹; pero este desplazamiento no se produce cuando el deudor del supuesto anterior opta por acudir al precurso (ex art. 5 bis LC), ya que como hemos venido defendiendo a lo largo de todo el trabajo, no se puede equiparar la solicitud de precurso a la solicitud de declaración judicial de concurso.

Es cierto que tras la tramitación del precurso (art. 5 bis), si el deudor que no la logrado superar si situación de insolvencia, insta el concurso (art. 5 bis 5 LC), lograría el desplazamiento de los mencionados deberes societarios en pro de los concursales, pero debemos recordar que esta posibilidad no tiene por qué

¹⁶⁸⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, op. cit., p. 565.

¹⁶⁹⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 567.

¹⁶⁹¹ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 567

darse en todo caso y de modo necesario¹⁶⁹², pues como defendemos en la presente tesis, el precurso en las modalidades de: i) acuerdo de refinanciación y, ii) en las de acuerdo extrajudicial de pagos tienen finalidad eminentemente preventiva y, por ello, su tramitación va encaminada a la prevención o superación de la situación de insolvencia (actual o inminente), siendo posible que, tras la tramitación del precurso el deudor no tenga la carga procesal de instar el concurso (ex art. 5 bis 5 LC)¹⁶⁹³.

Como apunta la doctrina¹⁶⁹⁴, en los casos en los que el deudor presente pérdidas cualificadas societarias, que le sitúen en causa legal de disolución (art. 363.1 e LSC) y, además se encuentre en situación de insolvencia inminente, se plantean dos posibles escenarios: i) que la insolvencia inminente devenga en actual y, tras la tramitación del precurso, inste la declaración judicial de concurso (art. 5 bis 5 LC), en este preciso momento, el deber de promover la disolución de la sociedad de capital (art. 365.1 LSC) quedaría desplazado por el deber de instar la declaración de concurso y, a partir de ese momento, no procedería aplicar a los administradores la responsabilidad por deudas (ex art. 367 LSC), no obstante, como bien apunta PULGAR EZQUERRA subsistiría la responsabilidad concursal del artículo 172 bis de la Ley Concursal, si el concurso fuera declarado culpable en virtud de circunstancias distintas a las del artículo 165 de la Ley Concursal¹⁶⁹⁵; ii) el segundo escenario es aquel en el que el deudor tras la tramitación del precurso consigue remover su situación de insolvencia y, por tanto, no tiene que instar la declaración judicial de concurso (ex art. 5 bis 5); en este caso si subsistieran las pérdidas cualificadas tras tramitación del procedimiento de precurso, pesaría sobre el administrador social el deber legal de promover la disolución de la sociedad (art. 365.1 LSC), una vez que hubiera cumplido con dicho deber societario, ya no se le podría

¹⁶⁹² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, op. cit., p. 567.

¹⁶⁹³ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 567.

¹⁶⁹⁴ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., pp. 567-568.

¹⁶⁹⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, op. cit., p. 567.

exigir responsabilidad por deudas en sede societaria (art. 367 LSC)¹⁶⁹⁶. Por lo tanto, también en este caso, si el deudor, tras el precurso, no hubiera promovido, tempestivamente la disolución de la sociedad de capital (art. 365.1 LSC), por encontrarse en causa legal habilitante (ex art. 363.1 e LSC), convocando junta en el plazo de dos meses desde que se tramitó el precurso (ex art. 5 bis LC)¹⁶⁹⁷, se le podrá exigir responsabilidad por deudas sociales por haber incumplido su deber societario de promover la disolución tempestiva de la sociedad y haber optado por solicitar el precurso (ex art. 5 bis), en virtud del artículo 367 de la ley de Sociedades de Capital¹⁶⁹⁸.

4. Tramitación del precurso

4.1. La solicitud de precurso: naturaleza y forma

El artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal prevé que el deudor podrá «comunicar al juzgado competente para su declaración de concurso que ha iniciado negociaciones con sus acreedores (...)». Cuando la norma dice: «*comunicar*», se está refiriendo a que el deudor a través de una *comunicación* dirigida al órgano jurisdiccional competente, comunica e informa —por escrito— que ha iniciado las negociaciones pertinentes con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª LC), una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss.) o, un acuerdo extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss.). La comunicación que efectúa el deudor en virtud del contenido del artículo 5 bis de la Ley Concursal se lleva a cabo mediante una solicitud escrita que, a nuestro juicio, pone en marcha el procedimiento de precurso (art. 5 bis LC). A pesar de ello, y en contra de lo que opina la doctrina¹⁶⁹⁹, la comunicación de precurso no es una *mera*

¹⁶⁹⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 567.

¹⁶⁹⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 565.

¹⁶⁹⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 568.

¹⁶⁹⁹ Así lo entienden PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 568; MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales de la práctica concursal*, ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 42; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones entorno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso», en *RdCyP*, n.º 12, 2010, p. 260; AZNAR GINER, E., *La*

notificación escrita de carácter privado que se presenta en el juzgado sin más; tampoco se corresponde con un verdadero *escrito de demanda* en el que se deduzca pretensión procesal alguna (art. 5 LEC)¹⁷⁰⁰, ni la presentación de dicha solicitud pone en marcha un proceso jurisdiccional (art. 399 LEC)¹⁷⁰¹. En nuestra opinión, como ya hemos defendido en los epígrafes iniciales del presente capítulo, la solicitud de concurso (art. 5 bis LC) se configura como una *potestad o facultad*¹⁷⁰² exclusiva del deudor que, cuando decide ejercitarla se

comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 57; *Ibídem, La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 72-73, *Ibídem, La comunicación del artículo 5 bis de la ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 86-87. GUTIÉRREZ GILSANZ, J. «Comunicación del inicio de negociaciones para obtener una propuesta anticipada de convenio», en *RdM*, n.º 276, 2010, pp. 645-686.

¹⁷⁰⁰ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas...», op. cit., p. 161.

¹⁷⁰¹ Vid. DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas...», op. cit., pp. 161-162. Como dice el profesor DAMIÁN MORENO la solicitud de concurso no puede ser equiparada a una verdadera demanda de la que se deduzca pretensión alguna.

¹⁷⁰² Desde un punto de vista de la Filosofía del Derecho utilizamos el concepto de «facultad» acuñado por el profesor Juan DAMIÁN TRAVERSO, cuya definición es perfectamente válida para entender y comprender la facultad de solicitar el concurso (ex art. 5 bis LC); por lo tanto, entendemos que la solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC) es una *facultad de hacer* «exclusiva» del deudor que será el que decida si quiere ejercitarla o no, sin que ningún acreedor se pueda oponer o interponer en su decisión (no puede hacer nada por evitar que el deudor solicite el concurso). En el caso de que el deudor decida solicitar el concurso (ex art. 5 bis), con la propia solicitud concurso está ejercitando, una *facultad de hacer*, pero, siguiendo los argumentos del profesor DAMIÁN TRAVERSO, a la par, «también está ejercitando, a la vez, un facultad de exigir un deber de respeto; con lo que viene a decir es que con toda facultad se origina o nace un deber de respeto (que se asigna a los posibles destinatarios, en el caso de concurso: a los acreedores), por ello, continúa afirmando el autor, toda *facultad de hacer* es también *facultad de exigir*: «la facultad de exigir es una facultad que nace como tal de la exigencia de un deber respecto de un destinatario». Si trasladamos el concepto del profesor DAMIÁN TRAVERSO al procedimiento de concurso, podemos decir que, cuando el deudor solicita el concurso (ex art. 5 bis) está ejercitando una facultad de hacer que, indirectamente, origina una facultad de exigir un específico deber; por ello, cuando el deudor ejercita la facultad de presentar la solicitud de concurso, está ejercitando también un facultad de exigir el deber (inexcusable) que tienen los acreedores de no hacer nada ni evitar el hecho de que el deudor haya pedido el concurso (ex art. 5 bis LC); esta explicación anterior viene a recordarnos otra importante explicación que hace el profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, a la hora de describir el mecanismo del ejercicio de la facultades en el ámbito de la quita y espera, de la suspensión de pagos y en el concurso, pues, dicho autor entendía que: «la *solicitud de quita y espera y de suspensión de pagos se configuran como un facultad o potestad y, que cuando el deudor decidía ejercitarla, se situaba una situación jurídica nueva, frente a la que los acreedores nada pueden hacer y, lo que es más importante, no pueden evitar*»; a nuestro juicio, la expresión: «nada pueden hacer» y «no pueden evitar», se concretan en lo que DAMIÁN TRAVERSO denominaba: el «deber de respeto» (de los destinatarios que soportan el ejercicio de la facultad por parte del deudor: los acreedores) que nace con toda facultad: es decir el deudor ejercita la facultad de solicitar el concurso y los acreedores tienen el deber de no hacer nada para evitarlo, esto es,

sitúa en una nueva situación jurídica: «la de concurso», beneficiándose de los efectos que se desprenden o se desencadenan con dicha situación jurídica y, entre los que destaca, el espacio temporal de cuatro meses (3+1) que sirve de plataforma para que el deudor pueda llevar a cabo las negociaciones con sus acreedores y, así, poder materializar alguno de los negocios jurídicos que la Ley le pone a disposición: i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª); ii) una propuesta anticipada de convenio (art. 106 y ss. LC) o, iii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC).

Lo más relevante del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis) es que, cuando el deudor decide ejercitar dicha facultad¹⁷⁰³ o derecho *potestativo al cambio jurídico*¹⁷⁰⁴, se sitúa en la situación jurídica de concurso, sobre la que

tienen el deber de soportar el ejercicio de esa facultad, y, por tanto, deberán estar y pasar por la tramitación del concurso, quedando a la expectativa de poder actuar cuando la norma se lo permita. Sobre los conceptos y las definiciones sobre facultad o potestad véase en DAMIÁN TRAVERSO, J., *Filosofía del Derecho*, ed. UNED, Madrid, 1981, p. 77; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 198; ibídem, «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., p. 172.

¹⁷⁰³ En los mismos términos traemos a colección el concepto acuñado por uno de los autores referenciados en la nota a pie de página anterior, el profesor Juan DAMIÁN TRAVERSO que, desde la óptica de la Filosofía del Derecho nos explicaba el beneficio que ofrece el hecho de que se regulen legislativamente y, se tutelen facultades dentro de un Ordenamiento jurídico. También, más abajo, traemos a colación el concepto o definición del término «facultad» acuñado por dicho autor, que nosotros aplicamos analógicamente al procedimiento de concurso (art. 5 bis LC), ya que el mismo los concebimos como una facultad o potestad exclusiva del deudor insolvente (ex art. 5 bis LC). Como decía el profesor DAMIÁN TRAVERSO «*con todo el aparato de fuentes, se va decidiendo lo que se estima mejor para la comunidad, de tal forma que imponer conductas coactivamente y tutelar facultades es una "Technè" (técnica jurídica), una herramienta para hacer frente a los problemas colectivos*», DAMIÁN TRAVERSO, J., «La decisión administrativa», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 1, 1984, p. 135; además, como sostenía dicho autor: «*fuera de aquello que me es impuesto como deber, queda mi puro poder de hacer, mi incondicionada libertad. Este poder hacer, objetivado en conductos determinadas, da lugar a lo que denominamos facultades. Estoy facultado para hacer, por de pronto, todo aquello que no es debido (algo me está permitido cuando algo me es debido). El fundamento de las facultades está en que hay una parte de la libertad de hacer que no es necesario determinar para causar el fin pretendido. (...) La facultad no es sólo de hacer, señorío. Es también facultad de exigir un específico deber. Tal sucede cuando tengo la facultad de que me entregues el libro prestado o el precio de la cosa vendida, la facultad de exigir es una facultad que nace como tal de la exigencia de un deber con destinatario. De esta manera la technè normativa del poder público será, bien establecer directamente deberes, bien establecer facultades, con lo que determina indirectamente deberes. También véase en DAMIÁN TRAVERSO, J., *Filosofía...*, op. cit., pp. 76-77.*

¹⁷⁰⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., pp. 171-173.

los acreedores nada pueden hacer y, lo más importante, no pueden evitar¹⁷⁰⁵. Por lo tanto, una vez que se ha presentado la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) ningún acreedor podrá efectuar alegaciones en contra del ejercicio dicha facultad o potestad, ya que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el que, a priori, no existe controversia alguna, y, además, tampoco se prevé (técnicamente) cauce procedimental –contradictorio– para que los acreedores puedan efectuar las alegaciones que tengan por convenientes sobre la presentación del precurso (ex art. 5 bis LC); si se permitieran a los acreedores efectuar estas alegaciones, éstas podrían contaminar al juez que conociera posteriormente del concurso, que podría caer en la tentación de prejuzgar al deudor en una –eventual– sección de calificación del concurso (ex art. 163 y ss. LC)¹⁷⁰⁶. Además, si estas alegaciones se permitieran, en aras a culpabilizar al deudor por haber incumplido con su deber de solicitar la declaración de concurso (arts. 165.1.1º LC y 172 bis LC), podrían prejuzgar una calificación culpable del concurso, sin haberse declarado judicialmente, por lo tanto, se estaría creando una situación de conflicto (o tensión) entre los acreedores que pudieran ser nombrados miembros del órgano de administración concursal del concurso posteriormente declarado, pudiéndose cuestionar la independencia e imparcialidad con la que deben actuar en el ejercicio de su cargo estos profesionales¹⁷⁰⁷, que en todo caso deberán cumplir

¹⁷⁰⁵ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., p. 172. El profesor CORTÉS decía que «el ejercicio del derecho potestativo al cambio jurídico (la presentación de la solicitud de precurso) creaba la situación jurídica de precurso que afectaba al deudor, los acreedores y los demás legitimados para instar la declaración de concurso y que envuelve y determina posteriores decisiones judiciales». También del mismo autor véase «Expedientes de quita y espera y suspensión...», op. cit., p. 198, explicando la misma cuestión sobre el viejo procedimiento preventivo de quita y espera, que, a nuestro juicio, viene a identificarse con el actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC). (Como podemos ver, cuando el deudor presenta la solicitud de precurso lo acreedores tampoco podrán neutralizar o evitar la tramitación del precurso con una solicitud de concurso necesario, puesto que, desde la presentación de la solicitud de precurso (art. 5 bis LC), no se admitirán solicitudes de concurso necesarios instadas por legitimados distintos al deudor o, del mediador concursal (en el acuerdo extrajudicial de pagos), hasta que no pasen tres meses desde la presentación de la solicitud de precurso, y éstas, se proveerán una vez haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en la norma ex art. 15.3 LC).

¹⁷⁰⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., pp. 568-569;

¹⁷⁰⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, 2ª edición, op. cit., pp. 568-569

escrupulosamente el mandato del artículo 35.1 de la ley Concursal¹⁷⁰⁸. Por todo lo argumentado, las alegaciones que hagan los acreedores cuando un deudor haya presentado la solicitud de concurso (ex art. 5 bis) se deben tener por no puestas, conllevando, las mismas, una actuación que quebraría la buena *fe procesal* que deben llevar a cabo todos los intervinientes en un proceso jurisdiccional (art. 247 LEC), y, que deberá ser sancionado con la correspondiente multa en el ulterior proceso concursal que se declare en virtud de lo dispuesto en el artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁷⁰⁹.

4.1.1. Forma de la solicitud

El artículo 5 bis de la ley Concursal no establece cuál es la estructura o la formalidad que deben seguir las solicitudes de concurso, por eso, se podría llegar a afirmar que en la solicitud de concurso rige, como ocurre en la jurisdicción contenciosa, el *principio de libertad de forma* a la hora de elaborar la solicitud¹⁷¹⁰, aunque, lo cierto es que en la práctica forense la solicitud de concurso se estructura de forma parecida a un *escrito de demanda* (art. 399 LEC)¹⁷¹¹.

¹⁷⁰⁸ El artículo 35.1 de la Ley Concursal dispone que «los administradores concursales y los auxiliares delegados desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y representante leal».

¹⁷⁰⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., pp. 568-569;

¹⁷¹⁰ BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 77.

¹⁷¹¹ Su estructura sigue de forma idéntica, aunque con algunas diferencias notables, la estructura del *escrito de demanda* ex art. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: i) encabezamiento indicando ante qué órgano jurisdiccional se dirige la solicitud de concurso; ii) se identifica al procurador, al letrado y al solicitante (además, se deberá identificar en la solicitud, el domicilio del solicitante para fijar la competencia territorial); iii) se expone de forma ordenada que concurren todos los presupuestos que permiten incoar el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC); y, iv) finalmente se suplica al juzgado que tenga por presentada la solicitud de concurso a los efectos de los artículos 5 bis, 15.3 y 22.1 de la Ley Concursal; v) también es posible introducir mediante *Otrosí Digo*, la petición del carácter reservado de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 3 LC) y, la relación de todas las ejecuciones que se llevan a cabo frente al patrimonio del deudor, indicando cuáles de ellas recaen sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad profesional o empresarial del deudor (ex art. 5 bis 4 II LC). Tal y como apunta BANACLOCHE PALAO, J., en los procedimientos de jurisdicción voluntaria generales en los que no es preceptiva la intervención de letrado y procurador, es posible rellenar la solicitud mediante impreso formalizado, que facilitará la Oficina judicial para incoar los

Ante este dilema, no debemos olvidar que el precurso (ex art. 5 bis) es un procedimiento de jurisdicción voluntaria y, por ende, perfectamente encuadrable dentro del ámbito de aplicación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (art. 1.2 LJV), siendo, por tanto, dicha comunicación una *solicitud*¹⁷¹² escrita formulada por persona legitimada (solicitante o interesado) dirigida a un órgano jurisdiccional competente para declarar su concurso (ex art. 5 bis 1 LC), que viene a incoar un verdadero procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 14.1 LJV)¹⁷¹³. Además, en apoyo a esta tesis, no debemos dejar pasar por alto que la cercanía que presentan las redacciones de los artículos 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 14 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, justifica, de alguna manera, que la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) se asemeje a un escrito de demanda (ex art. 399 LEC), al menos en la estructura básica de la misma¹⁷¹⁴.

Por ello, tal y como veremos en el siguiente epígrafe, la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) se redacta con un encabezamiento donde se identifica a los sujetos que intervienen en el procedimiento (procurador, letrado, solicitante: deudor), después se expone el relato fáctico con inclusión de éstos en las normas jurídicas de aplicación (ya sea procesales o sustantivas) y, a continuación, la solicitud termina con un *petitum* con forma de *suplico* (mediante

procedimientos de jurisdicción voluntaria, además tampoco será necesario que el solicitante que interviene por sí mismo en el procedimiento aduzca en la solicitud formalizada fundamentación jurídica en virtud de lo que dispone el artículo 14.3 *in fine* de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Vid. *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 77.

¹⁷¹² Así lo entiende GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 87; por otro lado, el profesor DAMIÁN MORENO también entiende que la comunicación del inicio de negociaciones no era una verdadera demanda sino que más bien se trataba de una *solicitud*, aunque de carácter *preparatorio o instrumental* (dicho autor se refería a la comunicación regulada en el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, en sus primer año de rodaje), vid. DAMIÁN MORENO dice que es una solicitud de naturaleza *preparatoria o instrumental*, porque, en sus inicios (reforma del real decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo) pues, su única finalidad era la de crear las condiciones materiales y procesales que le posibiliten alcanzar una propuesta de convenio anticipado. Véase DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas...», op. cit., p. 161.

¹⁷¹³ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 87.

¹⁷¹⁴ BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 77.

otrosí) donde se aduzca la petición que se formula¹⁷¹⁵: que se tenga por presentada la solicitud de concurso y se tenga por comunicada el inicio de negociaciones con los acreedores para alcanzar: i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª LC); ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss. LC) o, iii) adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC). Finalmente, es posible utilizar *otrosíes*, para aducir en los mismos, cualquier petición adicional.

4.1.2. Contenido

Con respecto al contenido de la solicitud escrita de concurso (ex art. 5 bis 1 LC), el artículo 5 bis de la Ley Concursal no dispone cuál sería el contenido mínimo con el que debería contar toda solicitud de concurso, pero si acudimos al contenido artículo 14.1 II de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, toda solicitud de jurisdicción voluntaria deberá exponer lo siguiente: «(...) se expondrá a continuación con claridad y precisión lo que se pida, así como una exposición de los hechos y fundamentos jurídicos en que fundamenta su pretensión (...)»; por lo tanto, la solicitud de concurso se deberá acomodar a lo previsto en el artículo 14.1 II de la ley de la Jurisdicción voluntaria y, al menos, deberá contener unos mínimos contenidos a la hora de su presentación. En primer lugar, la solicitud deberá contener la causa de pedir¹⁷¹⁶, que se concretará mediante una exposición de los hechos y fundamentos jurídicos (siempre que se actúe con asistencia técnica letrada, la solicitud deberá contener fundamentación jurídica¹⁷¹⁷) en los que se sustenta o fundamenta la petición de concurso (art. 14.1 LJV); en este caso el solicitante deberá exponer ordenadamente el relato de las circunstancias patrimoniales en las que se encuentra y, además, deberá concretar el objeto de las negociaciones que ha iniciado con sus acreedores, cuestiones éstas que motivarán la tutela (no jurisdiccional) que solicita y, sobre todo, no puede olvidar aducir y especificar

¹⁷¹⁵ Vid. BANACLOCHE PALAO, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 77.

¹⁷¹⁶ BANACLOCHE PALAO, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 77.

¹⁷¹⁷ BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 77.

las normas jurídicas en las que basa su petición de concurso y, los efectos que se desprenden de ellas (v., gr.: arts. 5 bis; 15.3; 22.1; 71 bis 1; Disp. Adicional 4ª; 231 y ss. LC); i) la solicitud de concurso debe ser encabezada y dirigida a los juzgados de lo mercantil del domicilio del deudor; ii) posteriormente se identifica al procurador que representa al deudor y al letrado que le asiste técnicamente que, como ya hemos apuntado en el epígrafe donde hemos analizado la *capacidad de postulación*, entendemos que en el concurso es preceptiva al ser un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre materia mercantil¹⁷¹⁸); iii) en las alegaciones el deudor persona jurídica deberá acreditar con la presentación de la escritura de constitución, su objeto social y, su domicilio social, dato, éste último, que nos permitirá fijar la competencia territorial del procedimiento de concurso (art. 10.1 I LC); iv) también, se deberá concretar en dichas alegaciones que se han iniciado las negociaciones con los acreedores para alcanzar alguno de los negocios jurídicos que pone a su disposición la norma (ex art. 5 bis 1); v) si el deudor opta por la comunicación reservada para que no se ordene la publicación de la solicitud de concurso en el *Registro Público Concursal*, lo deberá pedir mediante *Otrosí digo*; vi) el deudor deberá indicar en la solicitud de concurso, mediante *Otrosí digo*, la relación de todas las ejecuciones –judiciales, extrajudiciales– que se sigan contra su patrimonio y, especificar cuál de ellas recae sobre bienes que se consideren necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, para que todas ellas consten en el decreto dictado por el Letrado de la Administración de Justicia, por el cual se tenía por efectuada la solicitud de concurso (art. 5 bis 4 II LC). En caso de que haya controversia sobre el carácter necesario de los bienes que se aleguen, se podrá recurrir dicho decreto ante el juez de lo mercantil competente para la declaración de concurso (art. 5 bis 4 II *in fine*).

¹⁷¹⁸ Al igual que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil regulados en el título VIII de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 112 a 138 LJV), entendemos que es preceptiva la intervención del procurador y letrado en la solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC).

En nuestra opinión es crucial que el deudor indique en su solicitud de precurso todas las ejecuciones pendientes contra su patrimonio, pues, dicha relación será hará constar posteriormente –a través de reseña– en el decreto del letrado de la Administración de Justicia, y, cuya resolución servirá para suspender las ejecuciones que se sigan en los juzgados competentes contra los bienes o derechos necesarios para la continuidad profesional o empresarial del deudor, con la presentación de la resolución del Letrado de la Administración de Justicia dando constancia de la comunicación (art. 5 bis 4 III).

También deberá incluir (y especificar) la relación de las ejecuciones singulares (judiciales o extrajudiciales) que se sigan frente el patrimonio del deudor promovidas por acreedores de pasivos financieros, sobre cualquier otros bienes o derechos del patrimonio del deudor, pues, éstas también será reseñadas en el decreto del Letrado de la Administración para que el deudor pueda solicitar la suspensión de las mismas (en los juzgado en los que se sigan), siempre y cuando acredite documentalmente que el cincuenta y uno (51) por ciento de los acreedores titulares de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de negociaciones encaminadas a la suscripción de un acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia (art. 5 bis 4 IV LC).

4.1.3. Plazo de presentación

La comunicación del inicio de negociaciones, *rectius*: solicitud de precurso, regulada inicialmente el derogado apartado 3º del artículo 5 de la Ley Concursal, disponía que:

«El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso (...).».

Como podemos observar para poder presentar la solicitud de precurso en sus primeros años de «rodaje» (2009¹⁷¹⁹), el deudor debía estar en estado de insolvencia actual, es decir, que, como bien disponía el precepto el deudor que había iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, podía comunicarlo al juzgado competente para su declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (*ex antiquo* art. 5.3 LC). Una vez que presentaba la solicitud de precurso dentro del plazo anteriormente indicado, el deudor contaba con tres meses para negociar y conseguir las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada (*antiquo* art. 5.3 de la LC); «Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente» (*ex antiquo* art. 5.3 LC).

Por lo tanto el esquema temporal del procedimiento de precurso en sus primeros años de rodaje del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal consistía en la formula (2+3+1), que consistía en lo siguiente: i) el deudor en estado de insolvencia actual presentaba dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia; ii) posteriormente el deudor contaba con tres meses para negociar las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, a contar desde la presentación de la comunicación; iii) tras los tres meses de negociación, el deudor tenía la carga de instar el concurso dentro del mes siguiente, hubiera conseguido las adhesiones o no.

¹⁷¹⁹ Reforma concursal llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009, que introdujo el derogado artículo 5.3 de la ley Concursal.

Con la reforma concursal operada en el año 2011¹⁷²⁰, se eliminó la expresión: «*insolvencia actual...*» que aparecía en el contenido del derogado artículo 5.3; y se introdujo un nuevo artículo 5 bis cuyo tenor literal ha ido evolucionando hasta la actualidad permitiendo, desde la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre¹⁷²¹, acudir al precurso al deudor que se encontrara tanto en estado de insolvencia (inminente o actual) como en estado de preinsolvencia, es decir, siendo solvente.

Actualmente, tras las reformas concursales ejecutadas por el legislativo en los años 2013¹⁷²², 2014¹⁷²³ y 2015¹⁷²⁴, el precurso (ex art. 5 bis), sigue teniendo el mismo esquema temporal (2+3+1), pues, el plazo inicial de los dos meses siguientes a la fecha en la que se hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia, sólo se tendrá en cuenta en los casos en los que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual (art. 2.2 LC), en la que tendrá el deber de presentar la solicitud de precurso dentro del plazo de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su

¹⁷²⁰ Vid. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011.

¹⁷²¹ Vid. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011, introdujo el artículo 5 bis introducido por dicha norma: «1.-El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley. 2.- Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. (...)».

¹⁷²² A través de la promulgación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE n.º 233, de 28 de septiembre de 2013.

¹⁷²³ A través de la promulgación del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, refrendado parlamentariamente mediante Ley 17/2014 de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial, BOE n.º 238, de 1 de octubre de 2014

¹⁷²⁴ Varias reformas mediante Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidando por la vía parlamentaria mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, BOE n.º 125, 26 de mayo de 2015. También destaca la promulgación del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, BOE n.º 180, 29 de julio de 2015.

estado de insolvencia¹⁷²⁵, mientras que si estuviera en estado de insolvencia inminente, no se tendría en cuenta el plazo de los dos meses posteriores a la fecha en la que conoció o debió conocer su estado de insolvencia (art. 5.1), puesto que formulada la solicitud antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar el concurso si lo presenta en fecha anterior a ese momento, como así dispone el actual artículo 5 bis 2 LC.

Por lo tanto, podemos decir que con la vigente redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal, sigue vigente el esquema temporal (2+3+1) que se daba en el derogado artículo 5.3, para los deudores que se encuentren en situación de insolvencia actual (art. 2.2), que *deberán* presentar la solicitud de precurso (art. 5 bis) dentro del plazo de los meses siguientes a la fecha en la que el deudor conoció o debió conocer su estado de insolvencia, para no incurrir en el incumplimiento del deber de solicitud de declaración de concurso (art. 165.1.1º y 172 bis LC)¹⁷²⁶, pues si transcurren los dos meses (desde la fecha en la que conoció o debió conocer su estado de insolvencia) lo procedente sería instar la solicitud de declaración judicial de concurso voluntario en lugar de presentar la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 1 LC).

En los casos en los que el deudor está en estado de insolvencia inminente (art. 2.3) o, está en estado de preinsolvencia (es aún solvente, pero prevé que a medio/largo plazo que no podrá cumplir de forma regular sus obligaciones exigibles), podrá solicitar el precurso en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5.1 de la Ley Concursal, aunque si se formula antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5 bis 2 LC).

Tras la presentación de precurso (ex art. 5 bis 1), el deudor (insolvente o preinsolvente) cuenta con tres meses para llevar a cabo las negociaciones encaminadas a la suscripción de un acuerdo de refinanciación

¹⁷²⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 558.

¹⁷²⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *ibidem...*, 2ª edición, op. cit., p. 559.

(art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4^a), un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss.) o, para alcanzar las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (art. 106 y ss.). Una vez han transcurrido los tres meses de negociaciones, el deudor haya alcanzado o no un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos, o las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediado concursal o no se encontrara en estado de insolvencia (art. 5 bis 5 LC), porque durante la tramitación del precurso la hubiera conseguido remover o prevenir.

4.1.4. La acumulación de solicitudes de precurso

El contenido del vigente artículo 25 de la Ley Concursal, modificado en la reforma concursal del año 2011¹⁷²⁷, viene a regular el régimen legal aplicable a los concursos de acreedores conexos¹⁷²⁸, es decir, regula la posibilidad de que se pueda dar la declaración judicial conjunta de varios deudores insolventes¹⁷²⁹ que instan la declaración judicial de concurso de forma conjunta¹⁷³⁰, siempre que se acredite que pertenecen al mismo grupo (art. 42 CCo)¹⁷³¹ o, que sean los cónyuges que conforman un matrimonio¹⁷³². Como prescribe la norma, «podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes

¹⁷²⁷ Modificado por el artículo único. 18º de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre.

¹⁷²⁸ Sobre la regulación de los concursos conexos es recomendable tener muy en cuenta el completo trabajo de FLORES SEGURA, M., *Los concursos conexos*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014.

¹⁷²⁹ Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz, de 7 de abril de 2006.

¹⁷³⁰ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz, de 10 de octubre de 2008.

¹⁷³¹ En este sentido, vid., el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz, de 15 abril de 2011. Se puede ver el extracto de dicho auto en CAMPUZANO-SÁNCHEZ PAREDES (Coords.), ROJO-BELTRÁN (autores), AA. VV., *Legislación jurisprudencia concursales*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 3ª edición, 2013, p. 104.

¹⁷³² Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz, de 10 de octubre de 2008, Se puede ver el extracto de dicho auto en CAMPUZANO-SÁNCHEZ PAREDES (coords.), ROJO-BELTRÁN (autores), AA. VV., *Legislación jurisprudencia concursales*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 3ª edición, 2013, p. 104.

personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades (art. 25.1 LC).

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de que varios deudores soliciten el precurso de forma acumulada, es cierto que el artículo 5 bis de la Ley Concursal, guarda silencio al respecto y, como ya hemos adelantado, el artículo 25 se refiere a la *declaración judicial de concurso conjunta*, es decir, se refiere al proceso de declaración judicial de concurso, pero, en ningún caso, se hace alusión al procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), que, como es obvio, son dos cosas distintas¹⁷³³: el concurso es un proceso jurisdiccional y el precurso en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. A pesar de ello, la doctrina¹⁷³⁴ y la jurisprudencia¹⁷³⁵ han venido entendiendo que les parece lógico pensar que varios deudores que se encuentren negociando con sus acreedores puedan solicitar el precurso de forma conjunta¹⁷³⁶, ya que si, tras la tramitación del precurso, tuvieran la carga de instar la declaración de concurso (art. 5 bis 5), lo podrían hacer de forma conjunta en aplicación del artículo 25.1 de la Ley Concursal y artículo 72 de la Ley Enjuiciamiento Civil, que intentan aplicar de forma análoga al procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), en virtud de la Disposición adicional quinta de la Ley Concursal¹⁷³⁷.

¹⁷³³ MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo...*, op. cit., p. 816.

¹⁷³⁴ Así lo entiende AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, 2ª edición, op. cit., pp. 71 y 72.

¹⁷³⁵ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz, de 10 de octubre de 2008

¹⁷³⁶ Vid. AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, 2ª edición, op. cit., pp. 71 y 72; en la jurisprudencia véase los autos de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 19 de mayo de 2010 (CENDOJ: 41091370052010200076) y, de 1 de junio de 2010 (CENDOJ: 41091370052010200147), citadas y extractadas por el autor en su trabajo, vid. pp. 72 y 73. En los que se discute si el juez del concurso del domicilio de la matriz tiene competencia para conocer de la solicitud conjunta de precurso (ex art. 5.3 LC) instadas por todas las empresas que componían un grupo; Al final llegan a la conclusión de que si todas las empresas que conforman grupo puede solicitar conjuntamente la solicitud de declaración de concurso, también podrán hacer la comunicación, utilizando los argumentos que se desprenden del artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento, pues los aplican de forma supletoria en virtud de la Disposición Final quinta de la Ley Concursal

¹⁷³⁷ Así parecen entenderlo AZNAR GINER, A., *La Comunicación de art. 5.3...*, op. cit., p. 46 y 47; *ibidem*, *Comunicación del artículo 5 bis...*, 2ª edición, op. cit., p. 72; MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo...*, op. cit., p. 816-817; Gómez López, E., «La utilidad real de aplicación del artículo 5 bis LC», en MARTÍN MOLINA (dirs.), AA. VV., *Una revisión de la Ley Concursal y su*

Ante tal cuestión, nos mostramos partidarios de que varios deudores, por ejemplo varias sociedades de capital que pertenecen a un grupo de empresas, puedan presentar la solicitud de precurso de forma conjunta, pero no por los argumentos que esgrimen los anteriores autores; en primer lugar, dichos autores parecen desconocer que, el precurso no es un proceso jurisdiccional, sino que nos encontramos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria preventivo del concurso, mientras que el concurso de acreedores es un proceso declarativo de eminente naturaleza jurisdiccional, por lo tanto, al precurso no le sería de aplicación el artículo 25.1 de la Ley Concursal para justificar la posibilidad de que varios deudores soliciten el precurso de forma conjunta. Como ya hemos adelantado, nos encontramos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria y, por tanto, creemos que, en lugar de acudir al artículo 25.1 y Disposición Final quinta de la Ley Concursal, creemos más idóneo acudir a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en la que de forma general, no existe regulado ningún precepto que prevea la posible acumulación inicial de varias pretensiones en una misma solicitud (parece difícil que quepa acumular acciones en los procedimientos de jurisdicción voluntaria)¹⁷³⁸. Por lo tanto, deberemos acudir al artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que nos remitirá de forma supletoria a las disposiciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en todo lo no regulado en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria¹⁷³⁹; gracias a dicha remisión, podemos aplicar, de forma supletoria, el artículo 72 de la ley de Enjuiciamiento, que podría dar encaje a la

jurisprudencia dada por especialistas, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 29-30. Y, en la denominada jurisprudencia concursal menor, véase los autos de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de mayo de 2010 y de 1 de junio de 2010, extractados por AZNAR GINER, en la obra arriba citada, y, a pesar de que dichos autos se refieren a las antiguas solicitudes de precurso reguladas en el derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, venían a reconocer la posibilidad de que varios deudores que formaban parte de un grupo (art. 42 CCo), soliciten el precurso de forma conjunta.

¹⁷³⁸ BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, ed. La Ley, Madrid, 2015, p. 79.

¹⁷³⁹ El artículo 8 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria prevé el carácter supletorio de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: «Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la presente Ley». Vid. BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 79.

posible solicitud conjunta de concurso instada por varios deudores. En este sentido, observamos que hemos llegado a la misma solución que los autores anteriores sometiéndonos a la aplicación del artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero, por distinto «recorrido».

Finalmente decir que, aunque el encaje legal que ofrece el tenor literal del artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permita la solicitud conjunta de concurso instada por una pluralidad de deudores, hemos de decir que, salvo el ahorro de costes¹⁷⁴⁰ que pudieran experimentar las distintas filiales que instan el concurso de forma acumulada en una única solicitud (art. 5 bis), no alcanzamos a entender cuáles pueden ser los «grandes» beneficios de la solicitud conjunta en el procedimiento de concurso, pues, en estos casos, el letrado de la Administración entenderá que la solicitud de concurso se ha hecho a título individual, es decir, en realidad, cada deudor ha presentado su propia solicitud de concurso, pues, a nuestro juicio aunque admita la solicitud de concurso conjunta instada por varios deudores (imaginemos varias personas jurídicas que forman parte de un grupo de sociedades), el mismo deberá dictar tantos decretos como deudores hayan solicitado de forma conjunta el concurso, puesto que, cada uno podrá presentar una situación patrimonial distinta; cada uno podrá acudir al concurso a negociar distintos negocios jurídicos (unos pueden optar por alcanzar un acuerdo de refinanciación, otros por alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, y, otros pueden optar por buscar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio), por lo tanto, a pesar de que insten conjuntamente el concurso en el mismo escrito, cada deudor, de forma individual, separada e independiente, puede

¹⁷⁴⁰ Decimos que la única razón para solicitar el concurso de forma acumulada ahorro de costes, porque, entendemos que si un grupo de sociedades cuenta con nueve sociedades filiales y éstas solicitan de forma conjunta la solicitud de concurso ex art. 5 bis, será mucho menos costoso, para el grupo, que presentar cada solicitud de concurso de forma individual en los distintos juzgados de lo mercantil competentes, encareciéndose el coste de la solicitud, porque como ya hemos defendido, nosotros entendemos que es preceptiva la representación del procurador y la asistencia técnica de letrado a la hora de presentar la solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC), al entender que el concurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, y como es sabido, en los procedimientos regulados en el Título VIII de la Ley de la jurisdicción Voluntaria, la intervención de letrado y procurador es preceptiva.

acudir al precurso a negociar cosas distintas y, además, cada uno (a título individual) debe ser beneficiario de los efectos que se desencadenan con la presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC). Además, en apoyo a nuestro argumento, el hecho de que varios deudores insten conjuntamente la solicitud de precurso para comunicar el inicio de negociaciones con sus acreedores en aras de alcanzar: un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª); un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC) o, adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC), no significa que todos los deudores acumulados vayan a tener el mismo «destino», es decir, tras la tramitación del precurso, todas se vean abocada a solicitar la declaración de concurso voluntario o no (ex art. 5 bis 5), puesto que, es posible que algunas hayan conseguido remover su situación de insolvencia y no tendrán la carga de instar el concurso (art. 5 bis 5 in fine LC), mientras que otras no tendrán más remedio que solicitar la declaración de concurso, por seguir en estado de insolvencia, por lo tanto, la acumulación o solicitud conjunta del precurso instada por varios deudores, salvo el ahorro de costes¹⁷⁴¹, no produce –a nuestro juicio– ningún beneficio extraordinario que aconseje su utilización de forma generalizada.

4.2. Control de oficio de los presupuestos procesales

El artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal prevé que el Letrado de la Administración de Justicia ordenará la publicación del en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o el registrador mercantil, en

¹⁷⁴¹ Como ya hemos advertido, decimos que la única razón para solicitar el precurso de forma conjunta por varios deudores sería el «ahorro de costes», porque, entendemos que si un grupo de sociedades cuenta con nueve sociedades filiales y éstas solicitan de forma conjunta la solicitud de precurso ex art. 5 bis, será mucho menos costoso, para el grupo, que presentar cada solicitud de precurso de forma individual en los distintos juzgados de lo mercantil competentes, encareciéndose el coste porque como ya hemos defendidos, nosotros entendemos que es preceptiva la representación del procurador y la asistencia técnica de letrado a la hora de presentar la solicitud de precurso, al entender que el precurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, y como es sabido, en los procedimientos regulados en el Título VIII de la Ley de la jurisdicción Voluntaria, la intervención de letrado y procurador es preceptiva.

los términos que reglamentariamente se determinen (art. 5 bis 3 LC). En caso de solicitar expresamente el deudor el «carácter reservado» de la comunicación de negociaciones, el letrado de la Administración de Justicia no ordenará la publicación del extracto de la resolución en el Registro Público Concursal, quedando la misma de forma confidencial hasta se tramite el concurso (art. 5 bis 3). En este sentido es conveniente decir, que es posible que, en cualquier momento, el deudor pueda solicitar del Letrado de la Administración de Justicia que alce el carácter reservado de la misma se alce, dotando a la misma de la publicidad requerida por el precepto, al ordenar el letrado de la Administración de Justicia su publicación en el Registro Público Concursal (art. 5 bis 3 LC).

Según la *ratio legis* del precepto, queda claro que el Letrado de la Administración de Justicia debe limitarse única y exclusivamente a «repcionar» la solicitud de concurso formulada por el deudor, y dictar decreto por el cual se deje constancia de la comunicación del inicio de negociaciones presentada por el mismo, o, en los casos en los que se estuviera negociando un acuerdo extrajudicial de pagos: por el notario o registrador mercantil, ordenando, en su caso, la publicación del extracto de la resolución en el *Registro Público Concursal* (ex art. 5 bis 3).

A pesar del tenor literal de la norma, en la doctrina se plantean dudas sobre si deben controlar o no los requisitos subjetivos, objetivos y temporales de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis)¹⁷⁴²; nosotros entendemos que el Letrado de la Administración de Justicia «debe controlar» *ex professo* los requisitos objetivos, subjetivos y temporales de la solicitud de concurso, ya que la mera presentación de la misma, conlleva la obtención de determinados efectos, de gran trascendencia, cuya operatividad afecta o incide, no sólo en el deudor, sino que, también, en los propios acreedores. El concurso es un beneficio o facultad¹⁷⁴³ exclusiva del propio deudor (ex art. 5 bis LC), que

¹⁷⁴² ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho concursal», op. cit., p. 566.

¹⁷⁴³ Para entender cómo se articula el término facultad en la solicitud de concurso, creemos oportuno traer a colación la definición elaborada por el profesor DAMIÁN

cuando decide ejercitarla, con la mera presentación de la solicitud de concurso, obtiene diversos efectos de gran trascendencia (que inciden en el propio deudor y en los acreedores) que le permiten llevar a cabo las negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª LC), un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC) o, adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC). Por todo lo descrito, debemos dejar patente que, no ostenta legitimación alguna cualquier acreedor o tercero que pudiera estar interesado en que se desplegaran los efectos del concurso o, incluso, estuviera legitimado para instar la declaración judicial de concurso necesario del deudor¹⁷⁴⁴.

Por ello, entendemos que la protección que dispensa el artículo 5 bis, con la mera presentación de la solicitud de concurso, no se debía otorgarse a cualquier deudor, ni ésta debiera dispensarse a toda costa y, en cualquier caso, por el mero hecho de presentar un escrito de solicitud en el que no es necesario acreditar ninguno de los extremos que se aducen en el mismo, como así se entendía de forma mayoritaria la jurisprudencia¹⁷⁴⁵; a pesar de la tesis anterior,

TRAVERSO que, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, decía: «*que toda facultad no es sólo facultad de hacer (señorío), sino que también hay facultades de exigir un específico deber*»; (...) *toda facultad de hacer origina un deber de respeto, lo que hace que toda facultad de hacer, sea, en todo caso, facultad de exigir. (...) La facultad de exigir es una facultad que nace como tal de la exigencia de un deber respecto de un destinatario. (...) De esta manera la técnica normativa del poder público será, bien establecer deberes, bien establecer facultades, con lo que determina indirectamente deberes*». Véase DAMIÁN TRAVERSO, J., *Filosofía del Derecho*, ed. UNED, 1981, p. 77. En definitiva, si partimos de la definición acuñada por dicho autor, entendemos que, cuando el deudor decide solicitar el concurso (ex art. 5 bis LC), está ejercitando una facultad o potestad de hacer, a la vez que está exigiendo (facultad de exigir) un específico deber de respeto a los acreedores: que deberán respetar el hecho de que el deudor haya ejercido su facultad o potestad de solicitar el concurso (ex art. 5 bis LC). Los acreedores que ven como el deudor solicita el concurso (ex art. 5 bis LC), no podrán hacer nada, ni tampoco podrán evitar que el deudor opte por ejercitar dicha facultad, siendo ésta un beneficio exclusivo del deudor. En esta línea también véase el trabajo de CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 198, donde el profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ define, de forma impecable, el término facultad (o potestad) en relación a la solicitud del viejo expediente de quita y espera, y la vieja suspensión de pagos. «*Esta facultad de pedir, la quita, la espera, la suspensión de pagos, como toda potestad, cuando se ejercita, produce una situación jurídica frente a la que los acreedores nada pueden hacer y, lo que es más importante, no pueden evitar*».

¹⁷⁴⁴ AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, op. cit., p. 71.

¹⁷⁴⁵ Vid., por todos, el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 y Mercantil de Badajoz, de 11 de mayo de 2009; AJM n.º 1 de Bilbao, de 2 de junio de 2009; AJM n.º 2 de A Coruña, de 16 de junio de 2009, de 2009; AJM n.º 8 de Barcelona de 11 de mayo de 2009; AJM n.º 3 de

y en apoyo a la tesis minoritaria invocada por el entonces Magistrado especialista en asuntos de lo Mercantil (GGPJ), Blas Alberto GONZÁLEZ NAVARRO, entendemos que para que un deudor pueda hacerse acreedor de los beneficios efectos que se desprenden de la presentación de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), sería necesario que éste acreditara –*de manera indiciaria: con un principio de prueba*– los requisitos objetivos, subjetivos y temporales que se exige en el artículo 5 bis, puesto que, si el deudor que realmente presenta viabilidad empresarial para continuar en el tráfico con cierta holgura económica, quiere solicitar el concurso, para intentar «con todos sus medios» remover o prevenir su estado de insolvencia, no vemos la razón de por qué no deba acreditar de forma indiciaria: i) su situación económico patrimonial, ii) el inicio de las negociaciones, iii) qué tipo de convenio de refinanciación está negociando (ya que no todos los acuerdos de refinanciación quedan amparados por la protección del concurso) o, iv) de que no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones para presentar propuesta anticipada de convenio (art. 105 LC), en los casos en los que opte por solicitar el concurso para alcanzar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; recordemos que el procedimiento de concurso ofrece al deudor la plataforma temporal idónea para llevar a cabo, con garantías, las negociaciones dirigidas a alcanzar: i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª); ii) un acuerdo extrajudicial de pago (arts. 231 y ss. LC) o, iii) las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss.), y, a nuestro juicio, dicho procedimiento requiere que el deudor que acude decididamente al concurso para refinanciar o reestructurar su pasivo (por presentar un plan de viabilidad que le permita subsistir en el tráfico jurídico), actúe, a pesar de los riesgos que pone de

Madrid, de 29 de abril de 2009; AJM n.º 2 de Madrid, de 18 de mayo de 2009; AAJM n.º 5 de Madrid, de 14 y 17 de abril de 2009, que entendían que el deudor que solicitaba el concurso no tenía que acreditar ninguno de los requisitos objetivos, subjetivos y temporales del artículo 5 bis, es decir no debían acreditar: i) su estado de insolvencia, ii) el inicio de las negociaciones con los acreedores; iii) que no estaba incurso en ninguna de las prohibiciones para presentar propuesta anticipada de convenio

manifiesto el profesor DAMIÁN MORENO¹⁷⁴⁶, con total «transparencia», aportando toda la «información» necesaria que le permita acceder a la refinanciación o, a la reestructuración del pasivo con garantías de éxito, de hecho, en este sentido, si nos fijamos bien en la norma (ex art. 5 bis), el deudor debe comunicar en su solicitud todas las ejecuciones que se siguen frente a su patrimonio y, cuáles de ellas, recaen sobre *bienes necesarios* para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 5 bis 4 LC).

Por lo tanto, entendemos que, pese al tenor literal del precepto (art. 5 bis 3 LC), el Letrado de la Administración de la Justicia no puede mantenerse, si se nos permite, como si de un «empleado de correos» se tratara, recibiendo la solicitud de precurso, poniéndola un sello de registro de entrada, y entrega el justificante del envío, *rectius*: el decreto; el letrado de la Administración de Justicia *tiene y debe* que controlar los presupuestos objetivos, subjetivos y temporales, además, de procedimentales. En primer lugar, como ya hemos apuntado en el epígrafe dónde hemos tratado la competencia en el precurso, el letrado de la Administración de Justicia debe controlar la competencia objetiva y territorial (ex art. 16.1 LJV); en el caso de que no se cumplan las normas de competencia objetiva, el Letrado podrá archivar el procedimiento, previa audiencia del Ministerio Público y del solicitante (art. 16.2 LJV). Asimismo, en el caso de que no se cumplan las normas de competencia territorial el letrado podrá remitir al órgano jurisdiccional territorialmente competente, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de la parte solicitante (art. 16.2 LJV).

¹⁷⁴⁶ DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad...», op. cit., p. 172. «(...) *nadie ignora incluso que el mero hecho de dar publicidad al inicio de negociaciones constituye un elemento que puede alertar sobre el estado de las cuentas del deudor y desencadenar una respuesta de los acreedores contraria a lo que se persigue*». Es cierto que al instar el precurso, el deudor en estado de insolvencia (ya sea actual o inminente), puede alertar a los acreedores de la situación patrimonial en la que se encuentra el deudor, pero no debemos olvidar, que actualmente, la solicitud de precurso concede al deudor la protección necesaria para bloquear o paralizar las solicitudes de concurso necesarias (art. 15.3 LC), y, además, le brinda la posibilidad de suspender o paralizar determinadas ejecuciones durante los cuatro meses (3+1 meses) para negociar, hacen que el deudor quede protegido mientras negocia, no teniéndose que preocuparse de solicitudes de concurso necesarios ni de las ejecuciones que se sigan frente a su patrimonio en dicho lapso temporal de cuatro meses (art. 5 bis 4 LC).

Por otro lado, si el letrado de la Administración de Justicia se percatara que en la solicitud de concurso existieran defectos u omisiones, dará un plazo de subsanación de 5 días para que el deudor pueda completarlo, pero, si esta subsanación no se lleva a cabo, el letrado archivará el procedimiento (arts. 16.4 LJV). En otro orden de cosas, el letrado debe controlar la legitimación, es decir, si el deudor que insta la solicitud de concurso está legitimado para promoverlo en virtud del artículo 3.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria¹⁷⁴⁷ y, del artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal.

Sobre esta cuestión podrían darse situaciones conflictivas que, a nuestro juicio, deben ser controladas por el letrado de la Administración de Justicia, por ejemplo, imaginemos que una persona jurídica de grandes dimensiones solicita la designación de mediador concursal para poner en marcha el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 231 LC), cuya estimación inicial del pasivo sea superior a cinco (5) millones de euros o, que cuya valoración inicial de los activos con los que cuenta la sociedad supere, también, los cinco (5) millones de euros y, por tanto, no cumpliendo los presupuestos previstos en el artículos 231 y 190 de la Ley Concursal, para poder acogerse al procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos.

Como ya hemos adelantado anteriormente, el letrado de la administración de justicia, además de controlar la situación patrimonial del deudor (si está en estado de insolvencia (actual o inminente) o, en estado de preinsolvencia, deberá controlar que se da el *objeto* de la solicitud de concurso; es decir, deberá controlar que el deudor acredita con un principio de prueba (de forma indiciaria) que ha iniciado, efectivamente, las negociaciones con sus acreedores, so pena de no incurrir en fraude procesal (art.

¹⁷⁴⁷ El artículo 3.1 de la ley de la Jurisdicción Voluntaria dice que: «Podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos o cuya legitimación les venga conferida legalmente sobre la materia que constituya su objeto, sin perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

247.2 LEC)¹⁷⁴⁸ para: i) que ha incoado el precurso para alcanzar un acuerdo de refinanciación (y debe estar indicado qué tipo de acuerdo de refinanciación pretende negociar) o, ii) buscando las adhesiones suficientes para conseguir la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio. En el caso de que el deudor formule la solicitud de precurso para alcanzar las adhesiones suficientes (de los acreedores) que permitan la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (art. 106 LC), el deudor deberá acreditar (al menos de forma indiciaria) que no se encuentra en ningunas de las prohibiciones previstas para la presentación de propuesta anticipada de convenio (art. 105 LC): i) que ha cumplido con la obligación legal del depósito de cuentas anuales durante los últimos tres ejercicios (art. 105.1.2º LC) y, además, ii) que no ha sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda pública, la Seguridad Social, o contra los derechos de los trabajadores. En caso de que el deudor sea una persona jurídica, si dará esta causa si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o quien lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio (art. 105.1.1º LC). En el primer caso, el principio de prueba que debería aportar el deudor para acreditar que no está condenado por ninguno de los delitos que dispone el artículo 105.1.1º de la Ley, consistiría en adjuntar un certificado de penales que sea expedida por el Ministerio de Justicia a fecha de la solicitud de precurso que a la solicitud de precurso; en el segundo caso, será suficiente adjuntar a la solicitud un certificado o, una nota simple informativa expedida y firmada por el

¹⁷⁴⁸ En este sentido se pronuncia SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones...», op. cit., p. 98. Que como bien dice la autora la mera afirmación del deudor de que ha iniciado las negociaciones con los acreedores para llevar a cabo alguno de los negocios jurídicos que le pone a disposición el artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal, no debe ser suficiente para que los efectos del precurso de desencadenen: la limitación del derecho de los acreedores a la ejecución forzosa. Por lo tanto, se debe exigir al deudor que presente junto a la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC), un principio de prueba, con al menos un propuesta inicial simple de la que se pueda desprender que el deudor solicitante del precurso se ha puesto en contacto con sus acreedores y, ha iniciado negociaciones con los mismos, si no se presenta un principio de prueba del que se desprenda que el deudor ha incoado las negociaciones con sus acreedores

Registrador Mercantil del domicilio social de la persona jurídica solicitante, en la que se desprenda que se han depositadas las cuentas anuales durante los últimos tres ejercicios.

Como se puede observar, acudir al precurso para alcanzar única y exclusivamente las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (art. 5 bis 1 LC) no evita el concurso de acreedores voluntario, pues tras los cuatro meses (3+1) de tramitación del precurso (ex art. 5 bis), el deudor, si no ha removido su situación de insolvencia, tiene la carga de instar en el concurso voluntario (art. 5 bis 5 LC), pues la consecución de adhesiones a una propuesta de convenio anticipado no conlleva per se la remoción del estado de insolvencia del deudor, sino que las adhesiones suficientes servirán para que la propuesta de convenio anticipado sea admitida a trámite y, pueda ser, una vez que se ha declarado el concurso aprobada judicialmente en el mismo, convirtiéndose en un convenio que garantizará la refinanciación y la viabilidad empresarial del deudor, que entrará en el concurso y saldrá del mismo en un periodo de tiempo relativamente corto¹⁷⁴⁹.

Por eso, desde que se produjo la reforma concursal del año 2011¹⁷⁵⁰, en la que se introdujo la posibilidad del uso del procedimiento precurso para negociar, también, los acuerdos de refinanciación (Disp. Adicional 4ª LC), el

¹⁷⁴⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., p. 175.

¹⁷⁵⁰ A través de la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre. Dicha norma derogó en viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal e introdujo el nuevo artículo 5 bis de la Ley, cuyo tenor literal decía a decir: «1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley. 2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. 3. El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor. 4. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia».

deudor, entendemos que desde un punto de vista estratégico preconcursal, deberá comunicar al letrado de la Administración de Justicia en su solicitud de concurso que va a iniciar las negociaciones con los acreedores bien para obtener un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª), bien para alcanzar las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (art. 5 bis 1); es decir, según la redacción vigente del artículo 5 bis, se permite al deudor intentar negociar ambas posibilidades, ya sea de forma paralela o, de forma subsidiaria, es decir, se intenta negociar el acuerdo de refinanciación y, si esta negociación fracasa, se opta por intentar la negociación de las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (art. 5 bis 1), que, como ya hemos advertido, no evita por sí sola la solicitud de declaración judicial de concurso necesario.

Como hemos podido ver, la posibilidad que otorga el concurso de poder alcanzar anticipadamente las adhesiones suficientes en sede preconcursal le permitirán al deudor entrar en el proceso concursal con una propuesta de convenio anticipado admitida a trámite: por ejemplo en el propio auto de declaración judicial de concurso (art. 106.2 LC), y salir del él de forma rápida con un convenio aprobado judicialmente (en sede concursal) que asegure la refinanciación y, la viabilidad del deudor¹⁷⁵¹.

Además, en conexión con la aportación de los dos *principios de prueba* arriba señalados, tampoco supone un perjuicio o gravamen que perjudique gravemente los intereses del deudor o, que haga inoperante el procedimiento concurso en esta modalidad (porque se deban cumplir unos exigentes requisitos de mérito), puesto que, cuando el deudor pretenda solicitar el concurso para intentar, con todos los medios, conseguir o alcanzar las adhesiones una propuesta anticipada para que ésta sea admitida a trámite y posteriormente sea aprobada en el seno del concurso, que menos que aportar unos *principios de prueba* que indiquen que no está incurso en ninguna de la prohibiciones para presentar propuesta anticipada de convenio (ex art. 105 LC.

¹⁷⁵¹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., p. 175.

En los casos que se pretenda incoar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), el control de los requisitos o presupuestos se lleva a cabo a través de un «doble filtro»: en primer lugar, el primer control de los requisitos y presupuestos lo lleva a cabo el Notario o el Registrador Mercantil competente para conocer de la solicitud (instada por el deudor) para el nombramiento de mediador concursal (art. 232.1 LC) y, en segundo lugar, el letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo un segundo control (doble filtro), cuando reciba la solicitud de precurso, que le comunica o traslada *ex officio* el notario o el registrador mercantil competente (art. 5 bis 1 LC).

En este sentido, el letrado de la Administración de Justicia, una vez que ha recibido la solicitud de precurso comunicada por el notario o el registrador mercantil competente, deberá volver a comprobar: i) la legitimación del deudor que ha solicitado el precurso (ex art. 3.1 LJV y arts. 5 bis; 71 bis 1; Disp. Adicional 4ª; y art. 231 de la Ley Concursal); ii) en segundo lugar, deberá comprobar que el deudor han incoado las negociaciones, de forma efectiva, con los acreedores para alcanzar alguno de los negocios que pone a disposición la norma (ex art. 5 bis 1); iii) en tercer lugar, deberá controlar que el deudor no ha solicitado ninguna solicitud de precurso anterior, y, si la hubiera formulado, ésta debe haberse formulado hace más de un año, porque si no fuera así, no se admitirá la segunda solicitud de precurso (art. 5 bis 6 LC). Y, iv) en cuarto lugar, el letrado de la Administración de Justicia deberá controlar de oficio si en la solicitud que le traslada el notario o el registrador competente, existen defectos u omisiones, pues en caso de existir, el letrado de la Administración de Justicia concederá un plazo de 5 días para que el deudor proceda a subsanar los mismos; en caso de que el defecto no se subsane o, simplemente sea un defecto no subsanable, dicha solicitud se tendrá por no presentada y el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto archivando el procedimiento (arts. 16.4 y 17.1 LJV).

Por ejemplo, si el letrado de la Administración de Justicia no viera clara la relación de ejecuciones (seguidas frente a su patrimonio) aducida por el

deudor en la solicitud de precurso(art. 5 bis 4 II LC), porque no quedara claro ante qué órgano jurisdiccional se siguen o porque no se hayan incluido los números de los expedientes o, por ejemplo, si no quedara claro cuáles son las ejecuciones que se llevan a cabo sobre bienes necesarios para la continuidad profesional o empresarial del deudor, el letrado de la Administración de Justicia dará un plazo de cinco (5) días al deudor para que complete las omisiones o subsane los defectos de los que pueda adolecer la solicitud, archivando el procedimiento en caso de que el deudor no realice dicha subsanación en el plazo indicado (art. 16.4 LJV).

Somos conscientes de que la doctrina pudiera criticar el doble filtro o doble control que defendemos en nuestro trabajo, sobre todo en los casos en los que el deudor pretenda poner en marcha un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 LC), pero el esquema procedimental que ha ideado el legislador durante las últimas reformas llevadas a cabo¹⁷⁵², permite entender que el doble control¹⁷⁵³ que efectúan el notario o el registrador mercantil y, posteriormente, el letrado de la Administración de Justicia, sirve para garantizar que el procedimiento de precurso dirigido a la consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos, se incoa con todas las garantías de éxito, por deudores que, desde un punto de vista financiero presentan viabilidad empresarial y, que, además, acuden verdaderamente al precurso para refinanciar o reestructurar su pasivo, y no para los deudores (que no acreditan viabilidad alguna) que no muestran ninguna intención de negociar con los acreedores un acuerdo de refinanciación; un acuerdo extrajudicial de pagos o,

¹⁷⁵² El procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss. LC) fue introducido por el legislador con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y que ha sido objeto de reforma a través de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

¹⁷⁵³ El doble control de legalidad o doble filtro, no es algo nuevo, se viene haciendo en la práctica jurídica habitual, sobre todo en cualquier formalización de cualquier acto o negocio jurídico elevado a escritura pública que, posteriormente, deba ser inscrito en el Registro Mercantil para dotar al mismo de la publicidad erga omnes que otorga la inscripción en el Registro Mercantil: v., gr.: los actos societarios inscribibles en el Registro Mercantil, en los que se da un doble control por parte del notario que los eleva documento público, y, por parte del registrador que lo inscribe en el Registro Mercantil.

una propuesta anticipada de convenio, y que simplemente solicitan el precurso (art. 5 bis) en busca de una «huida hacia delante», retrasando cuatro meses la entrada al proceso concursal y, por ende, agravando su estado de insolvencia, sin tener la mínima intención de preparar, elaborar o negociar una propuesta anticipada de convenio que fuera admitida a trámite (art. 106 y ss.), y coadyuvara a que la tramitación del concurso se ventilara en un periodo más corto de tiempo, pudiendo salir del concurso de acreedores «desahogadamente» con la suscripción de un convenio «bajo el brazo», que le garantice la refinanciación y la viabilidad empresarial¹⁷⁵⁴.

4.3. La resolución del precurso

El artículo 5 bis 4 II de la Ley Concursal dice: «(...) que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente (...)». Como podemos ver, el letrado de la Administración de Justicia (antiguo secretario judicial), una vez conoce de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), deja constancia de que el deudor *solicitante* ha formulado la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) mediante «decreto». Como se puede observar, el letrado de la Administración de Justicia impulsa el proceso en los términos que establecen las leyes procesales (art. 456.1 LOPJ); por ello, en relación con lo anterior, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 456.6 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, observamos que los letrados de la Administración de Justicia tienen competencia en los procedimientos de Jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer (art. 456.6 b LOPJ). Como hemos adelantado, el letrado de la Administración de Justicia impulsa el procedimiento de precurso dictando la resolución necesaria para la tramitación del mismo (el decreto), salvo aquellas resoluciones que venga reservadas para los Jueces y Tribunales (art. 5 bis 4 II in fine LC¹⁷⁵⁵). El letrado de la Administración de Justicia podrá dictar

¹⁷⁵⁴ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., p. 175-

¹⁷⁵⁵ El artículo 5 bis 4 II in fine de la Ley Concursal dice que, en caso de controversia sobre el carácter necesario de los bienes, el decreto del letrado de la Administración de Justicia puede ser recurrido ante el juez competente para conocer del concurso.

diligencias de ordenación, de constancia, de comunicación o de ejecución (art. 456.2 LOPJ), por tanto, dicha norma le permite dictar un decreto en el procedimiento de concurso, por el cual deja constancia de que el deudor solicitante ha formalizado la solicitud de concurso comunicando el inicio de negociaciones con sus acreedores.

En este sentido, para entender qué es un decreto, debemos acudir a la definición legal del decreto prevista en el artículo 456.3 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dice: *«Se llamará decreto a la resolución que dicte el Letrado de la Administración de Justicia con el fin de admitir la demanda, poner término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, o cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión. Será siempre motivado y contendrá, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se basa»*.

Como ya hemos advertido de forma reiterada, el concurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y por tal razón, también le son de plena aplicación las disposiciones comunes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria; desde un punto de vista general, a la hora de ver por qué resolución se deciden, en general, los procedimientos de jurisdicción voluntaria, demos acudir a lo establecido en el artículo 19.1 de dicho cuerpo normativo, en el que se dispone que: *«El expediente se resolverá por medio de auto o decreto, según corresponda la competencia al Juez o al Secretario judicial, en el plazo de cinco días a contar desde la terminación de la comparecencia o, si esta no se hubiera celebrado, desde la última diligencia practicada»*. Por lo tanto, entendemos que, aparte del artículo 5 bis 4 II de la Ley Concursal, el artículo 19.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria también ofrece soporte legal a la necesidad y oportunidad de que el letrado de la Administración de Justicia debe dictar un decreto para dejar constancia de que el deudor ha formulado la comunicación del inicio de negociaciones, *rectius*: solicitud de concurso (art. 5 bis LC).

Como podemos ver, el legislador concursal ha optado porque el letrado de la Administración de Justicia dicte un decreto en lugar de una *diligencia de*

*constancia*¹⁷⁵⁶, pues el artículo 5 bis 4 II de la Ley Concursal no deja lugar a duda de que se trata de un decreto; en apoyo a la anterior posición, entendemos que el contenido que vierte el letrado de la Administración de Justicia en dicha resolución (decreto), es de tal trascendencia e importancia, que requiere, a nuestro juicio, ser dictado por decreto¹⁷⁵⁷; en primer lugar, porque dicha resolución puede incluir limitaciones que inciden sobre terceros ajenos al procedimiento de concurso, como por ejemplo: las suspensión o paralización de determinadas ejecuciones que se siguen o se pretende incoar contra el patrimonio del deudor solicitante (art. 5 bis 4)¹⁷⁵⁸, que afectan a terceros ajenos al concurso, y, además, en vista de los beneficios que se desencadenan con la mera presentación de la solicitud de concurso, creemos que es lógico y razonable que dicho decreto, al igual que cualquier otra resolución judicial, deba ir plenamente motivado, conteniendo los antecedentes de hecho (estructurados en párrafos separados y numerados) y, los fundamentos de derecho en los que base la subsiguiente parte dispositiva que haya dictado el letrado de la Administración de Justicia (art. 208.2 LEC).

Además, al decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que se deja constancia de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), también le serán de aplicación los requisitos exigibles a todas las resoluciones judiciales (art. 218 LEC), pues la decisión que se adopte (el decreto) deberá ser motivada

¹⁷⁵⁶ El artículo 456.2 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dispone que, el letrado de la Administración de Justicia «*dictará las resoluciones para la tramitación del proceso, salvo aquéllas que las leyes procesales reserven a Jueces y Tribunales. Estas resoluciones se denominarán diligencias, que podrán ser de ordenación, de constancia, de comunicación o de ejecución*».

¹⁷⁵⁷ Aunque podrían generarse dudas, la resolución del letrado de la Administración de Justicia por la que deja constancia de la comunicación del inicio de negociaciones del deudor debe ser realizada por decreto en lugar de las diligencias de constancia, pues el artículo 5 bis II de la Ley Concursal, no deja lugar a dudas. Vid., en este sentido a SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores» en DÍAZ MORENO-LEÓN (dirs.), AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 87 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC...», op. cit., p. 90.

¹⁷⁵⁸ Como, por ejemplo: órganos jurisdiccionales, entidades financieras, proveedores, acreedores, ejecutantes, etc.)

(art. 218.2 LEC¹⁷⁵⁹) y exhaustiva y congruente (ex art. 218.1 LEC)¹⁷⁶⁰, por lo que, el letrado de la Administración de Justicia, deberá pronunciarse, sin excederse de lo que se le ha solicitado, por todas las cuestiones que aduce el deudor y, además, sobre todos los efectos que se desencadenan con la presentación de la solicitud de concurso (ex arts. 5 bis, 15.3, 22.1 LC). También es capital apuntar que el decreto del letrado de la administración de Justicia en el procedimiento de concurso es una resolución que pone fin al expediente o procedimiento, y vincula al letrado de la Administración de Justicia que lo ha firmado, de modo que tampoco podrá modificarlo posteriormente una vez lo ha dictado y publicado, aunque no sea firme (art. 214.1 LEC)¹⁷⁶¹, además tampoco se podrán modificar las posibles resoluciones interlocutorias que se puedan ir dando durante la tramitación del procedimiento (art. 207.3 LEC)¹⁷⁶².

4.3.1. El contenido del decreto del letrado de la Administración de Justicia en el concurso (ex art. 5 bis LC)

El decreto que dicte el letrado de la Administración de Justicia tras la presentación de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC) deberá contener, al menos, el siguiente contenido:

En primer lugar, se fechará y se pondrá la localidad donde se ha dictado con el nombre y los apellidos del Letrado de Administración de Justicia que ha conocido del mismo. A continuación, se expondrán de manera ordenada y separada todos y cada uno de los antecedentes de hecho que han acontecido al

¹⁷⁵⁹ Los decretos y los autos serán siempre motivados y contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo.

¹⁷⁶⁰ BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 95

¹⁷⁶¹ Vid. BANACLOCHE PALAO, J., *Ibidem* ..., op. cit., p. 95

¹⁷⁶² Vid. BANACLOCHE PALAO, J., *Ibidem*..., op. cit., p. 95, que incluso nos recuerda que con la entrada en vigor de la Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se acabó con el antiguo régimen anterior de la LEC de 1881, en la que el derogado artículo 1818 permitía cambiar cualquier resolución interlocutoria por la mera voluntad del juez

deudor solicitante del precurso (ex art. 5 bis); estos antecedentes pueden ir recogidos a título ilustrativo en un expositivo único (art. 208.2 LEC).

Después, tras los antecedentes de hecho, se expondrán también de forma ordenada y separada los fundamentos de derecho (art. 208.2) en los que indicará todos los preceptos legales que entran en juego en el precurso y los efectos que estos producen tras la presentación de la solicitud de precurso (art 5 bis LC); en el primer expositivo de los fundamentos de derecho, el letrado de la Administración de Justicia deberá pronunciarse por su competencia para conocer de la solicitud de precurso, al ser su juzgado el competente para conocer de la declaración judicial de concurso de dicho deudor (ex arts. 5 bis 3; 8 y 10 LC); en el segundo expositivo, normalmente, el letrado dejará patente que, conforme a lo que dispone el artículo 5.1 de la Ley Concursal el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, no obstante lo anterior es matizado por el contenido del artículo 5 bis de la Ley Concursal (el letrado de la Administración de justicia en este preciso momento introduce íntegramente el tenor literal del precepto). Posteriormente, el letrado también suele especificar los efectos que produce la presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), aduciendo el contenido del artículo 22.1 de la Ley Concursal, con el que nos informa de que, a efectos del artículo 22.1 de la Ley, la solicitud concurso posterior, si es que no evita salir del estado de insolvencia tras la tramitación del precurso (art. 5 bis 5 LC), se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo (art. 22.1 *in fine* LC).

En el expositivo tercero, el letrado de la Administración de Justicia hará alusión a que la solicitud de precurso presentada por el deudor cumple con todo o establecido en el artículo 5 bis de la Ley Concursal y, por lo tanto, siguiendo lo previsto en el artículo 5 bis 3, se deja constancia de que se ha formulado la comunicación presentada por el deudor/notario/registrator, ordenando su publicación en el Registro Público Concursal, salvo que se haya solicitado el carácter reservado de la comunicación.

Finalmente, se introduce la parte dispositiva del decreto dictado por el letrado de la Administración de Justicia, donde se dispone que se tiene por comunicada la apertura de las negociaciones con los acreedores para alcanzar: i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª); ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss. LC) o, iii) adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss.), dejándose constancia de todo ello a los efectos de los artículos 5 bis, 15.3, 22.1 233.3, 235.6 de la Ley Concursal.

Por otro lado, también se indicará que tras el transcurso del plazo de 3 meses al que se refiere el artículo 5 bis, dentro del mes hábil siguiente, a menos de que lo hayan solicitado el mediador concursal o no se encontrará en estado de insolvencia, el deudor deberá presentar la solicitud de declaración de concurso en los términos del artículo 6 de la Ley Concursal. Asimismo, en la parte dispositiva del decreto, se deberá introducir la relación de todas las ejecuciones que se siguen frente al patrimonio del deudor, especificando, a juicio del deudor, cuáles recaen sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad profesional o empresarial del deudor. También indicará el letrado la relación de las ejecuciones singulares (judiciales o extrajudiciales), promovidas por acreedores de pasivos financieros, en las que se el deudor haya acreditado expresamente que al menos un 51 por ciento de pasivos financieros apoyen la apertura de las negociaciones bajo el soporte del precurso para alcanzar un acuerdo de refinanciación (art. 5 bis 4 IV LC). En este apartado de la parte dispositiva del decreto, el letrado incluirá con todo detalle todas las ejecuciones que se siguen frente al patrimonio del deudor precurso, el órgano jurisdiccional en el que se está ventilando la ejecución, y el número de expediente asignado al procedimiento pero para ello, como ha dijimos en el apartado correspondiente, el deudor debe ser sumamente diligente a la hora de formular la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), pues, deberá introducir todo tipo de detalles sobre estos extremos, para que el letrado de la Administración de Justicia que conozca de dicha solicitud cuenta con la mayor información posible sobre los procedimientos de ejecución pendientes frente al deudor:

(fecha de la incoación, órgano jurisdiccional ante el que se tramita, número de expediente asignado a dicho procedimientos, estado del procedimiento, etc.).

Después, salvo que el deudor haya pedido el carácter reservado de la comunicación o solicitud, el letrado ordenará la publicación del extracto de dicha resolución (art. 5 bis 3), acordando el archivo de las actuaciones del procedimiento de concurso, dando de baja las actuaciones en los libros del juzgado donde ejerce de letrado de la Administración de Justicia titular. Finalmente se indicará que el decreto podrá ser recurrido en reposición frente al propio Letrado, en el plazo de 5 días a contar desde la notificación de la misma; también se hará alusión a la posible exigencia de acreditar el depósito para poder recurrir el decreto, en virtud de la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre¹⁷⁶³.

4.3.2. El carácter reservado del decreto del letrado de la Administración de Justicia (ex art. 5 bis 3 LC): publicidad *versus* confidencialidad

Una de las novedades que introdujo el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptaban medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, cuya disposición recibió refrendo parlamentario mediante la promulgación de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre¹⁷⁶⁴, fue la posibilidad de pedir que la resolución por la cual se deja constancia de que se ha formulado comunicación del inicio de negociaciones tuviera «carácter reservado» con el fin de potenciar e incentivar las negociaciones, quedando la publicidad de la solicitud del concurso en manos del propio deudor¹⁷⁶⁵ (art. 5 bis 3 II LC)¹⁷⁶⁶. Como podemos observar

¹⁷⁶³ Vid. Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁷⁶⁴ Vid. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE n.º 238, de 1 de octubre.

¹⁷⁶⁵ Véase CAMPUZANO A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, Mª.L., *Prevención y gestión de la insolvencia*, ed. UOC, Barcelona, 2016, p. 239; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Derecho Preconcurso», op. cit., p. 566

esta posibilidad se conforma en nuestro sistema concursal como una excepción a la regla general de publicidad en el concurso, y, por supuesto, en el procedimiento de precurso que es donde efectivamente opera el carácter reservado (ex art. 5 bis 3); debemos tener en cuenta que, la incoación del procedimiento de precurso mediante la presentación de la solicitud (ex art. 5 bis), desencadena y produce determinados efectos frente a terceros y demás legitimados (no se puede instar la declaración judicial de concurso necesario, no podrán iniciarse o, en su caso, se suspenderán las ejecuciones individuales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor), hasta que se de alguna de las circunstancias que prevé el art. 5 bis 4 I de la Ley Concursal¹⁷⁶⁷, que justifican la necesidad de dar publicidad en el mismo¹⁷⁶⁸. La norma permite al solicitante del precurso (ex art. 5 bis 3 LC), pedir expresamente que el extracto del decreto dictado por el letrado de la Administración de Justicia se tramite con «carácter reservado» (ex art. 5 bis 3 II LC); es decir, el deudor puede optar (la decisión de solicitar la reserva queda en manos del deudor¹⁷⁶⁹) por solicitar que no se ordene la publicación del extracto del decreto – por el cual se

¹⁷⁶⁶ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Derecho Preconcursal», op. cit., p. 566; SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de las ejecuciones...», op. cit., pp. 97-98; PULGAR EZQUERRA, J., «Ley 9/2015, de reforma urgente concursal...», op. cit., pp. 44-46; *Ibidem*, *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., pp. 612-617; CAMPUZANO A.B., Y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión de la insolvencia*, ed. UOC, Barcelona, 2016, p. 239 MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación de negociaciones en el artículo 5 bis LC», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 251-259; GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso de acreedores: publicidad *versus* reserva», en *RdM*, n.º 299, enero-marzo, 2016, p. 87; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, op. cit., p. 101

¹⁷⁶⁷ Las circunstancias que establece el artículo 5 bis 4 I de la Ley Concursal, que ponen fin a l prohibición de iniciar ejecuciones o suspender las mismas son: a) se formalice un acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis 1; b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; c) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; e) o tenga lugar la declaración de concurso.

¹⁷⁶⁸ En esta línea véase GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso de acreedores...», op. cit., p. 87.

¹⁷⁶⁹ Vid. GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso de acreedores...», op. cit., p. 88; MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación de negociaciones...», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 255.

deja constancia de que se han iniciado las negociaciones con los acreedores – en la tercera sección del Registro Público Concursal (ex art. 5 bis 3 LC)¹⁷⁷⁰.

La regla general es que, tras conocer de la solicitud de concurso, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará la publicación en el *Registro Público Concursal* del extracto del decreto por el que se deja constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos deberá comunicar, *ex officio*, por el notario o, por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen (art. 5 bis 3 I LC)¹⁷⁷¹.

Ahora bien, como ya hemos advertido, es posible como excepción a la regla general, que el deudor pueda optar por tramitar su solicitud de concurso con «carácter reservado», es decir, puede solicitar expresamente en la misma solicitud de concurso que el extracto del decreto por el cual se tiene por formulada la comunicación del inicio de negociaciones, no sea publicada en la sección tercera del Registro Público Concursal (art. 5 bis 3 LC)¹⁷⁷². Al solicitar el carácter reservado de la comunicación del inicio de negociaciones (art. 5 bis 3), el deudor podrá negociar *confidencialmente* con los acreedores, sin que se dé a conocer que ha solicitado el concurso para llevar a cabo las negociaciones de forma reservada y confidencial (art. 5 bis 3 LC), evitando, con ello, que la publicidad de la situación de concurso en la que se encuentra agrave aún más la situación de crisis que atraviesa y, pueda

¹⁷⁷⁰ Creado por el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, el Registro Público Concursal es un registro público de acceso online (depende del Ministerio de Justicia, que encomienda su gestión al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes muebles de España), está regulado en el artículo 198 de la Ley Concursal, donde se puede observar que se organiza en cuatro secciones: i) edictos concursales; ii) la de publicidad registral; iii) la de acuerdos extrajudiciales (art. 198.1 c LC). Debemos recordar que el Real Decreto-ley 3/2009, de 27, en su artículo 10.1 no exigía la publicidad en el concurso, puesto que en el artículo 5.3 de la Ley Concursal sólo se dejaba constancia de que se habían iniciado las negociaciones.

¹⁷⁷¹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 613; GARCÍA VIDAL, Á., «El concurso de acreedores: publicidad *versus* reserva», en *RdM*, n.º 299, enero-marzo, 2016, p. 87.

¹⁷⁷² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 614; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, op. cit., p. 101-102;

dinamitar las negociaciones con los acreedores¹⁷⁷³, pues, en muchas ocasiones, cuando los acreedores tienen conocimiento de que el deudor ha solicitado el precurso (art. 5 bis LC), comienzan a ponerse «nerviosos», al entender (erróneamente) que el deudor va a entrar inminentemente en el proceso concursal (cosa que no tiene por qué darse en todo caso) y, por tanto, comenzarían a ejecutar —a toda costa— sus posiciones activas haciendo fracasar, con toda seguridad, las negociaciones preconcursales que estuviera llevando a cabo el deudor en sede de precurso. En este sentido debemos decir que, de alguna forma, la situación de alarma que provoca en los acreedores la situación de precurso, es debida, a nuestro juicio, a la falta de cultura concursal¹⁷⁷⁴ que ha venido predominando en el Derecho español (sigue lastrando al concurso y a todas las situaciones cercanas al concurso, el estigma que tradicionalmente se ha venido atribuyéndose a los procedimientos de insolvencia), pues, se desconoce qué es, realmente, el precurso (ex art. 5 bis) y, cuál es su verdadera finalidad; ante el desconocimiento mostrado por muchos operadores sobre la *facultad* de solicitar el precurso (ex art. 5 bis LC), por todo ello, también hay que tener en cuenta que detrás de dicha confusión se encuentra anidado el *estigma* que siempre ha venido rodeando a la materia concursal¹⁷⁷⁵.

Por eso, algunos autores sostienen que gran parte de los conflictos que se generan cuando una empresa solicita la comunicación del inicio de negociaciones y sus efectos (art. 5 bis LC) pueden ser debidos, en gran parte, a la utilización del término «precurso¹⁷⁷⁶», pues, cuando el deudor decide

¹⁷⁷³ Vid. GARCÍA VIDAL, Á, «El precurso de acreedores...», op. cit., p. 89.

¹⁷⁷⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma concursal», en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), en AA. VV., *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2011, p. 660.

¹⁷⁷⁵ Vid. GARCÍA VIDAL, Á, «Ibíd...», op. cit., p. 89.

¹⁷⁷⁶ La profesora PULGAR ha criticado el uso del nombre de precurso a la hora de referirnos al artículo 5 bis, pues entiende que el uso del mismo para denominar a la comunicación del inicio de negociaciones ex art. 5 bis, hace que los terceros conecten dicha comunicación a la preparación del concurso de acreedores con los posibles efectos adversos que el empleo de esta expresión podría acarrear. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., pp. 547, 600-602.

ejercitar dicha *facultad* y solicitan el precurso (ex art. 5 bis), muchos proveedores, ante el temor de no cobrar su crédito en el concurso, optan por dejar de servir las mercancías al deudor en situación jurídica de precurso y, comienzan a ejecutar su posiciones sin espera alguna, por creer que el deudor se encuentra ya declarado judicialmente en concurso (cosa totalmente ajena a la realidad); además, de la inadecuada identificación del precurso y el concurso de acreedores, también la palabra precurso puede generar situaciones problemática e injustas en los contratos del sector público, sobre todo si atendemos al contenido del artículo 60.1 b del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹⁷⁷⁷, en el que regula las *prohibiciones de contratar* en el sector público; en este caso, como hemos dicho, se pueden dar situaciones injustas, provocadas –realmente– por una mala concepción de la verdadera naturaleza de lo procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), y, se deja fuera de la licitación (en el ámbito de la contratación del Sector Público) a una empresa por estar la misma en situación de «precurso» por entender, equivocadamente, que dicho deudor ya se encuentre declarado judicial en concurso (cosa ajena a la realidad), siendo ésta (última) la verdadera causa de prohibición a tener en cuenta en las licitaciones de contratos del Sector Público (ex art. 60.1 b TRLCSP)¹⁷⁷⁸. En relación a lo anterior, y en respuesta a todo lo argumentado, debe quedar patente que el precurso no puede ni debe identificarse con la institución procesal¹⁷⁷⁹ del concurso de acreedores (proceso jurisdiccional por excelencia¹⁷⁸⁰), ni siquiera, debemos entender el precurso como el procedimiento *preliminar, preparatorio o instrumental* del ulterior proceso concursal; el precurso no es la antesala del concurso y tampoco se debe

¹⁷⁷⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., pp. 600-601

¹⁷⁷⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, 2ª edición, op. cit., pp. 600-601.

¹⁷⁷⁹ La doctrina mercantilista más autorizada entiende y reconoce que el concurso de acreedores es un verdadero instituto procesal, véase OLIVENCIA RUIZ, M., «Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso», en *RPJ*, n.º 18, 2004, p. 26.

¹⁷⁸⁰ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Naturaleza de la declaración judicial de concurso», op. cit., p. 20; SENÉS

tener por la preparación del mismo, sino que nos encontramos ante un verdadero procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria (independiente del concurso) cuya finalidad esencial es, justamente la contraria a la preparatoria, la de prevenir el concurso de acreedores. El precurso se convierte en el procedimiento cuya tramitación otorga a los deudores unos efectos de protección que sitúan a los mismos en el escenario *perfecto* para garantizar que puedan negociar (sin presiones) con la tranquilidad requerida para alcanzar la suscripción de un acuerdo de refinanciación o, un acuerdo extrajudicial de pagos que, coadyuve a remover su estado de insolvencia y, por ende, consiga evitar el concurso de acreedores (art. 5 bis LC). Por otro lado, también debemos acabar con la idea de que el deudor con la solicitud de precurso esté confesando¹⁷⁸¹, *rectius*: reconociendo que se encuentra en una determinada situación patrimonial (declaración paladina de estar en estado de insolvencia – ya sea actual o inminente –), pues el hecho de anunciar que estás en estado de insolvencia, no significa que el mismo vaya a solicitar la declaración de concurso tras la tramitación del precurso (ex art. 5 bis 5), puesto que si el deudor en situación jurídica de precurso consigue remover su estado de insolvencia tras haber materializado o suscrito un acuerdo de refinanciación o, un acuerdo extrajudicial de pagos, no tendría la carga procesal de instar la declaración judicial de concurso (ex art. 5 bis 5 in fine LC). Finalmente decir que, en nuestra opinión el procedimiento albergado en el artículo 5 bis de la Ley

¹⁷⁸¹ En este sentido tenemos que abandonar la idea de que tanto la solicitud de concurso de acreedores es de carácter confesorio. En el precurso es cierto que cuando se formula la solicitud (ex art. 5 bis) se está comunicando que estamos en una situación de insolvencia (ya sea inminente o actual), pero eso no quiere decir que tras la tramitación del precurso (cuando venzan los plazos del artículo 5 bis 5), se vaya a solicitar el concurso en todo caso. Si el deudor consigue remover su estado de insolvencia durante el precurso, no tendrá la carga de instar el mismo (ex art. 5 bis 5 LC). Además, al procedimiento de precurso se puede acudir siendo solvente, cuando se prevé que objetivamente a medio/largo plazo no se va a poder cumplir con las obligaciones de forma puntual y regular. En este caso no estaría comunicando que está en insolvencia; además es posible que el deudor pueda optar por el carácter reservado de la comunicación del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis 3) por lo que es posible, no reservar toda esa información patrimonial del deudor mediante este instrumento; por todo ello, debemos abandonar la idea de que tanto, la solicitud de concurso, como la solicitud del precurso son declaraciones paladinas de confesión de la insolvencia. Sobre la posibilidad de acudir al procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) siendo solvente, vid., por todos a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho precurso», op., cit., p 566; y a GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso de acreedores», op. cit., p. 84.

Concursal está bien identificado con el término «preconcurso», y quizá, todas las situaciones conflictivas que se asocian al utilizar este término a la hora de referirnos al procedimiento del artículo 5 bis, se produzcan debido a una mala concepción del alcance de la palabra «preconcurso», la cual ya hemos analizado, pormenorizadamente, en los capítulos anteriores.

4.3.2.1. Incentivos que aconsejan solicitar el carácter reservado de la comunicación del inicio de comunicaciones (ex art. 5 bis LC)

Como bien apunta el profesor GARCÍA VIDAL, parece lógico pensar que al procedimiento de concurso se le deba dar toda la publicidad posible a través de su publicación en el Registro Público Concursal, como así establece la norma (art. 5 bis 3), debiendo ser esta publicidad la regla general¹⁷⁸², pues los trascendentes efectos que se desencadenan una vez se ha presentado la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), no sólo afectan al propio deudor, sino que, de forma inmediata, se originan consecuencias jurídicas a los terceros y, éstos, deberían conocer inmediatamente todas las limitaciones de derechos subjetivos y los efectos que se despliegan con la formulación de la solicitud de concurso para cumplir con las mismas (ex arts. 5 bis 4, 5 y 6; 15.3 y 22.1 LC)¹⁷⁸³. Por lo tanto, en conclusión, podemos decir que debido a los efectos que se desprenden de la presentación de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis) es fácil *deducir* la necesidad de que dicha solicitud sea objeto de publicidad específica y se publique en el *Registro Público Concursal*, ya que la formulación de la misma, produce consecuencias inmediatas para los acreedores, que éstos deberían conocer¹⁷⁸⁴. Decimos lo anterior, debido a que nosotros entendemos que no se puede hacer valer, ni oponer frente a terceros (acreedores), las limitaciones que se desprenden con la mera presentación de la solicitud de concurso, si ni siquiera conocen que el deudor ha solicitado el concurso

¹⁷⁸² GARCÍA VIDAL, Á., «El concurso de acreedores...», op. cit., p. 88

¹⁷⁸³ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión de la insolvencia*, ed. UOC, Barcelona, 2016, p. 239

¹⁷⁸⁴ Vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op. cit., p. 239; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho Preconcursal», op. cit., p. 566.

(ex art. 5 bis LC), por eso, en principio, si no se pide por parte del deudor, la regla general es que, directamente el letrado de la Administración de Justicia ordena la publicación de extracto del decreto que el dicta, por el cual se tiene por formulada la comunicación del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis 3 LC)¹⁷⁸⁵.

Por un lado, existen argumentos que incentivan a los deudores a pedir, expresamente, el carácter reservado de la comunicación de negociaciones (ex art. 5 bis), ya que, a pesar de las severas críticas que la doctrina ha vertido sobre el carácter reservado de la comunicación de precurso (ex art. 5 bis 3)¹⁷⁸⁶, la misma puede beneficiar al deudor que quiere llevar las negociaciones con sus acreedores de forma *confidencial* (sin que la solicitud de precurso para negociar con los acreedores trascienda al mercado), para que ningún acreedor disidente o, que no haya participado en las negociaciones, pueda «dinamitar» las mismas¹⁷⁸⁷, solicitando la declaración de concurso necesario o, ejecutando sus posiciones activas frente al deudor.

A pesar de las beneficios que pueda ofrecer la solicitud reservada de precurso (ex art 5 bis 3 LC), entendemos que el carácter reservado de dicha solicitud en lugar de convertirse en regla general¹⁷⁸⁸ (como se puede observar en la práctica forense: un porcentaje altísimo de deudores formulan solicitud de precurso con carácter reservado), debe ser tomada con cierta prudencia por parte de los deudores que pretenden solicitar el precurso, pues, existen argumentos que hacen que dicha reserva de confidencialidad no sea la opción más adecuada para el deudor que va a negociar en el precurso y, sobre todo, dependiendo de qué tipo de deudor trate de acogerse al *beneficio de*

¹⁷⁸⁵ GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso de acreedores...», op. cit., p. 88.

¹⁷⁸⁶ MAIRATA LAVIÑA, J. «Confidencialidad de la comunicación de negociaciones en el artículo 5 bis LC», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 251-258. Cuyo autor critica duramente el sistema de confidencialidad de la solicitud de precurso ideado por el legislador concursal, pues, entiende que casa mal con supuestos en los que se formular una comunicación con el objeto de impedir a un acreedor instar el concurso, iniciar ejecuciones, paralizarlas, etc.

¹⁷⁸⁷ GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso de acreedores...», op. cit., p. 89.

¹⁷⁸⁸ GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso de acreedores...», op. cit., p. 90, concretamente vid., la nota a pie de página n.º 68.

confidencialidad (ex art. 5 bis 3 LC) y, a nuestro juicio, dependiendo, también, de cuál sea la situación patrimonial se encuentre el mismo.

Según podemos observar, la posibilidad de poder solicitar el carácter reservado del extracto del decreto por el cual se tenga por presentada la comunicación del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis 3 LC), es, al igual que la propia solicitud de concurso, una facultad que —exclusivamente— puede ejercitar o no el deudor (además puede alzar la reserva en cualquier momento¹⁷⁸⁹); por lo tanto, el legislador deja la publicidad de la solicitud del concurso al arbitrio del propio deudor, que podrá pedir el carácter reservado de la solicitud, eludiendo la publicidad prevista inicialmente (ex art. 5 bis 3 LC)¹⁷⁹⁰.

A pesar de que el deudor cuenta con esta facultad de solicitar el *carácter reservado* de su solicitud de concurso (ex art. 5 bis 3), en busca de una pretendida *confidencialidad* a la hora de llevar a cabo las negociaciones con los acreedores, en nuestra opinión, entendemos que dicha petición debe meditarse y, analizarse estratégicamente, pues, en ocasiones, será mejor no solicitar tal reserva, debido, entre otras cosas, a las circunstancias que rodean a determinados tipos de deudor.

En primer lugar, creemos que la petición de la comunicación reservada (ex art. 5 bis 3 LC) es un gran instrumento para empresas que se encuentran en un estado de preinsolvencia, es decir, para empresas que aun siendo solventes, prevén, tras un juicio objetivo de probabilidad, que a medio o largo plazo¹⁷⁹¹ no

¹⁷⁸⁹ SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., p. 97; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO Á., «El derecho concursal», op. cit., p. 566; PULGAR EZQUERRA, J., «Ley 9/2015, de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos», en *RdCyP*, n.º 23, 2015, p. 45; *Ibidem*, *Preconcurabilidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op., cit., p. 614; MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación de negociaciones...», op. cit., p. 255; GARCÍA VIDAL, Á., «El concurso de acreedores...», op. cit., p. 84; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, op. cit., p. 102.

¹⁷⁹⁰ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op. cit., p. 239.

¹⁷⁹¹ Como apunta el profesor ROJO, para diferenciar entre los casos de insolvencia inminente y preinsolvencia habrá que efectuar el necesario juicio objetivo de probabilidad (juicio de probabilidad no de posibilidad) en el que habrá que determinar si es objetivamente

podrán cumplir puntual y regularmente con sus obligaciones, puesto que, en estos casos, la empresa preinsolvente puede tener muchos intereses que proteger y, no quiere que su solicitud de precurso trascienda al tráfico (acreedores, clientes, proveedores, bancos, competidores, etc.), para evitar caer en descrédito reputacional con sus acreedores y, sobre todo, con sus proveedores, puesto que en el momento que sale a la luz que una compañía de grandes dimensiones solicita el precurso (ex art. 5 bis), los acreedores se suelen poner muy «nerviosos», al pensar que su deudor está abocado – irremediabilmente – al concurso y sus créditos serán de difícil recuperación; por ello, hay que delimitar bien qué es y en qué consiste el precurso que, en modo alguno, debe identificar con el concurso de acreedores¹⁷⁹². Creemos que en estas situaciones, la operatividad del *carácter reservado de la comunicación* (ex art. 5 bis 3 LC) puede ayudar mucho a una empresa de ciertas dimensiones que, aun siendo *solvente*, prevé que a medio/largo plazo (preinsolvencia) no podrá cumplir de forma *puntual y regular* con sus obligaciones, pues, podría utilizar el

probable que el deudor prevea a corto o, a medio/largo plazo que no va a poder cumplir con sus obligaciones de forma puntual y regular. Cuando, tras el juicio de probabilidad, se prevé objetivamente que de manera inmediata, es decir, en el corto plazo, no se podrá cumplir con sus obligaciones de forma puntual y regular, se entiende que se está en estado de insolvencia inminente (art. 2.3 LC), mientras que si es objetivamente probable a medio o a largo plazo esta incapacidad de cumplir de forma puntual y regular con las obligaciones, se entenderá que es un situación de preinsolvencia, en la que el deudor, aun solvente, prevé que a medio/largo plazo no podrá cumplir con sus obligaciones de forma regular y puntual. Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de concurso», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), AA. VV., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 917.; A colación de lo anterior, algunos autores entienden que, desde la reforma de 2011 llevada a cabo por la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el artículo 5 bis de la Ley, permite solicitar el precurso al deudor que prevea que, objetivamente, no va a poder cumplir con sus obligaciones de forma puntual y regular a medio/largo plazo, es decir, podrá pedir el precurso un deudor que aún es solvente pero que pronostica que objetivamente será incapaz de cumplir con sus obligaciones a medio/largo plazo. Sobre esta cuestión es interesante ver la explicación de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho preconcursal», op. cit., p. 566; también en este sentido vid. GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso de acreedores...», op. cit., p. 84.

¹⁷⁹² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., p. 547, concretamente nota al pie de página n.º 533. Así se pronunciaba la autora: pues, afirmaba que hoy en día, la utilización de la palabra «precurso» para referirse a la comunicación del inicio de negociaciones del artículo 5 bis de la Ley Concursal, podría dar lugar a confusión, puesto que los acreedores cuando escuchan precurso, piensan que su deudor está declarado judicialmente en concurso que cuando se presenta una comunicación de inicio de negociaciones (ex art. 5 bis), no se está solicitando la declaración judicial de concurso.

preconcurso (ex art. 5 bis 1) para negociar *confidencialmente* con ciertos acreedores estratégicos o profesionales (imaginemos que el deudor quiere negociar de forma confidencial un acuerdo de refinanciación –Disp. Adicional 4ª con diversas entidades financieras). A pesar de los posibles beneficios que puede ofrecer el *carácter reservado* de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 3), es cierto que, en algunos casos, es dudosa la operatividad práctica del carácter reservado previsto en el artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal, por ejemplo: imaginemos una sociedad de grandes dimensiones, que cuenta con más de mil empleados, tiene infinidad de clientes, numerosos proveedores, muchos competidores, y, más de mil acreedores, ¿Es posible que la compañía que pretende instar la solicitud de concurso con *carácter reservado* (ex art. 5 bis 3), consiga la efectiva *confidencialidad* pretendida, al concurrir tantos intereses contrapuestos?; en puridad, la respuesta a esta pregunta es incierta, pero, lo cierto es que es posible contestarla de forma negativa, sobre todo porque, aunque el *carácter reservado* de la solicitud de concurso se solicite (ex art. 5 bis 3 LC), es posible que, un competidor, un acreedor o, un proveedor pudiera llegar a conocer –por los medios que fuera– de la situación jurídica de concurso del deudor y, por tanto, en ese preciso momento, la pretendida *confidencialidad* de la solicitud de concurso «quebraría», ya que sobre dicho tercero (acreedor, proveedor, etc.) no pesa ningún deber de *confidencialidad* o secreto sobre la verdadera situación jurídica del deudor en concurso. Por lo tanto, como hemos podido ver, la *confidencialidad* en el concurso derivada de la posibilidad de pedir el carácter reservado (ex art. 5 bis 3), puede ser idónea desde un punto de vista teórico, pero, también puede presentarse efímera en la práctica.

Además, como afirma la profesora SENÉS MOTILLA, el carácter reservado de la comunicación del inicio de negociaciones, es de dudosa virtualidad, puesto que, en caso de que existan o se vayan instar ejecuciones frente al patrimonio del deudor este carácter reservado de la solicitud de concurso no alcanza a los acreedores ejecutantes ni al juez ejecutor que esté conociendo de dichas ejecuciones singulares, es decir, el deber de

confidencialidad que se pueda desprender de la solicitud de concurso reservada (ex art. 5 bis), no es predicable en el procedimiento de ejecución, ni afecta al acreedor ejecutante, ni al juez ejecutor, puesto que el deudor cuando se presenta en dichos procedimientos para oponer el decreto dictado del letrado de la Administración de Justicia, el juez que está «ventilando» la ejecución (juez ejecutor) y, el acreedor ejecutante tendrán constancia de que el deudor ha solicitado el concurso (ex art. 5 bis), y, por lo tanto, se desactiva toda la confidencialidad que se desprende del artículo 5 bis 3, debido a que, a partir de ese preciso momento, el carácter reservado de la comunicación del inicio de negociaciones deja de tener operatividad y, por tanto la situación jurídica de concurso que se pretendía ocultar o llevar de forma confidencial para negociar tranquilamente con los acreedores, puede ser –efectivamente– conocida por todos, pues, como hemos reiterado, sobre el acreedor ejecutante ni sobre el juez ejecutor existe deber de confidencialidad alguno¹⁷⁹³.

Por otro lado, también podría ser idóneo pedir la comunicación reservada (ex art. 5 bis 3 LC) en los casos en los que las empresas estén en situación de *insolvencia inminente*, es decir, cuando prevean que a corto plazo no podrán cumplir puntual y regularmente con sus obligaciones (art. 2.3 LC); entendemos que ante estas «delicadas» situaciones concursales, la solicitud del *carácter reservado* del decreto del letrado de la Administración de Justicia (ex art. 5 bis 3), puede ser muy útil, pues permitirá al deudor llevar a cabo las negociaciones de forma confidencial, sin que sus negociaciones trasciendan al tráfico, provocando en los acreedores un estado de alarma generalizado cuyas actuaciones desencadenarían efectos adversos no deseado por el deudor. En este sentido ya se había pronunciado el profesor DAMIÁN MORENO, con respecto a los efectos que desencadenaba otorgar publicidad a la solicitud del concurso del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal y, que son igualmente aplicables al vigente artículos 5 bis de la Ley; dicho autor venía a decir que: «nadie ignora incluso que el mero hecho de dar publicidad al inicio de

¹⁷⁹³ Vid. SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., pp. 97-98; GARCÍA VIDAL, Á, «El concurso de acreedores...», op. cit., p 91.

negociaciones constituye además un elemento que puede alertar sobre el estado de las cuentas del deudor y desencadenar una respuesta de los acreedores contrarias a lo que persigue¹⁷⁹⁴».

Como se puede observar se produce una especie de tensión entre la publicidad que siempre debe rodear a los procedimientos de insolvencia y la confidencialidad ideal y necesaria en algunas situaciones preconcursales de negociación (ex art. 5 bis 3 LC)¹⁷⁹⁵, en las que el deudor se encuentra negociando en un periodo preconcursal con determinados acreedores «estratégicos» y, lo que se trata de proteger es su crédito en el tráfico, evitando que su situación económico patrimonial pueda agravarse debido, entre otras cosas, al suministro de información que acontece con la solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC)¹⁷⁹⁶.

Por un lado, los acreedores, los proveedores, los inversores y, los socios deben poder contar con toda la información relevante que les permita tomar decisiones, por los posibles cambios que se presenten en la situación jurídico-financiera del propio deudor en situación jurídica de concurso. Asimismo, en sentido contrario, el *carácter reservado* (ex art 5 bis 3 LC) del decreto del letrado de la Administración de Justicia sirve para potenciar e incentivar las negociaciones con los acreedores¹⁷⁹⁷ y, además, para proteger los intereses del propio deudor, ya que, con la posibilidad de llevar a cabo las negociaciones preconcursales de forma *confidencial o reservada* (ex art. 5 bis 3), se consigue proteger el crédito del deudor en el propio tráfico jurídico mercantil, para que

¹⁷⁹⁴ DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas...», op. cit., p. 161.

¹⁷⁹⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., pp. 612-617.

¹⁷⁹⁶ PULGAR EZQUERRA, J., «La Ley 9/2015, de reforma urgente en materia concursal...», op. cit., p. 44.

¹⁷⁹⁷ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op. cit., p. 239. Según las autoras, a pesar de la que la solicitud de concurso precisa de publicidad específica, debido, sobre todo, a que origina consecuencias inmediatas para los acreedores que estos deberían conocer, se regula como excepción a la regla general, el carácter reservado de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 3 LC), cuyo fin es potenciar e incentivar y favorecer las negociaciones preconcursales con los acreedores de forma secreta.

mientras lleva a cabo las negociaciones con los acreedores de forma reservada (ex art. 5 bis 3), ningún acreedor «díscolo», pueda caer en la tentación de dinamitar las negociaciones preconcursales, provocando el fracaso de las mismas, sin que el deudor haya podido *remover* o *prevenir* su estado de insolvencia¹⁷⁹⁸.

La *confidencialidad* de la que se beneficia el deudor al solicitar el carácter reservado (ex art. 5 bis 3) de la solicitud de concurso es compatible, esencialmente, con las solicitudes de concurso en las que se pretende la negociación preconcursal de los acuerdos de refinanciación art. 71 bis 1 o, Disp. Adicional 4ª) o, se busca la negociación de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC). En lo que respecta al mecanismo de los acuerdos extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss. LC), es difícil conseguir la tan deseada confidencialidad en esta modalidad, puesto que, en el momento en el que el «mediador concursal» convoca necesariamente a todos los acreedores (ex art. 234 LC); en este supuesto, la perseguida confidencialidad decae o, de alguna manera, es inoperante, incluso, aunque el deudor la hubiera pedido expresamente en su solicitud de concurso (ex art. 5 bis 3 LC)¹⁷⁹⁹. Según el profesor GARCÍA VIDAL, esta imposibilidad de no poder solicitar el carácter reservado en el acuerdo extrajudicial de pagos no sólo se pone en tela de juicio por la convocatoria del mediador a todos los acreedores (ex art. 234 LC), sino que, también, es debido a otro precepto contenido en la propia Ley Concursal, tampoco lo permite; el artículo 233.3 de la Ley dice que el registrador, el notario o la Cámara de comercio, de industria, Servicios y Navegación, comunicará de oficio la apertura de las negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el *Registro Público Concursal*; como podemos observar, en este caso al hacerse la comunicación del juzgado *ex officio*, parece que el deudor no podrá solicitar el carácter reservado de la

¹⁷⁹⁸ PULGAR EZQUERRA, J, «La Ley 9/2015, de reforma urgente en materia concursal...», op. cit., pp. 44-45.

¹⁷⁹⁹ Vid. en MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación de negociaciones en el artículo 5 bis LC», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 251-259; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., p. 614.

comunicación (ex art. 5 bis 3), puesto que no solicita directamente la comunicación del inicio de negociaciones ante el juzgado, y, por ello no podrá optar por pedir el carácter reservado de la misma; además, aparte de efectuar de oficio la comunicación al juzgado, debemos recordar que el notario, el registrador o la cámara de comercio, Industria, servicio o navegación, están *obligados* a ordenar la publicación de la aceptación del cargo del «mediador concursal», y, además, deberán adjuntar la copia o la certificación de la aceptación del encargo del mismo, a todos los registros públicos de bienes competentes para dejar constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a demás Registros Públicos, por ello, en el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, no tiene sentido pedir la comunicación reservada (ex art. 5 bis 3 LC), porque, en primer lugar, no es posible desde un punto de vista legal (ex art. 233.3 LC), y, por otro lado, se nos ocurre la idea de que en el caso de que el deudor pudiera pedir (el carácter reservado de la comunicación) al registrador o al notario en la petición inicial de designación de un mediador concursal, está sería inocua, puesto que, en el momento en el que el registrador, el notario o la Cámara correspondiente mandaran publicar el certificado o la copia de la aceptación del cargo por parte del mediador a todos los Registros Públicos correspondientes (quedando reflejada dicha aceptación en todos los registros públicos correspondientes), la confidencialidad pretendida por el deudor (ex art. 5 bis 3 LC), quedaría sin efecto, al quedar en conocimiento (público) del tráfico jurídico, el nombramiento o la designación del «mediador concursal» para alcanzar un acuerdo extrajudicial por parte del deudor en cuestión (art. 233.3 LC)¹⁸⁰⁰.

La posible *confidencialidad* de la solicitud del precurso que se obtiene a través de la petición de *carácter reservado* de una solicitud de precurso (ex art. 5 bis 3), ha venido provocada, en gran medida, a que en la práctica forense actual se estaban llevando a cabo diversos procedimientos de refinanciación de

¹⁸⁰⁰ GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso de acreedores...», op. cit., p. 90.

varias cotizadas y, se pensaba, que la publicidad al mercado de que la sociedad había solicitado el precurso (ex art. 5 bis LC), debilitaría aún más si cabe la situación de crisis de la cotizada, y produciría el «desplome» de las acciones de la misma¹⁸⁰¹. Por todo lo anterior, como acertadamente ha puesto de manifiesto la profesora PULGAR EZQUERRA, uno de los dilemas más conflictivos que se presenta a la hora de decidir entre una solicitud de concurso con reserva o, sin ella («publicidad *versus* confidencialidad»), es cuando el deudor es una sociedad de capital cotizada o abierta. Como es sabido, este tipo de sociedades tienen obligación legal de «hacer pública y difundir inmediatamente al mercado toda la *información relevante*. Así mismo, deberá remitir a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) esa información para su incorporación al registro oficial regulado en el artículo 238» (art. 228.2 LMV)¹⁸⁰². La información relevante a los efectos de la regulación del mercado de valores, es «aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir sensiblemente en su cotización en un mercado secundario» (ex art. 228.1 LMV)¹⁸⁰³.

Por lo tanto, las sociedades de capital cotizadas, deberán difundir la información relevante por cualquier otro medio y, tan pronto como sea conocido el hecho, decisión, acuerdo o contrato con terceros, y además simultáneamente deberá comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el contenido de la información relevante de forma clara, veraz y completa, de manera que dicha información no lleve a confusión o engaño (art. 228 LMV)¹⁸⁰⁴.

En virtud del contenido del artículo 228.1 de la Ley del Mercado de Valores, la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC) de una sociedad cotizada

¹⁸⁰¹ Vid. MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación...», op. cit., p. 255.

¹⁸⁰² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 614.

¹⁸⁰³ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem.*, op. cit., p. 614.

¹⁸⁰⁴ *Ibidem.*, op. cit., p. 615.

o abierta, sería un hecho susceptible de ser informado al mercado y, a la Comisión Nacional del Mercado de valores (CNMV), por lo tanto, como apunta la profesora PULGAR dicha solicitud de concurso, en principio, no puede realizarse con *carácter reservado* (ex art. 5 bis 3 LC), por estar obligada la sociedad a comunicar dicha información¹⁸⁰⁵. No obstante, la profesora PULGAR ofrece una solución temporal a esta limitación; pues, el artículo 228.4 de la Ley del Mercado de Valores permite al emisor (la sociedad de capital cotizada: deudora), bajo su responsabilidad, retrasar la publicación y difusión de la *información relevante* cuando considere que la información perjudica sus intereses legítimos, siempre que tal omisión no sea susceptible de confundir al público y, siempre que el emisor pueda garantizar la confidencialidad de dicha información y lo comunique inmediatamente a la Comisión Nacional del Mercado de valores (art. 228.4 LMV)¹⁸⁰⁶.

La anterior solución apuntada por la profesora PULGAR es jurídicamente impecable, pues podría ayudar a que la sociedad cotizada negocie con sus acreedores de forma *confidencial* (ex art. 5 bis 3), logrando re-financiar o reestructurar su pasivo, sin que ningún acreedor «díscolo» pueda ejecutar sus posiciones activas y hacer fracasar dichas negociaciones¹⁸⁰⁷. Aunque, en este sentido, nos mostramos un poco escépticos con la solución del artículo 228.4 de la ley del Mercado de valores (perfectamente aplicable al concurso), pues, en la práctica no han sido pocas las ocasiones en las que las situaciones de crisis o de insolvencia por las que han atravesado grandes empresas cotizadas en España, se han filtrado de *facto*, trascendiendo las mismas al mercado, sin que la cotizada haya podido hacer nada para garantizar dicha confidencialidad,

¹⁸⁰⁵ *Ibidem.*, op. cit., p. 615.

¹⁸⁰⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 615

¹⁸⁰⁷ GARCÍA VIDAL, Á., «El concurso de acreedores...», op. cit.,

siendo a nuestro juicio, inoperante en este supuesto el carácter reservado de la comunicación del inicio de comunicaciones (ex art. 5 bis 3 LC)¹⁸⁰⁸.

Parece claro que la ventajas y beneficios que pudiera ofrecer la posibilidad de optar por la solicitud de precurso *reservada* (ex art. 5 bis 3) son bastante relevantes, siempre y cuando, en la práctica se logre mantener la confidencialidad teórica predicada por la norma, la reserva se convertiría en un instrumento de gran utilidad para proteger las negociaciones preconcursales del deudor con sus acreedores, sobre todo, a nuestro juicio, en los casos en los que el deudor se encuentre en situación de preinsolvencia o, quizá, también en los casos en los que se el deudor se encuentre en estado de insolvencia inminente, tenga un número no muy elevado de acreedores (por ejemplo diversas entidades financieras) y, sobre todo, pueda garantizar de algún modo la confidencialidad predicada en el artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal

A pesar de las ventajas que pudiera conllevar su utilización, algún autor ha criticado duramente nuestro sistema de confidencialidad preconcursal (ex art. 5 bis 3 LC) aduciendo, entre otros argumentos, que dicha confidencialidad sólo y exclusivamente opera sobre la publicidad del decreto dictado por el letrado en el procedimiento de precurso, a la hora de no publicarlo en el Registro Público Concursal¹⁸⁰⁹. Además, dicha confidencialidad queda en un plano teórico, puesto que con las nuevas tecnologías la información y la filtración de la información relevante, la confidencialidad regulada en el artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal podría entenderse inoperante¹⁸¹⁰. Por otro lado, también la doctrina se ha planteado la operatividad de la solicitud de la comunicación reservada (ex art. 5 bis), cuando dicha situación jurídica afecta e

¹⁸⁰⁸ Según la opinión de la profesora Juana PULGAR EZQUERRA también dice que sería de aplicación lo contenido en el artículo 224.3 de la Ley del Mercado de Valores, que viene a decir: «Cuando la información relevante pueda perturbar el normal desarrollo de las operaciones sobre los valores del emisor o poner en peligro la protección de los inversores, el emisor deberá comunicar la información relevante, con carácter previo a su publicación, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores que la difundirá inmediatamente». Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial...*, op. cit., pp. 615-616.

¹⁸⁰⁹ MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación...», op. cit., p. 259.

¹⁸¹⁰ Vid. MAIRATA LAVIÑA, J., «Ibídem...», op. cit., p. 259.

interesa a tantas personas: acreedores, socios, empleados, directivos, competidores, entidades financieras etc.

En este sentido, no es descabellado el razonamiento anterior aducido por MAIRATA LAVIÑA¹⁸¹¹, a sabiendas de lo que viene ocurriendo con el secreto de sumario (ex arts. 301, 302 y 774 de la LECrim)¹⁸¹² en los procesos penales mediáticos (actuales), en los que, en la mayoría de ocasiones, no se respeta la *confidencialidad* que debe presidir toda la investigación sumarial llevada a cabo bajo el *secreto de sumario* (ex arts. 301, 302 y 774 LECrim)¹⁸¹³. En conclusión, lo que se viene a plantear MAIRATA es que, si en determinados procesos penales (mediáticos) se filtra importante información que trasciende a toda la sociedad (tráfico, sector, mercado, etc.), «quebrando» toda la *confidencialidad* pretendida en un proceso bajo el *secreto de sumario* (ex arts. 301,302 y 774 LECrim)¹⁸¹⁴, ¿Cómo se va a garantizar la confidencialidad en el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis 3), si esta situación jurídica afecta directamente a una pluralidad de sujetos implicados¹⁸¹⁵?; en realizada, dar solución a la cuestión planteada por MAIRATA se convierte en una tarea compleja, pues, por

¹⁸¹¹ Vid. MAIRATA LAVIÑA, J., «Ibídem...», op. cit., pp. 259 y ss.

¹⁸¹² MUERZA ESPARZA, J., «Sobre la publicidad en la investigación penal: perspectivas de futuro», en *Diario La Ley*, n.º 8341, sección doctrina, 26 de junio de 2014, pp. 1-10.

¹⁸¹³ Según el artículo 120 de la Constitución Española la publicidad es uno de los importantes principios básicos que informa toda actuación judicial. Según el Tribunal Constitucional, la publicidad en los procedimientos judiciales viene a configurarse en un *principio constitucional* que se recoge en el mencionado artículo 120 de la CE, y, que, además, conlleva la posibilidad de que las leyes procesales puedan establecer excepciones a la publicidad de los procedimientos judiciales, como así lo representa, por ejemplo, la posibilidad de decretar el secreto de sumario (ex arts. 301, 302 y 774 LECrim); así lo reconoce el artículo 120 de la Constitución Española: «Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento», véase la STC 174/2001, de 26 de julio, citada por Muerza Esparza, J., «Sobre la publicidad en la...», op. cit., p. 3; MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación...», op. cit., p. 259.

¹⁸¹⁴ Las filtraciones de actuaciones judiciales a los medios de comunicación han existido siempre, pero en la actualidad gracias a las nuevas tecnologías, que permiten poner de forma inmediata al alcance de todo el mundo vía web, cualquier documento filtrado con una rapidez pasmosa, impensable hace unos años, vid. PACHECO CIFUENTES, A., «¿Es la Ley Orgánica de Protección de Datos un medio válido para perseguir las filtraciones judiciales a los medios de comunicación?», en *Diario La Ley*, n.º 7815, sección tribuna, 9 de marzo de 2012, pp. 1-3.

¹⁸¹⁵ Esta cuestión se la plantea MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación...», op. cit., p. 259.

ejemplo: imaginemos una gran sociedad de capital (cotizada) de gran reputación en el tráfico que atraviesa por una situación de crisis y decide acudir al precurso con solicitud de carácter reservado (ex art. 5 bis 3) para intentar refinanciar o reestructurar su pasivo con determinados acreedores (ya hemos visto anteriormente que en virtud de la normativa del Mercado de Valores, podría acudir al precurso con solicitud reservada (ex art. 5 bis 3 LC), pero, ¿podría garantizar efectivamente la confidencialidad pretendida por el legislador (ex art. 5 bis 3 LC) de su situación precurso, para negociar reservadamente con sus acreedores?; no es fácil dar solución a tal cuestión, sobre todo, si se tiene en cuenta, como apunta MAIRATA LAVIÑA¹⁸¹⁶, que la situación jurídica de precurso afecta a muchas personas: socios, directivos, administradores, acreedores, y competidores, sobre las que, a priori, no recae ningún deber especial de confidencialidad frente a dicha situación; quedando la pretendida confidencialidad (ex art. 5 bis 3 LC) en entredicho.

Además, en otro orden de cosas, como también acertadamente apunta MAIRATA LAVIÑA, si la confidencialidad buscada por el deudor en el precurso se centra única y exclusivamente en que el decreto dictado por el letrado de la Administración de Justicia no se publica en la tercera sección del Registro Público Concurso (art. 198.1 c LC), con el consiguiente desconocimiento de los acreedores que no sabrían que el deudor está en situación de precurso, por lo tanto, ¿cómo se les puede impedir a los acreedores que no ejerzan sus derechos a instar la declaración judicial de concurso necesario o, que no ejerciten determinadas ejecuciones frente a bienes necesarios del deudor, si no se han podido enterar previamente el motivo de la prohibición, al no ser publicado el decreto?¹⁸¹⁷.

En estos casos los acreedores podrían decidir tomar acciones legales frente a su deudor (como por ejemplo: iniciar procedimientos ejecutivos contra el deudor, solicitar la declaración de concurso necesario, seguir tramitando las

¹⁸¹⁶ MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación...», op. cit., p. 259.

¹⁸¹⁷ MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación...», op. cit., p. 259.

ejecuciones contra bienes y derechos del deudor que pudieran ser necesarios para la continuidad profesional o empresarial del deudor contra su deudor), sin saber que dichas acciones le están vedadas, al encontrarse dicho deudor en estado de precurso con petición de carácter *reservado* de la comunicación (ex art. 5 bis 3 LC).

Desde el punto de vista de la teoría general del derecho, la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) se configura como verdadera facultad o potestad del deudor que puede ejercitar o no, cuando lo estime oportuno; esta facultad de hacer (señorío) también conlleva a su vez, una facultad de exigir¹⁸¹⁸; es decir, el deudor que ejercita la facultad (de hacer) de solicitar el precurso (ex art. 5 bis), a la vez, está originando un deber de respeto (facultad de exigir)¹⁸¹⁹, lo que hace que toda facultad de hacer sea, en todo caso, una facultad de exigir¹⁸²⁰ a los acreedores, que se abstengan de instar la declaración de concurso necesario y/o que no incoen las ejecuciones contra determinados bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor o, tengan que soportar la paralización de las ejecuciones que hubieran promovido frente a otros bienes del deudor, debido a que él ha ejercitado su facultad de solicitar el precurso (ex art. 5 bis LC). Y, por todo ello, en conexión a lo que defiende MAIRATA, nos preguntamos: si el deudor ha solicitado expresamente la reserva de confidencialidad del decreto por el cual se deja constancia de que ha solicitado el precurso (ex art. 5 bis 3 LC), ¿Cómo es posible que el deudor pueda exigir a los acreedores, ese *deber de respeto* de no llevar cabo determinadas conductas que, de antemano, tienen vedadas por encontrarse el deudor en situación de precurso?¹⁸²¹; según observamos y, siguiendo las conclusiones a las que llega MAIRATA, la *confidencialidad* en el precurso no encaja bien con los casos en los que el deudor solicita el precurso para evitar

¹⁸¹⁸ Vid, como define facultad, DAMIÁN TRAVERSO, J., *Filosofía del Derecho*, ed. UNED, Madrid, 1981, p. 77.

¹⁸¹⁹ DAMIÁN TRAVERSO, J., *Ibidem...*, ed. UNED, Madrid, 1981, p. 77.

¹⁸²⁰ DAMIÁN TRAVERSO, J., *Ibidem...*, ed. UNED, Madrid, 1981, p. 77.

¹⁸²¹ MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación...», op. cit., p. 259.

que los acreedores soliciten el concurso necesario o, para que no inicien ejecuciones o paralizarlas, pues, como se puede observar, al no publicarse el decreto por el cual sabrían desde cuando operan las limitaciones indicadas, los destinatarios de las mismas, *rectius*: los acreedores, no sabrían que tienen esas actuaciones vedadas al encontrarse el deudor en situación jurídica de precurso, debido a la activación del carácter reservado de la solicitud de precurso(ex art. 5 bis 3)¹⁸²².

4.3.2.2. Desincentivos para solicitar la comunicación reservada (ex art. 5 bis 3 LC).

La facultad de poder optar el *carácter reservado* de la comunicación del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis 3 LC), también plantea diversas situaciones conflictivas que hacen que, en algunas situaciones sea desaconsejable que el deudor lo solicite en su solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC).

En primer lugar, la confidencialidad contenida en el carácter reservado del artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal es, a nuestro juicio, inoperante en situaciones en las que una sociedad de grandes dimensiones que atraviesa por una situación de preinsolvencia, que tiene muchos acreedores financieros o estratégicos, y muchos acreedores ordinarios (si concurren muchos acreedores de varias clases, es difícil garantizar la confidencialidad perseguida por el artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal), en esos casos, es posible que las negociaciones pudieran realizarse, principalmente, con unos determinados acreedores profesionales o estratégicos y, a pesar de que sabemos que en el ámbito de los convenios de refinanciación (Disp. Adicional 4ª) se prevé la *capacidad de arrastre* de los efectos de los convenios a los acreedores disidentes o no participantes en los acuerdos de refinanciación (disp. ad. 4ª-4 I LC), sobre estos acreedores minoritarios no pesa sobre ellos ningún deber de confidencialidad, por lo que podrían sacar a la luz, la verdadera situación en la que se encuentra el deudor: en situación jurídica de precurso.

¹⁸²² Vid. MAIRATA LAVIÑA, J., «Ibídem...», op. cit., p. 259.

Otra las de las causas que desaconseja solicitar el carácter reservado de la solicitud de concurso del artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal (sobre todo a los deudores que cuentan con varios establecimientos e diversos países dentro del marco de la unión Europea: insolvencias transfronterizas), y, que ha venido cobrando importancia tras la aprobación del nuevo Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia UE (2015, 848) del Parlamento Europeo y el Consejo, de 20 de mayo de 2015, (texto refundido), en cuyo Anexo A del Reglamento se incluye el procedimiento de concurso ex art. 5 bis de la Ley Concursal, como procedimiento de insolvencia, pues según reza en el mismo, se incluye: «*Procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación homologados y propuesta anticipadas de convenio*», por lo tanto, como hemos apuntado, el concurso quedaría dentro del Anexo A, y por lo tanto dentro del ámbito de aplicación del Reglamento de Insolvencia, dotándole al procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC) de eficacia *extraterritorial*¹⁸²³.

Como podemos observar el Anexo A, se refiere a: *procedimientos de negociación pública*, por lo tanto, ello puede hacer que en un determinado número de supuestos el deudor opte por *no solicitar* el carácter reservado de la comunicación (ex art. 5 bis 3 LC) y opte porque el decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que se deja constancia de que se han iniciado las negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación (arts. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4^a), adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC) o, para un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), se publique en la sección tercera del Registro Público Concursal (art. 198.1 c LC), para conseguir que el procedimiento de concurso (al ser las negociaciones públicas y conocidas gracias a la publicidad que se la otorga al estar publicada en el Registro Público Concursal) que se vaya a tramitar tenga *eficacia extraterritorial*, y, su efectos, puedan ser reconocidos en todos los Estados miembros.

¹⁸²³ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., p. 617; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales...», op. cit., pp. 101 y ss.

4.3.2.3. La temporalidad del carácter reservado: el alzamiento de la medida

Como bien apunta el artículo 5 bis 3 de la ley Concursal la opción por solicitar el carácter reservado de la comunicación ex artículo 5 bis se deja exclusivamente en manos del deudor (nadie más que él está legitimado para solicitar el alzamiento de dicha medida), por lo tanto, el mismo tiene la facultad de solicitarlo o no¹⁸²⁴; en caso de que opte por solicitarlo, el deudor *puede alzar la medida de confidencialidad en cualquier momento* (art. 5 bis 3 in fine LC)¹⁸²⁵. La redacción de la norma es muy escueta: «*el deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento*» y, de la misma parece desprenderse que, el deudor, una vez ha solicitado el carácter reservado de la comunicación ex art. 5 bis, podría solicitar que se alce dicha medida, solicitando que otorguen publicidad a la comunicación (ex art. 5 bis 3 in fine), sobre todo porque haya conseguido alcanzar alguno de los negocios jurídicos que le pone a disposición del artículo 5 bis 1 de la Ley (un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos, adhesiones a una propuesta anticipada de convenio); o, bien, porque haya desaparecido la causa o el motivo por el cual el deudor había formulado la solicitud del carácter reservado de la comunicación en aras a la protección de las negociaciones llevadas a cabo en el concurso (ex art. 5 bis 3 LC). En caso de que el deudor no haya pedido *ab initio* el carácter reservado de la comunicación ex artículo 5 bis 3 de la ley Concursal, ya no podrá pedir el carácter reservado una vez que el letrado de la Administración de Justicia haya procedido a ordenar su publicación en el Registro Público Concursal (ex art. 5 bis 3 LC), puesto que la *confidencialidad* que se desprende con la petición del carácter reservado de la solicitud de concurso habría quedado comprometida, al ser publicado el extracto del decreto y conocido por el tráfico jurídico, en virtud de la publicación en el

¹⁸²⁴ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op. cit., p. 239.

¹⁸²⁵ Vid. MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencialidad de la comunicación...», op. cit., p. 255; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración...*, 2^a edición, op. cit., p. 614; *Ibidem.*, Ley 9/2015, de reforma urgente concursal..., op. cit., 34; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, 2^a edición, op. cit., p. 102; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op. cit., p. 239.

Registro Público Concursal, a través del cual tendrán conocimiento de que el deudor se encuentra en situación jurídica de precurso (ex art. 5 bis); por lo tanto, en algunos casos la *confidencialidad* podrá ser efímera o verdaderamente fugaz, sobre todo en el caso de que un deudor que ha solicitado el precurso optando por su carácter reservado (ex art. 5 bis 3), y, tenga conocimiento de que en un juzgado de primera instancia se está ventilando una ejecución judicial que recae sobre un bien necesario del propio deudor para la continuidad profesional o empresarial del deudor (art. 5 bis 4 II); en este caso el deudor acude con su decreto reservado (no publicado en el Registro Público Concursal) a solicitarle la *suspensión* de dicha ejecución al juez ejecutor de primera instancia (art. 5 bis 4 II LC). Desde ese preciso momento, el acreedor ejecutante, que no tenía conocimiento de la situación del precurso en la que estaba inmerso su deudor, conoce toda la situación y, por tanto, a nuestro juicio, en ese preciso momento la confidencialidad pretendida por el artículo 5 bis 3 de la Ley Concursal decae, pues, dicho acreedor ejecutante no tiene ningún deber de confidencialidad y, por tanto, podría airear dicha situación, sobre todo, pensando en un ulterior concurso de acreedores.

Según se ha podido observar la petición de carácter reservado de la comunicación ex artículo 5 bis de la Ley Concursal, a pesar de ser la excepción a la regla general, se ha convertido, hoy en día, en la opción siempre utilizada (como norma general¹⁸²⁶) por los deudores para intentar proteger al máximo sus negociaciones con los acreedores a la hora de alcanzar cualquiera de los negocios jurídicos que pone a disposición el artículo 5 bis 1 de la Ley, durante la tramitación del precurso; pero cómo hemos afirmado más arriba, no en todas las situaciones y modalidades trae ventajas solicitar el carácter reservado de la comunicación del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis LC).

¹⁸²⁶ En la práctica forense se ha convertido en la tónica habitual, y todo el deudor se acoge a la comunicación reservada del inicio de negociaciones, *rectius*: solicitud de precurso de carácter reservado (ex art. 5 bis LC), vid. GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso de acreedores...», op. cit., p. 90.

En nuestra opinión, tras todo lo visto, el carácter reservado de la comunicación del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis 3) puede presentar ciertas ventajas, sobre todo, para un determinado tipo de deudor; nos referimos a pequeñas y medianas sociedades no cotizadas, que no se encuentren dentro del ámbito subjetivo de aplicación del nuevo Reglamento Comunitario 2015/848, de 20 de mayo¹⁸²⁷ (sobre procedimientos de insolvencia transfronteriza¹⁸²⁸), que además, no tengan muchos acreedores y, utilicen el precurso sólo y exclusivamente, para negociar (refinanciar o reestructurar su pasivo), mediante la suscripción de un acuerdo de refinanciación ex art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª, o, mediante una propuesta anticipada de convenio, con acreedores estratégicos. En estos casos, entendemos que el deudor al negociar sólo con acreedores profesionales para refinanciar su pasivo, le vendrá muy bien solicitar el carácter reservado de la comunicación del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis 3 LC), para que dichas negociaciones concursales no trasciendan al tráfico, provocando en los proveedores un efecto adverso no deseado por el deudor que trata de negociar confidencialmente con los bancos, para remover o prevenir su situación de insolvencia. En estos casos, el deudor

¹⁸²⁷ El nuevo Reglamento Europeo (UE) 2015/848, de 20 de mayo, *sobre procedimientos de insolvencia*, que entrará en vigor el próximo 27 de junio de 2017. Como hemos podido ver en el epígrafe anterior, el carácter reservado de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), casa mal con el contenido regulado en el artículo 1.1 del mencionado Reglamento UE, puesto que si el deudor que está dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Europeo de Insolvencia en virtud del artículo 1.1. del mismo, no debería solicitar el carácter reservado de la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores si quiere hacer valer en otro estado miembro la paralización de un concurso principal en cualquier Estado miembro a instancias de los acreedores, o, la paralización y/o suspensión de determinadas ejecuciones en cualquier estado miembro; por lo tanto, si el deudor quiere que los efectos de su solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC), tengan efectos extraterritoriales, no deberá pedir el carácter reservado puesto que el Reglamento dice que se extenderá los efectos del precurso (ex art. 5 bis LC) a los demás Estados miembros, siempre y cuando, se cumplan los requisitos previstos en el artículo 1.1 y, concretamente, «se aplicará a todos los procedimientos colectivos públicos, incluidos los procedimientos provisionales regulados en la legislación en materia de insolvencia y en los que a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación...».

¹⁸²⁸ Vid. PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Incidencia normativa y jurisprudencia comunitaria sobre insolvencia. El nuevo Reglamento Europeo 2015/848, sobre procedimientos sobre insolvencia, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.Mª (dir.), AA. VV., *Las Administraciones Públicas en el concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 817. Como apunta el autor, «Los considerandos del Reglamento aclaran también los conceptos con exigencias adicionales; así sucede, por ejemplo, con la exigencia de que se trate de procedimientos públicos, lo que excluirá aquellos que se tramiten de forma reservada o secreta (posibilidad que permite el artículo 5 bis LC)».

al negociar con los cuatro o cinco bancos con los que tiene la deuda, puede garantizar la confidencialidad que se desprende del carácter reservado, puesto que, los bancos con los que está negociando, es probable que, de momento, tampoco no les interese que la situación de precurso del deudor trascienda al mercado, pues si fracasara su negociación el deudor se verá abocado a solicitar la declaración judicial de concurso con las consecuencias que ello tiene para todos los acreedores; por lo tanto, en estos casos el deudor puede controlar y garantizar, de alguna manera, esa confidencialidad en el precurso, al ser pocos los operadores que intervienen en la negociación del acuerdo de refinanciación.

Para concluir, podemos afirmar que el carácter reservado de la comunicación (ex art 5 3 bis), puede tener operatividad en determinadas situaciones y, por el contrario, también puede quedar desactivado en otras situaciones en las que por imposibilidad legal no pueda llevarse a cabo por el deudor, o, porque dicho carácter no cubre todas las situaciones a las que se pueda a enfrentar el deudor en situación jurídica de precurso (ex art. 5 bis LC).

Por lo tanto, tras analizar los diversos escenarios en los que podría tener plena operatividad el *carácter reservado* de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 6), hemos de afirmar que será beneficioso solicitar el mismo cuando el deudor no tenga muchos acreedores, sea una sociedad de capital: familiar, pequeña o mediana (*cerrada*: no cotizada), no se encuentre dentro del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 1 del Reglamento UE 2015/848, de 20 de mayo (ya que si la solicitud de precurso de un deudor que está dentro del ámbito subjetivo de aplicación de dicho Reglamento Europeo es de carácter reservado no podría oponer, ni extender sus efectos en otro Estado miembro, por no cumplir con la exigencia de ser un procedimiento *público*¹⁸²⁹), y., además,

¹⁸²⁹ PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Incidencia normativa y jurisprudencia comunitaria sobre insolvencia. El nuevo Reglamento Europeo 2015/848, sobre procedimientos sobre insolvencia, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M^a (dir.), AA. VV., *Las Administraciones Públicas en el concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 817. Como apunta el autor, «Los considerandos del Reglamento aclaran también los conceptos con exigencias adicionales;

esté pasando por un estado de preinsolvencia o, incluso, de insolvencia inminente, en las que pretenda refinanciar su pasivo sólo y exclusivamente con las entidades financieras, puesto que si negocia con tres o cuatro bancos, estos, al menos de momento, no airearían la situación de precurso en la que está inmersa su deudor (ex art. 5 bis LC). Sin embargo, en algunas situaciones, como en el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 233.3 LC) la solicitud reservada de comunicación (ex art. 5 bis 3 LC), no será posible solicitarla, pues, la comunicación del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis 1) es realizada *ex officio* por el notario, el registrador o, la Cámara de Comercio, Servicios, Industria o Navegación correspondiente (art. 233.3 LC), sin que el deudor pueda solicitarlo, pues como hemos apuntado él no hace la comunicación del inicio de comunicaciones directamente (art. 233.3 LC), por lo tanto en dicho escenario no sería posible hacer valer el carácter reservado de la solicitud de precurso (art. 5 bis 3), al no ser formulada la misma por el deudor; además, en el caso de que se admitiese la posibilidad de que el notario, el registrador o la Cámara de Comercio correspondiente pudieran solicitar el carácter reservado de la comunicación del inicio de comunicaciones (ex art. 5 bis), está no carecería de eficacia, puesto que en el mismo momento que el «mediador concursal» acepte en encargo, y proceda a convocar a la reunión a todos los acreedores, la *confidencialidad* pretendida ex art. 5 bis 6 quedaría sin efecto.

4.3.3. El recurso frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia

El artículo 5 bis 4 II *in fine* de la Ley Concursal prevé que, «en caso de controversia sobre el *carácter necesario* del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso» (competencia funcional¹⁸³⁰), por lo tanto, la novedad de la reforma radica en que el legislador ha dado cauce

así sucede, por ejemplo, con la exigencia de que se trate de procedimientos públicos, lo que excluirá aquellos que se tramiten de forma reservada o secreta (posibilidad que permite el artículo 5 bis LC)».

¹⁸³⁰ La competencia funcional para conocer del recurso de revisión frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia (ex art. 5 bis 4 II) será del Juez de lo mercantil titular del juzgado que ha conocido de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC). Vid., en este sentido a SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op., cit., p. 105.

procesal a la controversia que pueda darse, sobre esta afirmación del deudor¹⁸³¹. El precepto no aclara de qué tipo de recurso se trata¹⁸³², pero, si observamos que el que conocerá del mismo sería el juez *competente para la declaración de concurso* (competencia funcional), que será el que resuelva sobre el carácter necesario o no del bien o derecho en cuestión¹⁸³³ (art. 5 bis 4 II *in fine*) y, tenemos en cuenta que el decreto emana del letrado de la Administración de Justicia (en el seno del precurso que es un *procedimiento de jurisdicción voluntaria*), el recurso que cabría frente al decreto sería el de *revisión* (directo¹⁸³⁴) en virtud del artículo 20.2 de la Ley de la Jurisdicción voluntaria¹⁸³⁵, que dice que «si la decisión proviene del letrado de la Administración de Justicia, el recurso que cabrá interponer frente al decreto será el de *revisión*¹⁸³⁶, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en la que se publica el extracto en el Registro Público Concursal¹⁸³⁷, ante el Juez competente para la declaración de concurso, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 20.2 LJV)¹⁸³⁸. Por lo tanto, como observamos el artículo 20.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria nos remite al artículo 454

¹⁸³¹ SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., p. 105.

¹⁸³² Vid. SENÉS MOTILLA, C., «Ibídem...», op. cit., p. 106.

¹⁸³³ SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., p. 105

¹⁸³⁴ Vid. SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., p. 106.

¹⁸³⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 89; Vid. el artículo 20 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, BOE nº 158, de 3 de julio de 2015. Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria...?*, op. cit., p. 152; BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 103.

¹⁸³⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 89; BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 103.

¹⁸³⁷ SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., p. 106. Cuya autora sostiene que el *dies a quo* debe ser la fecha en la que se publica el extracto del decreto, por el que se deje constancia de su presentación en el Registro Público Concursal, siempre y cuando tenga lugar dicha publicación, pues, si se opta por el carácter reservado de la solicitud, pues ningún interesado en promover la contienda estará personado en un procedimiento inexistente, que precisamente habría de incoarse con la impugnación, el *dies a quo* sería indeterminado, aunque respecto del acreedores afectado por la suspensión del procedimiento ejecutivo podría ser la notificación de la resolución que acuerda la suspensión (providencia).

¹⁸³⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 89; GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria...?*, op. cit., p. 152; BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 103.

bis de la Enjuiciamiento Civil¹⁸³⁹, que dispone que «cabrá recurso (directo) de revisión (no cabe ni recurso de reposición previa – ante el mismo letrado –, ni recurso de apelación directa – ante la Audiencia Provincial competente –¹⁸⁴⁰) contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación¹⁸⁴¹. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos (art. 456.2 LEC), sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto, además, cabrá interponer igualmente recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea» (art. 454 bis 1 LEC)¹⁸⁴².

En otro orden de cosas, el auto que declara el juez competente para la declaración de concurso (art. 5 bis 4 II LC) por el cual resuelve el recurso de revisión (en el que se resuelva la controversia sobre el carácter necesario del bien), al ser una resolución de *carácter definitivo* (art. 453.3 bis LEC)¹⁸⁴³, será

¹⁸³⁹ Vid., el artículo 454 bis 1 de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil, que prevé lo siguiente: «cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto». BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 103.

¹⁸⁴⁰ BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 103.

¹⁸⁴¹ Así se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 89.

¹⁸⁴² GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria...?*, op. cit., p. 152. Donde la autora contrasta y pone de manifiesto que, en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2006, el artículo 24 establecía que contra las resoluciones dictadas en los expedientes de jurisdicción voluntaria no cabrá recurso alguno. No obstante, las resoluciones definitivas dictadas en los expedientes que afecten a los intereses de un menor o incapaz, cuya resolución esté atribuida al juez, podrán ser objeto de recurso de apelación o queja conforma a la LEC. El recurso de apelación que proceda contra las resoluciones definitivas dictadas en expedientes de Jurisdicción Voluntaria no tendrá efectos suspensivos, salvo que la Ley expresamente disponga lo contrario»; también contrasta el proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2006 con el sistema de recursos del régimen de recursos en los procedimientos de jurisdicción voluntaria actual, BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 103.

¹⁸⁴³ Así lo entiende SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., p. 106., que además, acertadamente, pone de manifiesto lo siguiente: «cuestión diferente es que tenga sentido interponer dicho recurso si el auto fuer desestimatorio de la pretensión impugnatoria, dado que lo más probable es que antes de su resolución hayan sobrevenido las circunstancias que abonan el levantamiento de la suspensión, ya por el transcurso de los tres meses, ya por alguna de las circunstancias que ponen fin a las limitaciones ejecutivas (ex art. 5 bis 4 I LC)».

susceptible de ser recurrido en apelación¹⁸⁴⁴ (art. 20.2 LJV)¹⁸⁴⁵, ante la Audiencia Provincial que corresponda según el partido judicial del juzgado que haya dictado el auto resolviendo la revisión (competencia funcional) y, siguiendo los cauces previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (456 y ss. LEC)¹⁸⁴⁶; asimismo, es importante decir que, si el juez entiende que los bienes o derechos *no son necesarios* para la continuidad profesional o empresarial del deudor, las «limitaciones ejecutivas» quedarán alzadas trascurridos los plazo del artículo 5 bis 5 de la Ley (art. 5 bis 4 III *in fine* LC); por lo tanto, el pronunciamiento del juez estimando íntegramente el recurso de revisión, conlleva que, el recurso de apelación interpuesto contra el auto del juez (resolviendo la misma), carezca, en todo caso, de efectos sustantivos, por aplicación de la norma general (ex art. 456.2 LEC)¹⁸⁴⁷.

Ahora bien, el artículo 5 bis 4 II de la Ley concursal, no concreta quién puede ostentar legitimación activa para interponer el recurso de *revisión* del decreto dictado por el letrado de la Administración de Justicia e, incluso, tampoco se concreta quién tendría legitimación activa para interponer el recurso de apelación frente al auto dictado por el juez competente para la declaración de concurso (ex art. 5 bis 4 II), que resuelva la revisión del decreto. En este caso, al ser el precurso un procedimiento de jurisdicción voluntaria, deberemos estar a lo dispuesto en el artículo 20.2 de la ley de la Jurisdicción

¹⁸⁴⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 89; SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., p. 106; véase también en GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria...?*, op. cit., p. 152.

¹⁸⁴⁵ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 89.

¹⁸⁴⁶ Se deberá estar a lo dispuesto en el artículo 454 bis 1 de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo contenido prevé lo siguiente: «*cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto*». Vid. BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 103.

¹⁸⁴⁷ SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., p. 106.

Voluntaria¹⁸⁴⁸, que resuelve y ofrece sustento legal a la cuestión sobre la legitimación en ambos tipos de recursos.

Tras realizar una lectura detenida del artículo 20.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, observamos que, *cualquier interesado que se considere lesionado* por una resolución definitiva dictada en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, tendrá *legitimación activa* para interponer tanto el recurso de revisión (art. 20.2 LJV)¹⁸⁴⁹, como el de apelación frente al auto que resuelve la revisión (art. 20.2 LJV)¹⁸⁵⁰ y, en ambos casos, los interesados que interpongan recurso deberán personarse en forma con letrado y procurador¹⁸⁵¹; por lo tanto, pueden darse dos escenarios: i) que sea el propio deudor (solicitante del precurso) el interesado en recurrir en *revisión* el decreto del letrado, por sentirse perjudicado por dicha resolución (20.2 LJV), ante el juez competente para la declaración de concurso (ex art. 5 bis 4 II); imaginemos, por ejemplo, que el letrado, en su decreto, no ha reflejado como *necesario* un bien indicado como tal por el deudor (ya sea por error, olvido u omisión o, por entender que no es un bien necesario) y, por tanto, no haya decretado la *suspensión* de la ejecución judicial que esté tramitándose sobre dicho bien en otro órgano jurisdiccional; por lo tanto, el deudor solicitante del precurso (ex art. 5 bis) tendrá *legitimación activa* para interponer tanto el recurso de revisión frente al decreto dictado por el letrado de la Administración de Justicia, como el de apelación frente al auto dictado por el juez, resolviendo sobre la revisión, ya que la norma otorga legitimación a *cualquier interesado que se sienta*

¹⁸⁴⁸ El artículo 5 bis 4 II de la Ley Concursal no concretaba quién tenía legitimación activa para interponer el recurso de revisión frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia, ante el juez competente para la declaración de concurso. Como el precurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, acudimos a las normas comunes de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en la que el artículo 20.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria otorga legitimación activa –tanto para el recurso de revisión como para el recurso de apelación– a cualquier interesado

¹⁸⁴⁹ GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria...?*, op. cit., p. 152; BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 102-103

¹⁸⁵⁰ GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria...?*, op. cit., pp. 151-152.; BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., pp. 102-103.

¹⁸⁵¹ SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., p. 106.

perjudicado por la resolución (art. 20.2 LJV)¹⁸⁵². El otro escenario que se puede plantear es que los interesados en recurrir pudieran ser los *acreedores ejecutantes* u otros terceros interesados; es decir, por ejemplo los promotores de la ejecución que se está tramitando sobre un bien del patrimonio del deudor; en este caso nos referimos al supuesto de que el ejecutante que ha instado un procedimiento ejecutivo frente a un determinado bien del deudor (que el decreto del letrado especifica como un bien necesario para la continuidad profesional o empresarial), y ve como el deudor, el mismo día que obtiene el decreto, lo presenta ante el juzgado de primera instancia donde se está ventilando la ejecución y, ante tal resolución, el juez de primera de instancia que está conociendo de aquella, la suspende *ipso iure* (art. 5 bis 4 III LC). En este caso, también entendemos que el acreedor ejecutante que ve como le suspenden el procedimiento de ejecución con la mera presentación del decreto del letrado de la Administración de Justicia (art. 5 bis 4 III LC), si entiende que dicho bien no es *necesario* para la continuidad profesional o empresarial del deudor, tiene *legitimación activa* para interponer *recurso de revisión* frente al decreto dictado por letrado de la Administración de Justicia (ex art. 20.2 LJV)¹⁸⁵³, ante el juez competente para la declaración del concurso (ex art. 5 bis 4 II *in fine* LC). Además, dicho acreedor ejecutante, también tendría legitimación activa, incluso, para interponer el *recurso de apelación* frente al auto dictado por el juez competente para la declaración de concurso (resolviendo la revisión), siempre y cuando se considere lesionado por dicha resolución (art. 20.2 LJV)¹⁸⁵⁴. Finalmente, decir que, tanto la tramitación del recurso de revisión (art. 20.2 LJV)¹⁸⁵⁵, como la tramitación del recurso de apelación¹⁸⁵⁶ (art. 20.2 LJV), no se

¹⁸⁵² GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria...*, op. cit., p. 152; BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 103.

¹⁸⁵³ Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria...*, op. cit., p. 152.

¹⁸⁵⁴ GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria...*, op. cit., p. 152.

¹⁸⁵⁵ Como Bien apuntaba la profesora Carmen SENÉS, el procedimiento por el cual se ventilaba este recurso, antes de la promulgación de la vigente Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, «sería por excepción a la norma general del juicio verbal (Disposición Derogatoria única 1-1ª LEC), canalizado mediante recurso frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia. Este cauce de impugnación confirma, de forma implícita, la competencia funcional del mismo juzgado que hubiera conocido de la comunicación de inicio de inicio de las

llevarán a cabo por las normas previstas en el artículo 197 de la Ley Concursal, sino que, en virtud de la remisión que hace el artículo 20.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, se tramitarán por los cauces previstos para estos recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 454 bis, 456 y ss. LEC)¹⁸⁵⁷. Finalmente, para terminar, decir que para poder admitirse el recurso de revisión el recurrente deberá prestar depósito de veinticinco (€25,00) euros, en virtud del apartado 4º de la Disposición final 15ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹⁸⁵⁸.

5. Tasas judiciales y precurso

La Ley 10/2012, de 20 de noviembre¹⁸⁵⁹, y su posterior reforma legislativa en marzo de 2013, llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero¹⁸⁶⁰, introdujeron la obligación de abonar una tasa judicial por todos los actos de inicio de los procesos jurisdiccionales y, por la interposición de los recursos devolutivos que se interpusieran en el seno de los procesos civiles, contenciosos-administrativos y sociales. Dichas normas El legislador quiso justificar la introducción de estas tasas judiciales en la exposición de motivos de dicha norma: i) para incentivar que los justiciables realizaran un uso racional de la jurisdicción, con el objeto de reducir el número de procesos; ii)

negociaciones (competencia funcional) que venía a decir: En tanto no entre en vigor la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, las referencias al procedimiento contencioso precedente contenidas en el Libro III se entenderán hechas al juicio verbal», SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., p. 105.

¹⁸⁵⁶ El recurso de apelación frente al auto que resuelva la revisión no tendrá efectos suspensivos, salvo que la Ley establezca expresamente lo contrario (art. 20.2 LJV), vid, GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria...», op. cit., p. 152.*

¹⁸⁵⁷ BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...», op. cit., p. 103;* GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria...», op. cit., p. 152;*

¹⁸⁵⁸ En contra BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...», op. cit., p. 102,* que dice que no parece que deba prestarse depósito para recurrir, pues entiende que esta disposición sólo se aplica a los procesos contenciosos y los expedientes de Jurisdicción Voluntaria no lo son.

¹⁸⁵⁹ Vid. La Ley 10/2012, de 20 de noviembre, *por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito e la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*, BOE n.º 280, de 21 de noviembre de 2012.

¹⁸⁶⁰ Mediante el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, *por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita*, BOE n.º 47, de 23 de febrero de 2013.

para obtener mayores recursos que garanticen la financiación de la nueva regulación sustantiva del derecho a la justicia gratuita (art. 119 CE)¹⁸⁶¹, que se configura en nuestro Ordenamiento como un derecho instrumental de nuestro derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (ex art. 24 CE)¹⁸⁶²; a pesar de los objetivos que se marcaba el legislador en su exposición de motivos, la verdad es que la entrada en vigor de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, hizo que dicha norma, ya de por sí, se considerara una normativa socialmente polémica¹⁸⁶³ que vino produciendo cierta problemática procesal a la hora de ser aplicada en sede judicial, lo que ha obligado a la legislador a modificar la misma en menos de tres meses desde su promulgación¹⁸⁶⁴ y, a pesar de ello, se ha dejado sin resolver la paradoja que se produce en el Derecho concursal¹⁸⁶⁵.

Desde que se promulgó la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal, el legislador era consciente de que no podía racionalizar la justicia limitando o reduciendo los medios de defensa, es decir, suprimiendo recursos u otros trámites necesarios, por lo que, a la hora de buscar una solución a esta situación, el legislador optó por intentar racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional introduciendo, *rectius*: imponiendo, una tasa judicial a todos los actos de inicio de los procesos jurisdiccionales y, a todos los recursos devolutivos que se dieran en los mismo (civiles, contencioso-administrativos y sociales), buscando, a toda costa, la reducción del número de procesos o de

¹⁸⁶¹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El derecho de asistencia jurídica gratuita», en MORENO CATENA-CORTÉS DOMÍNGUEZ (autores), *Introducción al Derecho procesal*, ed. Tirant Lo Blanch, 8ª edición, Valencia, 2016, pp. 223 y ss.

¹⁸⁶² Vid. La exposición de motivos de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, BOE nº 280, de 21 de noviembre de 2012.

¹⁸⁶³ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación de las tasas judiciales en sede concursal y la perduración de una paradoja», ed. *Diario La Ley*, nº 8173, sección doctrina, 18 de octubre de 2013, p. 2.

¹⁸⁶⁴ Sobre la promulgación de la Ley 10/2012 y su posterior reforma de marzo de 2013, vid. El interesante trabajo del profesor PÉREZ DEL BLANCO, G., «Problemática procesal de la aplicación de la Ley de tasas judiciales de 2012», en *RJUAM*, nº 27, 2013-I, pp. 273-290. Dicho autor realiza una exposición crítica de todas las cuestiones conflictivas que se presentan a la hora de aplicarla en la práctica forense.

¹⁸⁶⁵ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación...», op., cit., p. 2.

recursos, mediante el abono de una tasa judicial cada vez que se ponga en marcha un proceso o, se interponga un recurso devolutivo dentro del mismo¹⁸⁶⁶; en puridad, como argumenta el profesor Pérez del Blanco, el legislador ha buscado racionalizar el uso de la Administración de Justicia con un instrumento inadecuado: la imposición de la tasas judiciales, pues, si lo que realmente se quería era racionalizar el uso de la jurisdicción, no se podía hacer mediante la imposición de un coste económico aparejado a todo acto de inicio del proceso – o de los recursos – que, a pesar de la buena predisposición de la norma¹⁸⁶⁷, podría convertirse en una auténtica barrera o límite a la hora de ejercitar el importante derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (ex art. 24 CE), sobre todo para los justiciables que, quedaran excluidos del beneficio de la justicia gratuita¹⁸⁶⁸. Por todo ello el Legislador tomó consciencia de ello y aprovechando la promulgación del Real Decreto-Ley 1/2015, de 28 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, procedió a modificar la Ley 10/2012, de 20 de noviembre con la clara intención de acabar con la situación desfavorable que estaba provocando el sistema de imposición de tasas judiciales a muchos justiciables – en el ejercicio de la potestad jurisdiccional –, pues, se han estado dando numerosos casos en los que los justiciables, no siendo beneficiarios de la justicia gratuita, tenían que afrontar el abono de las tasas a la hora de emprender cualquier proceso jurisdiccional y, en muchas ocasiones abandonaban el ejercicio de su derecho por falta de medios económicos que les permitieran acceder a la jurisdicción, sobre todo debido a la situación de crisis económica que estaba atravesando España en aquellos momentos; por tanto, para evitar que la imposición de dicha tasa judicial pudiera seguir suponiendo una grave lesión al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción de todo justiciable, y por ende, a la tutela judicial efectiva (ex art. 24 CE y art. 20

¹⁸⁶⁶ Vid. PÉREZ DEL BLANCO, G., «Problemática procesal...», op., cit., pp. 274-275.

¹⁸⁶⁷ La exposición de motivos de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el Instituto Nacional de Ciencias Forenses, BOE nº 280, de 21 de noviembre de 2012.

¹⁸⁶⁸ Vid. PÉREZ DEL BLANCO, G., «Problemática procesal...», op., cit., pp. 274-275.

LOPJ¹⁸⁶⁹)¹⁸⁷⁰, se promulgó el Real Decreto-Ley 1/2015, de 28 de febrero, cuya entrada en vigor, supuso de forma rápida y urgente, la *exención* del pago de la tasa judicial de las personas físicas y, a las personas jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, siempre que acrediten que cumplen los requisitos para ello, de acuerdo con su normativa reguladora (art. 4.2 a LTJ)¹⁸⁷¹; según se deduce de lo anterior, a *sensu contrario*, la Ley todavía mantiene la obligación de abono de tasa judicial a las personas jurídicas, que no se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Con la reforma de 2015, el legislador ha intentado dar cumplimiento a lo que ya, desde hace años, ha venido invocando el Tribunal Constitucional, que sobre esta cuestión se había manifestado de forma clara y tajante aduciendo que el derecho de acción debe ir indiscutiblemente unido al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa, incluso en supuestos en los que el justiciables no tuviera medios para asumir los gastos del proceso¹⁸⁷².

1. El régimen de las tasas judiciales en caso de solicitud de declaración judicial de concurso como referencia

En primer lugar, según el contenido del artículo 2 b) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, constituyen el hecho imponible de la tasa judicial, el ejercicio de potestad jurisdiccional originado por los siguientes actos: las solicitudes de concurso *necesario* y las demandas incidentales en los procesos concursales constituyen, también, el hecho imponible de la tasa judicial para poder ejercitar la potestad jurisdiccional (art. 2 c LTJ). Por lo tanto, el acreedor que pretenda solicitar la declaración de concurso necesario (arts. 3.1, 7 y 2.4 LC),

¹⁸⁶⁹ Como dice el profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ, el artículo 20 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, lo que hace es entroncar el derecho de la justicia gratuita con el Derecho a la tutela efectiva y con el Derecho de defensa (ex art. 24 CE), vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El derecho de asistencia...», op., cit., p. 223.

¹⁸⁷⁰ Vid. El apartado IV final de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 1/2015, de 28 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

¹⁸⁷¹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El derecho de asistencia...», op., cit., pp. 226.

¹⁸⁷² Vid., por todas las SSTC 138/1988, de 8 de julio y, la paradigmática STC del Pleno 16/1994, de 20 de enero.

al iniciar, con el escrito de solicitud pone en marcha el proceso de declaración judicial de concurso necesario, deberá abonar previamente la tasa judicial correspondiente, antes de presentar la solicitud de concurso necesario o de interponer la demanda incidental (concurzal), puesto que el devengo de la tasa se produce con la mera presentación de la solicitud de concurso necesario (ex art. 5.1 d LTJ) o, con la presentación de los escritos de demandas incidentales en los procesos concursales (art. 5.1 e LTJ)¹⁸⁷³.

Por otro lado, la solicitud de concurso voluntario instada por el propio deudor (ya se persona física o jurídica), nos forma parte del hecho imponible de la tasa judicial y, por ende, queda exenta del abono de la misma (exención objetiva)¹⁸⁷⁴, es decir, el deudor no tendrá la obligación de abonar de la tasa judicial al instar su propia declaración judicial de concurso *voluntario*, ya que existe una exención objetiva *ex legem* que nos indica que dicho acto procesal queda efectivamente exento del abono de la tasa judicial (art. 4.1 b LTJ). En este sentido se equipara al deudor persona jurídica (insolvente) que insta su declaración de concurso voluntario, con la misma exención que se les concede a las personas naturales beneficiarias del derecho a la justicia gratuita¹⁸⁷⁵.

En el ámbito de los procesos concursales, la exención anterior no es la única que se prevé, ya que la reforma de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, operada en marzo de 2013, mediante la promulgación del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, introdujo otra exención –*objetiva y subjetiva* a la vez– por la cual, también quedan exentas del abono de la tasa judicial, las acciones judiciales que ejercite el órgano de administración concurzal, en interés de la masa del concurso y con autorización del juez de lo mercantil (art. 4.1 f LTJ). Aunque como dice Pérez Del Blanco, la aplicación de este precepto en la práctica forense

¹⁸⁷³ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación...», op., cit., p. 3.

¹⁸⁷⁴ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Ibídem...», op., cit., p. 3.

¹⁸⁷⁵ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación...», op., cit., p. 3.

se presenta algo confusa, pues, en primer lugar no existe justificación alguna sobre el trato privilegiado que se le concede al órgano de administración concursal a la hora de interponer demandas incidentales en interés de la masa, cuyo privilegio se presenta similar al privilegio que rige para la Administración Pública: puesto que, también quedan exentas del abono de la tasa, la Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos y los organismo autónomos dependientes de todas ellas (art. 4.2 d LTJ)¹⁸⁷⁶. Y, en relación a lo anterior, tiene razón el profesor Pérez del Blanco, cuando indica que no tiene justificación alguna conceder este privilegio sólo a la administración concursal (cuando interpone las demandas incidentales, cuando en el artículo 54 de la Ley Concursal, se recogen varios supuestos en los que tanto los deudores (ex art. 54.2 LC) como los acreedores (ex art. 54.4 LC) ostentan legitimación —*los acreedores de forma subsidiaria tras el requerimiento a la administración concursal*¹⁸⁷⁷— para ejercitar acciones del concursado con carácter patrimonial y, en interés de la masa¹⁸⁷⁸, que, al igual que las demandas incidentales instadas por la administración concursal, también deberían estar exentas y recogidas en el artículo 4 de la Ley 10/2012, cosa que no ha ocurrido. Asimismo, otra de las cuestiones conflictivas a la hora de aplicar la exención del artículo 4.1 f) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, es que dicho precepto parece exigir, aunque

¹⁸⁷⁶ PÉREZ DEL BLANCO, G., «Problemática procesal de la aplicación...», op., cit., p. 280.

¹⁸⁷⁷ La legitimación subsidiaria del acreedor para instar demandas de carácter patrimonial del concursado, opera de la siguiente manera: el acreedor requiere a la administración concursal para que ejercite una acción del deudor de carácter patrimonial del deudor, en el que incluye las pretensiones a deducir y los fundamentos de las mismas; en el caso de que el deudor, en su caso, o la administración no ejercite dicha acción dentro de los meses siguientes al requerimiento efectuado por los acreedores, se activa su legitimación activa subsidiaria y, por tanto, podría ejercitar dicha acción en interés de la masa, como así lo dispone el artículo 54.4 de la Ley Concursal: «*Los acreedores que hayan requerido por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas del concursado y su fundamentación jurídica, estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal, lo hicieron dentro de los meses siguientes al requerimiento*». Por lo tanto, como defiende el profesor Bellido Penadés el requerimiento previo a la administración concursal es presupuesto de la legitimación activa subsidiaria de los acreedores, vid. BELLIDO PENADÉS, R., «Ejercicio de acciones del concursado», (art. 54), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), AA. VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, tomo I, Madrid, 2004, p. 1027.

¹⁸⁷⁸ Vid. BELLIDO PENADÉS, R., «Ejercicio de acciones...», op., cit., pp. 1022-1028.

no queda muy claro, que el órgano de administración concursal deberá solicitar previamente autorización al juez para que el órgano de administración concursal pueda aplicarse la exención del pago de la tasa judicial a la hora de formular demandas incidentales¹⁸⁷⁹.

Lo sorprendente es que esta autorización judicial prevista en el artículo 4.1 f) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, introducida por el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, no está regulada en la Ley Concursal y, por tanto, su aplicación se presenta confusa, ya que desconocemos si es necesario solicitar dicha autorización para que pueda aplicarse dicha exención, lo que a juicio de PÉREZ DEL BLANCO sería introducir una exigencia no prevista en la Ley Concursal, constituyendo una irregularidad de la Ley de tasas judiciales o, más bien podría tratarse de un supuesto de deficiente técnica legislativa y de desconocimiento técnico del ordenamiento jurídico-procesal, puesto que el legislador, al intentar identificar el acto procesal que constituye la exención de la tasa judicial, lo hace de forma anómala e incorrecta¹⁸⁸⁰. Por otro lado, algún autor¹⁸⁸¹ ha puesto de manifiesto, aduciendo el contenido de una consulta vinculante de la Dirección General de Tributos¹⁸⁸², que la segunda instancia también está sujeta al abono de la tasa judicial, como consecuencia de los recursos que se puedan interponer por el concursado; dicho autor nos pone como ejemplo de recurso que si estaría sujeto a tasa judicial el recurso de reposición frente a un auto de declaración judicial *desestimatorio* de la solicitud de concurso (ex art. 14.2 LC), queda sujetos al abono de la tasa judicial; a juicio

¹⁸⁷⁹ Vid. PÉREZ DEL BLANCO, G., «Problemática procesal de la aplicación...», op., cit., p. 280; Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación...», op., cit., p. 5.

¹⁸⁸⁰ Vid. PÉREZ DEL BLANCO, G., «Ibídem...» op., cit., p. 280.

¹⁸⁸¹ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación...», op., cit., pp. 3 y 17, concretamente nota al pie de página n.º 13.

¹⁸⁸² Vid. Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos de 26 de marzo de 2013, que está a lo que es estrictamente la solicitud de concurso voluntario, al razonar que «el artículo 4.1.c) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, establece un exención objetiva en la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social de la «solicitud de concurso voluntario por el deudor». Consiguientemente, la presentación de recursos por el mismo no goza de la misma exención y habrá de abonarse la tasa correspondiente».

de la doctrina este recurso de reposición frente al auto *desestimatorio* para intentar declararse en concurso, debía estar también exento de la obligación de abonar la tasa¹⁸⁸³, pues, en virtud del Principio de tipicidad y en la analogía *iuris* en el ámbito del Derecho tributario (ex art. 14 LGT), conduce a pensar que dicho recurso de reposición previsto en el artículo 14.2 LC, en el que se recurre el auto de declarativo desestimatorio de la solicitud, pues el mismo no queda regulado en el artículo 2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre¹⁸⁸⁴. Aunque a nuestro juicio el verdadero razonamiento que hay que tener en cuenta a la hora de entender exento del abono de la tasa judicial, al deudor que interpone recurso de reposición frente al auto de declaración judicial del concurso, desestimando la solicitud de concurso (art. 14.2 LC), es que el recurso de reposición no es un recurso devolutivo¹⁸⁸⁵, es decir, parece que la Dirección General de Tributos¹⁸⁸⁶, con su consulta desconoce la diferencia entre recurso devolutivos y no devolutivos, y, como podemos ver el artículo 2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, incluye dentro del hecho imponible los recurso *devolutivos*, pero, en ningún caso los recurso no devolutivos, como lo es el reposición de reposición, por lo tanto, en contra de la tesis que defiende la Dirección General de Tributos¹⁸⁸⁷, si no está sujeto a la tasa (al no estar regulado

¹⁸⁸³ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación...», op., cit., p. 3.

¹⁸⁸⁴ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Ibídem...», op., cit., p. 3.

¹⁸⁸⁵ Recurso no devolutivo es aquel que se atribuye su conocimiento al mismo órgano o tribunal que dictó la resolución que se impugna; en nuestro caso el recurso de reposición (ex art. 14.2 LC) es un recurso no devolutivo, que se sustancia ante el mismo órgano que ha dictado el auto de declaración de concurso desestimatorio. Por lo tanto, el artículo 2 de la Ley de Tasas judiciales, sólo recoge como hechos imponibles los recursos devolutivos en el ámbito civil, contencioso administrativo y social o laboral: d) La interposición del recurso extraordinario por infracción procesal en el ámbito civil; e) La interposición de recursos de apelación contra sentencias y de casación en el orden civil y contencioso-administrativo; f) La interposición de recursos de suplicación y de casación en el orden social. Por lo tanto, al no estar regulados los recursos *no devolutivos* como, por ejemplo, el *recurso de reposición* para recurrir providencias y autos no definitivos (ex art. 451 LEC), concretamente, el que se utiliza para recurrir el auto de declaración judicial de concurso desestimatorio de la solicitud de concurso (ex art. 14.2 LC). Vid. Sobre las clases de recursos (devolutivos y no devolutivos) y sobre el recurso de reposición en MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO (autores), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 437-438, y 447-450.

¹⁸⁸⁶ Vid. Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos de 26 de marzo de 2013.

¹⁸⁸⁷ Vid. Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos de 26 de marzo de 2013.

dentro del hecho imponible –art. 2 LTJ–), no se tendrá por qué abonar la misma, cuando se interponga el recurso de reposición frente al auto de declaración de concurso *desestimando* la solicitud de concurso voluntario (art. 14.2 LC).

Finalmente, tras la promulgación del Real Decreto 1/2015, de 28 de febrero de, mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que introdujo una nueva redacción al artículo 4.2 de la Ley 12/2012, de 20 de noviembre, y que prevé, desde un punto de vista subjetivo, los sujetos que, en todo caso, se encuentran exentos del pago de la tasa judicial por el ejercicio de los actos de inicio del proceso¹⁸⁸⁸: a) las personas físicas; b) las personas jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora; c) El Ministerio Fiscal; d) La Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas; e) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas¹⁸⁸⁹.

2. La solicitud de precurso no está sujeta al abono de tasa judicial

Como era de esperar el legislador no incluye como hecho imponible de la tasa judicial, la solicitud de precurso ex art. 5 bis de la Ley Concursal, pues, la misma, no constituye uno de los hechos imposables de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional originada por la realización de actos procesales que den inicio a un proceso (ex art. 2 LTJ)¹⁸⁹⁰. Es obvio que la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC) no esté sujeta a la tasa judicial por el ejercicio de potestad jurisdiccional originada por la realización de actos procesales de incoación de un proceso, puesto que la misma no pone en marcha la maquinaria judicial incoando un proceso jurisdiccional, sino que la misma incoa

¹⁸⁸⁸ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación...», op., cit., p. 7.

¹⁸⁸⁹ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Ibídem ...», op., cit., p. 8.

¹⁸⁹⁰ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «ibídem ...», op., cit., p. 8.

o pone en marcha un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria¹⁸⁹¹, independiente y separado del proceso de declaración judicial de concurso de acreedores — éste si de eminente naturaleza jurisdiccional¹⁸⁹²—. Como hemos

¹⁸⁹¹ Así lo vienen a entender lo siguientes autores, véase a SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación...», op., cit., p. 8;

¹⁸⁹² El profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, es uno de los más destacados defensores de la naturaleza *jurisdiccional* del viejo proceso de declaración judicial de quiebra y, del actual proceso de declaración judicial de concurso, pues, entendía que la actividad llevada a cabo por el juez a la hora de dictar el auto de declaración judicial de concurso, no consistía en completar normas jurídicas, sino que en palabras del artículo 117.3 CE, el juez enjuicia y lleva a cabo lo juzgado al declarar judicialmente el concurso, que crea nuevas situaciones jurídicas, declarando derechos, tutelando la intervención de sujetos a los que el ordenamiento jurídico concede facultades para actuar en el proceso concursal. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Aproximación al proceso de declaración de quiebra*, en *RdM*, n.º 146, 1977, p. 463; *Ibidem.*, «La naturaleza jurídica de la declaración...», op., cit., p. 20; en la misma línea que el profesor Valentín CORTÉS se manifiestan SENÉS MOTILLA, c., «Concurso y Proceso», en *TeOrDeR*, núm. 12, 2012, p. 25; VEGAS TORRES, J., «El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del proceso», en QUINTANA/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 83 y ss.; CONDE FUENTES, J., *Los sujetos del proceso concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 41. En contra de los anteriores autores se encuentra los que defienden, de forma contundente, que el concurso es un proceso de ejecución universal o general, véanse los trabajos de GUASP DELGADO, J., Y ARAGONESES P., «Nociones generales y requisitos del concurso de acreedores», en *RdP*, núm. 1-3, 2004, p. 333; CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, 3ª edición, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 36 y 37; donde el autor dice que: «aunque cada vez resulta menos clara la naturaleza ejecutiva del concurso, apunta que es esta la naturaleza que tradicionalmente se le ha venido asignar del proceso concursal»; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., «Algunas cuestiones sobre la petición de concurso necesario», en *RdCyP*, núm. 2004, p. 73; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Los procesos de ejecución universal», en GIMENO SENDRA, V. (dir.) *Derecho procesal civil: Los procesos civiles especiales*, 4ª edición, ed. Colex, Madrid, 2014, pp. 622 y ss.; por otro lado, tampoco faltan autores que defienden una naturaleza jurídica mixta (en vistas a la naturaleza material de las pretensiones que se deducen en el proceso concursal) del concurso de acreedores, es decir, una mezcla de proceso declarativo y de

defendido durante el desarrollo del presente trabajo el precurso es un procedimiento judicial cuya naturaleza descansa en el ámbito de la jurisdicción voluntaria judicial y, su finalidad esencial es la preventiva del proceso de declaración de concurso. Por ello, entendemos que, en ningún caso, el escrito de solicitud de precurso podía estar sujeto al abono de la tasa judicial, pues, la presentación del mismo no inicia un proceso jurisdiccional y, por tanto, no constituye el hecho imponible de la misma (ex art. 2 LTJ). En el anterior sentido también se ha pronunciado la *Dirección General de Tributos* que también vino a decir que: «Los expedientes de jurisdicción voluntaria (incluido el expediente de dominio) no está incluidos en el hecho imponible de la tasa judicial por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso administrativo y social (ex art. 2 LTJ)»¹⁸⁹³.

En otro orden de cosas, cabe destacar que en el caso de que el deudor que ha solicitado el precurso (ex art. 5 bis LC), no consiguiera materializar ningún acuerdo con sus acreedores en transcurso del plazo de protección de tres meses que le concede el precurso (ex art. 5 bis 5), éste tendrá la *carga procesal* de instar su declaración de concurso voluntario en el mes hábil siguiente, a no ser que lo hubiera solicitado el mediador concursal o, no se encontrara en estado de insolvencia (ex art. 5 bis 5 in fine LC); dicha solicitud de concurso voluntario, como ya hemos dicho anteriormente, no conllevará el abono de la tasa judicial, ya que está igualmente exenta del pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional originada por la realización de actos procesales de iniciación de un proceso (ex art. 4.1 b LTJ). En conclusión, el deudor que solicita el precurso (ex art. 5 bis LC) para intentar llevar a cabo las negociaciones con sus acreedores que le permitan alcanzar un acuerdo de refinanciación de reestructuración o, extrajudicial de pagos, para evitar entrar en el proceso concursal, en ningún caso viene obligado a pagar la tasa judicial y,

ejecución, *vid.*, a GÓMEZ COLOMER, J.L., «El proceso concursal», en VV.AA, *Derecho Jurisdiccional II*, proceso civil, 22ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 871.

¹⁸⁹³ Véase la Consulta vinculante de la *Dirección General de Tributos* de 19 de febrero de 2013. También véase en la doctrina SENÉS MOTILLA, C., «La homologación de acuerdos de refinanciación, en *ADco*, nº 30, 2013, pássim.

en el caso de que las negociaciones en el seno del procedimiento de precurso fracasaran, es decir, no consiguiera suscribir ningún acuerdo con sus acreedores, este se vería obligado a instar su declaración de concurso voluntario (ex art. 5 bis 5), cuya presentación tampoco constituiría el hecho imponible de la tasa judicial (ex art. 2 LTJ), puesto que está exenta del abono de dicha tasa (ex art. 4.1 b) LTJ).

Para concluir, a pesar de que el legislador haya incluido como hecho imponible de la tasa judicial el acto de petición inicial del proceso monitorio (art. 2 a LTJ), cuya naturaleza, al igual que el precurso, descansa en el ámbito de la jurisdicción voluntaria¹⁸⁹⁴, podemos afirmar, con todo rigor, que las solicitudes que ponen en marcha un procedimiento de jurisdicción voluntaria judicial, al no iniciar un proceso jurisdiccional, difícilmente pueden quedar sujetas al abono de la tasa judicial¹⁸⁹⁵. Por todo ello, no alcanzamos a

¹⁸⁹⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El procedimiento monitorio», en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal civil. Parte especial*, ed. Tirant Lo Blanch, 8ª edición, Valencia, 2016, p. 187. El profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ siempre ha defendido –tanto con la derogada legislación como con la vigente (reformada en 2015, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil – que la petición inicial del procedimiento monitorio (que no proceso como lo denomina la Ley en muchos preceptos) era un procedimiento –expediente lo denomina él– de jurisdicción voluntaria, pensado por el legislador, principalmente, para ofrecer una tutela no jurisdiccional, aunque judicial del crédito. En la petición inicial del procedimiento monitorio el actor no pide que se declare un derecho de crédito, sino que tan sólo se proteja por el letrado de la Administración de Justicia, ordenando un simple requerimiento de pago, sin que haya la menor labor de conocimiento o de declaración judicial en esta primera fase del proceso, se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria, en el que no se declara el derecho, sino que se conforma, y en donde se realiza una actividad que bien podría llevarse a cabo por cualquier otro funcionario». En contra de lo que defiende Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ se pronuncia, entre otros, el profesor Juan Luis GÓMEZ COLOMER, que defiende que el proceso monitorio es un proceso jurisdiccional y tiene naturaleza mixta: a) la primera fase (la petición inicial del procedimiento monitorio) es un proceso declarativo especial y, ii) la segunda fase es un proceso de ejecución, también de carácter especial. Vid. GÓMEZ COLOMER J.L., «El proceso monitorio», en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./BARONA VILAR, S./CALDERÓN CUADRADO, P., (autores), *Derecho Jurisdiccional II: proceso civil*, ed. Tirant Lo Blanch, 23ª edición, Valencia, 2015. P. 823; también en este sentido vid. LORCA NAVARRETE, A.Mª., *El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con particular referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 44-47. Donde dicho autor llega a la conclusión de que el monitorio es una «modalidad de ejecución» *directa e inmediata*.

¹⁸⁹⁵ Vid. Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 19 de febrero de 2013., en la doctrina también se pronuncia SENÉS MOTILLA, C., «La homologación de acuerdos de refinanciación», en *ADCo*, n.º 30, 2013, pássim, que entiende que, en todo caso, los expedientes de jurisdicción voluntaria no están sujetos al abono de la tasa judicial de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

entender por qué el legislador decidió incluir la petición inicial de monitorio como hecho imponible para el abono de la tasa judicial (ex art. 2 a LTJ), entre otras cosas porque como afirma Pérez del Blanco las resoluciones que suponen la finalización del procedimiento monitorio sin transformación en un declarativo suponen el 40,2% (761.050 asuntos totales) de todos los asuntos resueltos por los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil¹⁸⁹⁶; además la actividad judicial (que no jurisdiccional) llevada a cabo por el órgano jurisdiccional competente para conocer del mismo es bastante reducida: constatación de determinada conducta del demandado (falta de personación, oposición o, el pago), en la que el letrado de la Administración de Justicia se limita a controlar varios elementos formales a los efectos de inadmitir la petición inicial¹⁸⁹⁷. Por todo ello, al comprobar la limitada y reducida actividad llevada a cabo por el órgano jurisdiccional competente para ello, resulta cuanto menos incomprensible que la petición inicial del monitorio constituya hecho imponible de la tasa judicial y, por tanto, esté sujeta al abono de la misma¹⁸⁹⁸. Además de las razones cuantitativas y cualitativas aducidas por el profesor Pérez del Blanco¹⁸⁹⁹, también existen, a nuestro juicio, otras razones que justificarían la no sujeción (o la exención objetiva y subjetiva) de la petición inicial de monitorio al abono de la tasa judicial (art. 2 a LTJ): en primer lugar, hemos de decir que la petición inicial del proceso de monitorio no provoca, en ningún caso, el ejercicio de la potestad jurisdiccional del órgano jurisdiccional competente ante el que se presenta dicha petición y, por lo tanto, tampoco dicho acto inicia un proceso; de hecho, siguiendo la tesis del profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, entendemos que la petición inicial de monitorio era (con la legislación derogada), y es (con la nueva reforma introducida en el año 2015) un verdadero procedimiento de jurisdicción voluntaria judicial¹⁹⁰⁰, cuyo

¹⁸⁹⁶ PÉREZ DEL BLANCO, G., «Problemática procesal de la aplicación...», op., cit., p. 284.

¹⁸⁹⁷ PÉREZ DEL BLANCO, G., «Problemática procesal de la aplicación...», op., cit., p. 284.

¹⁸⁹⁸ Vid. PÉREZ DEL BLANCO, G., «Ibídem ...», op., cit., p. 284.

¹⁸⁹⁹ PÉREZ DEL BLANCO, G., «Problemática procesal de la aplicación...», op., cit., p. 284.

¹⁹⁰⁰ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El procedimiento monitorio», op., cit., p. 187

conocimiento se le atribuye al letrado de la Administración de Justicia que, cuando la cuantía de la pretensión no excediera de la propia del juicio verbal, dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio acordando seguir la tramitación conforme a lo previsto para este tipo de juicio (art. 818.2 LEC)¹⁹⁰¹; en todo caso, en ese momento el procedimiento monitorio derivará en otro proceso *separado*¹⁹⁰² de clara naturaleza contenciosa, cuando el deudor presente escrito de oposición dentro del plazo, y, definitivamente se sustancie el asunto en juicio que corresponda¹⁹⁰³, teniendo la sentencia que se dicte cosa juzgada (art. 818.1 LEC)¹⁹⁰⁴.

¹⁹⁰¹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Ibídem...», op., cit., p. 192.

¹⁹⁰²En este sentido, y en consonancia con lo que siempre ha defendido el profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ, la Ley de Enjuiciamiento Civil concibe y reconoce a la oposición—con la redacción de la norma— no tanto como un parte del proceso monitorio, sino como un proceso jurisdiccional separado en donde se sigue el litigio, es así, en estos términos como está redactada la nueva redacción del artículo 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE del 6 de octubre). Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El procedimiento monitorio», op., cit., p. 192 .

¹⁹⁰³ Como así se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo, que también ha dicho: «*que el monitorio termina o con el pago o con decreto trasladado al deudor para que solicite, en su caso, el despacho de ejecución, pero, igualmente, el litigio sobre la existencia y exigibilidad del derecho de crédito se resuelven en el proceso que corresponda*», véase la STS de 4 de julio de 2007.

¹⁹⁰⁴ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El procedimiento monitorio», op., cit., p. 192

Capítulo 4º: Los plazos en el procedimiento de concurso

Como ya hemos defendido a lo largo del presente trabajo, el deudor común podrá formular la solicitud de concurso (ex art. 5 bis) en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5 de la Ley Concursal. Formulada la solicitud de concurso antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración judicial de concurso voluntario (art. 5 bis 2). En este sentido, el deudor que presenta la solicitud de concurso dentro del plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 LC)¹⁹⁰⁵, puede llegar a beneficiarse del aplazamiento, prórroga o suspensión de la *carga procesal* de instar su declaración de concurso voluntario hasta un plazo máximo de seis meses (2+3+1 meses), sobre todo si formula la solicitud de concurso en los primeros días del primer plazo de dos meses que concede el artículo 5.1 de la Ley Concursal (ex art. 5 bis 2 LC)¹⁹⁰⁶.

¹⁹⁰⁵ Como hemos venido afirmando, no sólo es posible acudir al concurso cuando se está en estado de insolvencia (actual o inminente), sino que, como nosotros defendemos a lo largo del presente trabajo de investigación, también es posible que un deudor común pueda solicitar el concurso cuando se encuentre en estado de preinsolvencia, es decir, cuando un deudor que es aún solvente, prevea o pronostique (tras un juicio de probabilidad) que a medio o largo plazo no va a poder cumplir de forma puntual y regular con sus obligaciones. En este sentido, a pesar de que dicha posibilidad no sea recogida de forma expresa en la norma, entendemos que la apertura y la amplitud del tenor literal del artículo 5 bis de la Ley Concursal, permite formular la solicitud de concurso, incluso, antes del periodo de los dos meses establecido en el artículo 5.1 de la Ley Concursal. Además, la doctrina más autorizada así lo ha venido insinuando, vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho Preconcurso», op., cit., p. 566; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op., cit., p. 237.

¹⁹⁰⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho preconcursal», op., cit., pp. 566 y 567; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op., cit., p- 90; MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op., cit., pp. 47 y ss. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de reestructuración...*, 2^a edición, op., cit., pp. 570 y ss.; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op., cit., p. 237; JACQUET YESTE, T., «El no deber de solicitar el concurso y la emergencia de la paraconcurso», en RdCyP, n.º 22, 2015, pp. 387 y ss.; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, 2^a edición, op., cit., pp. 16 y ss.; ÁVILA DE LA TORRE, A., «El deber de instar el concurso y los acuerdos...», op., cit., pp. 45-48, aunque este autor piensa todo lo contrario a nuestra teoría véase la nota al pie de página anterior, pues, entiende que este efecto sólo se activa cuando el deudor se encuentra en insolvencia actual, puesto que, si tras la reforma operada en el año 2011, (a través de la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre), aplicáramos el aplazamiento o la suspensión del deber de solicitar la declaración del concurso también a las situaciones de insolvencia inminente, estaríamos desvirtuando el régimen propio de la insolvencia, al hacer obligatorio el deber de solicitar el concurso en sede

Dicho aplazamiento o suspensión del denominado¹⁹⁰⁷ «deber de solicitud de concurso voluntario» se configura como uno de los importantes efectos de «protección» que se despliegan con la mera presentación de la solicitud de precurso (arts. 5 bis 2 LC), y, que de alguna manera sirve –junto a la *exclusión* de las solicitudes de concurso necesario (ex art. 15.3 LC) y la prohibición de incoación y/o suspensión de determinadas las ejecuciones (art. 5 bis 4 LC)– para ayudar al deudor a llevar a cabo sus negociaciones de forma «sosegada» en un escenario de «tranquilidad» de tres (3) meses, al margen de ejecuciones o solicitudes de concurso necesario, que le permita llevar a buen término las mismas para formalizar: i) un acuerdo de refinanciación (Art. 71 bis 1 y Disp. Ad. 4^a), ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC) o, iii) adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC).

Con respecto al plazo para solicitar el precurso (art. 5 bis 2 LC), el legislador también se mantiene dentro del término legal establecido para que el

de insolvencia inminente, cuando todavía no existe un deber *lega*, *rectius*: un carga para instar la declaración de concurso.

¹⁹⁰⁷ Entendemos que desde un punto de vista técnico procesal, el mal denominado deber de solicitud de declaración de concurso voluntario (ex art. 5.1 LC) es, en puridad, una *carga procesal* del deudor común. Aunque el propio precepto establezca la vigencia del deber de solicitar la declaración de concurso, ello no es óbice para defender que, desde un punto de vista procesal, estamos ante una verdadera carga; se trata de la carga procesal de instar la declaración judicial de concurso. En primer lugar, como bien explica el profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, en el ámbito del Derecho procesal se establecen cargas que, en puridad, vienen a concretarse en el poder de llevar a cabo una actividad y el deber de hacerlo; ese deber-poder es lo que los procesalistas denominan carga procesal *stricto sensu*. Según el profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, «el deudor que solicita la declaración judicial de concurso, actúa con base en un *poder jurídico* para propiciar una consecuencia positiva dentro del proceso concursal, verbigracia: si el deudor quiere proponer un convenio anticipado, deberá asumir la carga procesal de instar su declaración de concurso dentro del plazo de dos meses desde que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia –ex art. 5.1 LC–). Si el deudor no asume su carga de pedir el concurso voluntario, estará perdiendo una serie de posibilidades y, además, dicha inactividad puede provocarle una serie de consecuencias desfavorables (arts. 105, 164, 165.1.1^o y 172 bis LC), por lo que al deudor le conviene presentar la declaración de concurso antes de que sean los acreedores los que soliciten la declaración de concurso necesario». En este sentido se pronuncia el profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La naturaleza jurídica de la declaración...», op. cit., pp. 31-32, que entiende que lo que realmente establece el artículo 5.1 de la Ley Concursal no es un deber, sino una *carga procesal*. También se adhieren a esta tesis algunos prácticos, como por ejemplo MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op., cit., pp. 24 y 25 (concretamente, la nota a pie de página n^o 9).

deudor cumpla con la *carga procesal* de instar la declaración judicial de concurso (art. 5.1 LC), por lo tanto, el deudor, para poder beneficiarse de todos los efectos del precurso (art. 5 bis), deberá presentar la solicitud de precurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (ex arts. 5 bis 2 y 5.1 LC)¹⁹⁰⁸. Como ya hemos advertido en diversos pasajes del presente trabajo, la solicitud de precurso es una *facultad o potestad exclusiva* del propio deudor¹⁹⁰⁹, por lo tanto, el ejercicio de la misma es claramente *potestativo*: puede tomar la decisión de ejercitarlo o no, pero, en el caso de que el deudor decida ejercitar dicha potestad o facultad, deberá presentar la solicitud de precurso dentro de los dos meses siguiente a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5 bis 2 y 5.1 LC). En este sentido, entendemos que al deudor le conviene ser diligente y presentar la solicitud de precurso lo antes posible (dentro del plazo de 2 meses que concede la norma –arts. 5.1 y 5 bis 2 LC–) para garantizarse la *moratoria temporal máxima* de hasta seis meses (2+3+1), y poder contar con el mayor tiempo posible para llevar a cabo las negociaciones con sus acreedores *bajo los efectos de protección* que se activan con la situación jurídica de precurso (ex art. 5 bis 2 y 4; y 15.3 LC).

Una vez que el deudor ha presentado la solicitud de precurso, se activa el plazo de protección de tres (3) meses que concede el artículo 5 bis, para que el deudor lleve a cabo las negociaciones con sus acreedores bajo los efectos de protección que se despliegan en la situación jurídica de precurso (arts. 5 bis 2 y 4; y 15.3 LC); por lo tanto, en contra de lo que se han empeñado en defender algunos prácticos, que entendían que el *dies a quo* para el cómputo

¹⁹⁰⁸ Para determinar cuando un deudor debió conocer su estado de insolvencia, el apartado 2º del artículo 5 dispone que: «Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente». Vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, L., «Prevención y gestión...», op., cit., p. 237.

¹⁹⁰⁹ SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-León (dirs.), AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 87.

del plazo inicial de tres (3) meses que concede el artículo 5 bis era la fecha en la que el letrado de la Administración de Justicia dictaba el decreto por el cual se tenía por presentada la solicitud de concurso (art. 5 bis 3 y 4 LC), el verdadero *dies a quo* para el cómputo del plazo de tres (3) meses para negociar con los acreedores es la fecha en la que efectivamente se formula la solicitud de concurso¹⁹¹⁰. Una vez transcurrido el plazo de tres meses y, en el caso de que el deudor no haya conseguido alcanzar – durante ese plazo – ningún acuerdo con sus acreedores, dispondrá del «mes hábil siguiente¹⁹¹¹» para instar su declaración judicial de concurso voluntario, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o, no se encontrara en estado de insolvencia (ex art. 5 bis 5 *in fine* LC). En conclusión, la fecha de presentación de la solicitud de concurso pone en marcha el cómputo del plazo de protección de tres (3) meses que se activa en el seno del procedimiento de concurso (para que el deudor negocie con sus acreedores) y, por tanto, el *dies a quo* se fija, en todo caso, en la fecha en la que el deudor formula efectiva la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 1)¹⁹¹².

1. Naturaleza jurídica del plazo de los tres meses más uno (3+1) que concede el concurso (art. 5 bis 5 LC)

A la hora de determinar cuál es la naturaleza del plazo de los tres meses más uno (3+1) que transcurren en el seno del concurso (ex art. 5 bis 5 LC), debemos tener en cuenta que el concurso no es un proceso jurisdiccional, ni la solicitud del mismo es un escrito de demanda judicial, por lo tanto, el plazo de tres meses más uno (3+1 meses) que concede el concurso al deudor, entendemos que, en ningún caso, tiene *naturaleza procesal*, puesto que no encaja dentro de la definición que ha venido reiterando nuestro Alto Tribunal sobre

¹⁹¹⁰ En este sentido, vid, en la Jurisprudencia menor el significativo Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, de 21 de diciembre de 2009.

¹⁹¹¹ No es correcto dicho inciso puesto que no es correcto hablar de meses hábiles e inhábiles, sino que, más bien, serán días hábiles o inhábiles, Véanse los artículos 130 y 131 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder de Judicial.

¹⁹¹² MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 815; DÍAZ MORENO, A., «*Dies a quo y Dies ad quem* de la paralización de ejecuciones prevista en el artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal», en *RdCyP*, nº 22, 2015, p. 107-108.

los plazos procesales: «los plazos procesales son aquellos que tienen su origen o punto de partida en una actuación de igual clase, es decir, los que comienzan a partir de una citación, notificación emplazamiento o requerimiento, pero no cuando se asigna un plazo para el ejercicio de una acción¹⁹¹³»; por ello, en nuestro caso, el plazo de tres (3) meses más uno (3+1 meses) que se inicia desde la solicitud de concurso es un plazo de naturaleza *sustantiva*¹⁹¹⁴ ya que no tiene su origen o punto de partida en una actuación procesal previa, y, en ningún caso – a pesar de la opinión de algunos autores¹⁹¹⁵ – la solicitud de concurso se puede entender como una citación, notificación, emplazamiento o requerimiento. Otro de los argumentos que, a nuestro juicio, deberían zanjar la polémica que se suscita a la hora de determinar si dicho plazo tiene naturaleza procesal o naturaleza *sustantiva*¹⁹¹⁶, es que el concurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria¹⁹¹⁷ por lo que entendemos que, al no encontrarnos ante un proceso jurisdiccional, difícilmente podamos considerar que el plazo de los tres meses más uno (3+1 meses) tenga naturaleza procesal, pues, no transcurre en sede

¹⁹¹³ En este sentido se ha venido pronunciando nuestro Tribunal Supremo, véanse las SSTs (Sala 1ª), de 25 de junio de 1968, de 1 de febrero de 1982 y de 25 de septiembre de 2001).

¹⁹¹⁴ Siguiendo la tesis del Magistrado-Juez especialista CGPJ en asuntos de lo Mercantil CUTILLAS TORNS, J.Mª., «El artículo 5 bis de la Ley Concursal y la posterior solicitud de concurso voluntario», en MARTÍNEZ SANZ (dir.), AA. VV., *Tratado del Derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, Madrid, 2012, pp. 50 y ss. En contra de la naturaleza y defendiendo la naturaleza procesal del plazo de los tres más uno (3+1) que concede el concurso, véanse las siguientes resoluciones: AJM nº 1 de Bilbao de 2 de junio de 2009 (JUR 2009, 268414) y AAP Valencia (sección 9ª) n.º 204/2010 (rollo 71 2010), de 2 de junio de 2010. La Audiencia Provincial de Valencia entiende que el plazo de los tres meses más uno (3+1) que concede el concurso es un plazo procesal, pero luego a la hora de computar el plazo, no descuenta el mes de agosto por inhábil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁹¹⁵ Los siguientes autores entienden que la solicitud de concurso (ex art. 5 bis y ex *antiquo* art. 5.3 de la LC) es un mera notificación, véase por todos a PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursividad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op., cit., p. 568; *Ibidem.*, «Estrategias concursales y refinanciaciones de deuda...», op., cit., p. 72; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta anticipada de convenio...», op., cit., p. 92; GUTIERREZ GILSANZ, J., *Comunicación del inicio de negociaciones...*, op. cit., p. 670; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concurso y contratos con el sector público, en *RdCyP*, nº 11, 2009, p. 274; *Ibidem.*, «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso, op., cit., p. 259; Anzar Giner, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, 2ª edición, op., cit., p. 67.

¹⁹¹⁶ Sobre dicha polémica véase las dos posturas defendidas por la doctrina y los tribunales, en el completo trabajo de CUTILLAS TORNS, J.Mª., «El artículo 5 bis...», op., cit., pp. 50-55.

¹⁹¹⁷ Vid., toda la doctrina recogida en la nota al pie de página nº 15.

procesal ni tiene su punto de partida en ningún acto o actuación judicial (previa) de la misma naturaleza¹⁹¹⁸.

2. Días a quo, tiempo hábil para las actuaciones y cómputo del plazo en el procedimiento de precurso (art. 5 bis)

A la hora de ver cómo se determina el *dies a quo* y cómo se realiza el cómputo del plazo de «protección» de los tres meses más uno (3+1) que concede el precurso (ex art. 5 bis 5), entendemos que es necesario hacer el siguiente razonamiento: como el precurso (ex art. 5 bis) es un procedimiento de jurisdicción voluntaria¹⁹¹⁹, debemos acudir a la Ley que regula este tipo de procedimientos, es decir, la vigente Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, para ver qué regula dicha norma sobre el *tiempo hábil* (horas y días hábiles) para las actuaciones en este tipo de procedimientos judiciales¹⁹²⁰, y,

¹⁹¹⁸ Vid. CUTILLAS TORNS, J.M^a., «El artículos 5 bis...», op., cit., pp. 50 y ss.

¹⁹¹⁹ Así lo vienen a entender lo siguientes autores, véase a SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n-º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42.

¹⁹²⁰ Como hemos defendido a lo largo del presente trabajo, la naturaleza jurídica del precurso descansa sobre el ámbito de la jurisdicción voluntaria y, siguiendo la clasificación dogmática de la escuela del profesor Emilio GÓMEZ ORBANEJA, entendemos que el precurso debe entenderse como un procedimiento judicial preventivo del ulterior proceso, en este caso, del proceso de declaración judicial de concurso. Por eso entendemos que el precurso, al igual que los antiguos procedimientos judiciales de quita y espera y, de suspensión de pagos (procedimientos preventivos del concurso y de la quiebra por excelencia), debe entenderse, también, como un *procedimiento judicial, sobre todo los que se sustancian ante un órgano jurisdiccional que interviene y, cuya actividad en ningún caso es jurisdiccional*. Para comprender todo lo anterior consultar el trabajo de HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (autores), *Derecho Procesal Civil. Juicios y procedimientos*

determinar cuál sería el régimen aplicable para el cómputo de los plazos del concurso (ex art. 5 bis), que a nuestro juicio son de *eminente* naturaleza «sustantiva»¹⁹²¹. Una vez analizada la Ley 15/2015, de 2 de julio, observamos que ningún precepto de dicha norma regula tal cuestión, por lo que, el régimen sobre *los días y horas hábiles* (tiempo hábil para las actuaciones judiciales) aplicable al procedimiento de concurso será el contenido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁹²², ya que el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, nos permite acudir *de forma supletoria* a la regulación del tiempo hábil para las actuaciones judiciales (o procesales) previsto en la Ley Enjuiciamiento Civil, al no estar la misma regulada en la vigente Ley de Jurisdicción Voluntaria (ex art. 8 LJV)¹⁹²³; por lo tanto, en el concurso, a la hora de dar tratamiento legal a los días y horas hábiles para las actuaciones judiciales dentro del mismo, habría que acudir de forma *supletoria* a lo dispuesto en los artículos 130 y 131 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (ex art. 8 LJV)¹⁹²⁴, cuyos preceptos, además, también conectan con lo previsto en los artículos 182 al 185 de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del poder judicial¹⁹²⁵.

especiales. Ejecución Procesal. Jurisdicción Voluntaria, vol. II, ed. Madrid, 1979, pp. 177, 188-210 y 377 y ss.

¹⁹²¹ En este sentido se pronuncia Vid. CUTILLAS TORNS, J.M^a., «El artículo 5 bis...», op., cit., pp. 50 y ss.; y en la jurisprudencia menor véase, por todos, el AJM n.º 1 de Alicante, de 21 de diciembre de 2009, que entienden que dicho plazo tiene naturaleza sustantiva.

¹⁹²² Los artículos 130 y 131 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil regulan los días y horas hábiles para las actuaciones judiciales en el proceso civil, y ellos debe ser puestos en conexión con lo regulado en los artículos 182 a 185 de la Ley Orgánica de Poder Judicial que también vienen a regular el tiempo hábil de las actuaciones judiciales.

¹⁹²³ El artículo 8 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, del Jurisdicción Voluntaria, regula el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en todo lo que no esté regulado en la Ley 15/2015, de 2 de julio: «*Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la presente Ley*».

¹⁹²⁴ En este sentido se pronuncia la doctrina, refiriéndose en general a los nuevos procedimientos de jurisdicción voluntaria. Vid, por todos, el trabajo de BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op., cit., pp. 74-75.

¹⁹²⁵ Dichos artículos vienen a regular el tiempo hábil par las actuaciones judiciales conectando los artículos 182, 183, 184 y 185 con los artículos 130 y 131 de Ley de Enjuiciamiento Civil y 201 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que concretan el mismo régimen legal en el proceso civil y el penal.

Asimismo, en lo que respecta al cómputo de los plazos en el seno del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis) habrá que estar a lo previsto en los artículos 132 a 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ex art. 8 LJV); por otro lado no debemos olvidar que, a la hora de formular la solicitud de concurso, hay que tener en cuenta los días que son *inhábiles* (art. 130.2 LEC)¹⁹²⁶, pues, a pesar de que se puedan habilitar ciertos días y horas originariamente inhábiles –por causa urgente que lo exija¹⁹²⁷– (arts. 184.2 LOPJ y 131 LEC), el deudor sólo podrá presentar la solicitud de concurso ante el juez competente para su declaración de concurso (ex art. 5 bis 1), dentro de los días y las horas que sean hábiles¹⁹²⁸ –a efectos procesales– (arts. 130.1 LEC¹⁹²⁹), todo ello, en virtud de la remisión que hace el contenido del artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Como podemos observar, tras la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se ha cambiado el criterio para los días y horas hábiles de los *procedimientos de jurisdicción voluntaria* que regía en el viejo artículo 1812 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que preveía que para las actuaciones de jurisdicción voluntaria «(...) eran hábiles todos los días y horas sin excepción»; dicho criterio ha dado un giro de ciento ochenta grados, ya que, ahora, a la hora de presentar la solicitud de concurso, hay que tener

¹⁹²⁶ Desde un punto de vista procesal, los artículos 182.1 y 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial disponen que: «son días inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en las respectivas Comunidades Autónomas». «Serán inhábiles los días del mes de agosto para las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales. No obstante, el Consejo General de Poder Judicial, mediante Reglamento, podrá habilitarlos a efectos de otras actuaciones». Estos artículos hay que ponerlos en relación con lo previsto en los artículos 130 y 131 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan los días y horas hábiles y, la habilitación de días y horas inhábiles en el proceso civil.

¹⁹²⁷ El tribunal podrá entender que necesario habilitar días u horas inhábiles (de oficio o, a instancia de parte) para practicar una actuación judicial que se deba practicar con urgencia, pues, cuya demora podría causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provoque la ineficacia de la resolución judicial (art. 131.2 *in fine* LEC)

¹⁹²⁸ En este sentido vid. BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op., cit., p. 75.

¹⁹²⁹ Los artículos 130 y 131 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que regulan los días y horas hábiles en el proceso civil, conectan con los artículos 182 a 185 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que también vienen a regular el tiempo hábil para las actuaciones judiciales.

presente los días inhábiles (arts. 130.2 LEC y arts. 182.1 y 183 LOPJ), al entenderse que la solicitud de concurso no se podrá formular los sábados, los domingos, los días 24 y 31 de diciembre, ni los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad; además, tampoco entrarán en el cómputo de los plazos del procedimiento de concurso los días del mes de agosto, ya que los mismos tienen también la consideración de inhábiles y se aplican con todo rigor (art. 130.2 *in fine* LEC).

Partiendo de que los plazos procesales son aquellos que tienen su origen o punto de partida en una actuación de igual clase, es decir, los que comienzan a partir de una previa citación, notificación emplazamiento o requerimiento, pero no cuando se asigna un plazo para el ejercicio de una acción¹⁹³⁰, podemos concluir que los plazos previstos, tanto en el derogado artículo 5.3 como en el vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal, no encajan dentro de esa definición y, por lo tanto, como ya ha hemos afirmado, entendemos que tienen (y tenían) la naturaleza sustantiva¹⁹³¹. A nuestro juicio, es indudable que nos encontramos ante plazos sustantivos puesto que el concurso no es un proceso jurisdiccional, y la solicitud de concurso no es un acto o actuación procesal que active consecuentemente un plazo de naturaleza procesal, como si de escrito de demanda judicial se tratara. A pesar de que son plazos sustantivos, para el cómputo de los mismos se aplicará de forma supletoria, en virtud de la remisión que hace el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, las normas del cómputo establecidas en los artículos 132 a 136 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El primer plazo del concurso que hay que analizar, es el plazo de dos meses que se desprende del artículo 5 bis 2 de la Ley Concursal: «*Esta*

¹⁹³⁰ Vid. SSTs de 25 de junio de 1968, de 1 de febrero de 1982 y de 25 de septiembre de 2001.

¹⁹³¹ En este sentido se pronuncia CUTILLAS TORNS, J.M^a., «El artículo 5 bis...», op., cit., pp. 50 y ss.; en la jurisprudencia menor véase Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, de 21 de diciembre de 2009 EN contra, se muestran las siguientes resoluciones que entienden que dicho plazo del concurso es de naturaleza procesal, véase por todos, el AJM n.º 1 de Bilbao, de 2 de junio de 2009. (JUR 2009, 268414) y el Auto de Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª), n.º 204/2010 (Rollo 71/2010, de 2 de junio, de 2010, aunque este auto no descuenta el mes de agosto por inhábil.

comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5 (...)»; el plazo al que hace alusión dicho precepto es el recogido en el artículo 5.1 de la misma Ley, que nos viene a decir que: «*El deudor deberá solicitar la declaración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*».

Como podemos observar, el deudor tiene el deber de formular la solicitud de concurso dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5 bis 2 y 5.1 LC). ¿Cómo se computa dicho plazo?; en este caso, dicho plazo está establecido por meses, por lo que el mismo se computará de fecha a fecha¹⁹³² (ex arts. 133.3 LEC¹⁹³³); verbigracia: si un deudor conoce que se encuentra en estado de insolvencia un diecinueve (19) de abril, la fecha tope en la que puede formular la solicitud de concurso es el 19 de julio (ex art. 133.1 LEC) o, hasta las quince (15:00) horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, esto es hasta las quince (15:00) horas del día 20 de julio (ex art. 135.5 LEC)¹⁹³⁴

A pesar de la regla anterior, en la práctica forense, los deudores que pretenden formular la solicitud de concurso entendemos que no deben esperar hasta el último día de gracia para solicitar el mismo (ex art. 135.5 LEC), puesto que, cuanto antes presenten la solicitud (ex art. 5 bis 1), más tiempo tendrán para negociar con sus acreedores *bajo los efectos de protección del concurso* que, como ya hemos dicho, pueden extenderse hasta seis meses

¹⁹³² Vid. La STS de 17 de diciembre de 1990 y la STS de 3 de octubre de 1990, dejan claro que cuando los plazos vienen señalados por meses (o por años) se computará de fecha a fecha, en virtud del contenido previsto en el artículo 5 del Código Civil, « (...) y si los plazos señalados o fijados por meses, se computarán de fecha a fecha».

¹⁹³³ Los artículos 132 a 136 de la LEC son de aplicación supletoria al procedimiento de concurso, por la remisión que hace el artículo 8 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Véase en términos generales para todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria, a BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op., cit., pp. 74-75.

¹⁹³⁴ Vid. MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo...*, op., cit., p. 815; también vid., a BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op., cit., pp. 74-75, cuyo autor, afirma, en términos generales, que para todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria será de aplicación supletoria los artículos 130 y 131 de la LEC y, los artículos 132 a 136 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por la remisión contenida en el artículo 8 de la Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria. Es posible aplicar el día de gracia en el concurso sobre todo, al presentar la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 1).

(2+3+1), dependiendo de lo diligente que sean los deudores a la hora de formular la solicitud. Otro incentivo que fuerza a los deudores a formular la solicitud de precurso –cuanto antes– dentro del plazo de dos meses que prevé la norma (ex art. 5 bis 2), es que cuanto antes formule la solicitud de precurso antes obtendrá los efectos de protección que le concede el procedimiento de precurso: i) suspensión del deber de solicitud de concurso (ex art. 5 bis 2 LC); ii) exclusión de las solicitudes de concurso necesario (art. 15.3); iii) prohibición de incoar o suspensión de determinadas ejecuciones (art. 5 bis 4); en este caso, se podía dar la siguiente hipótesis: si el deudor en estado de insolvencia actual (art. 2.2 LC), no solicitara el precurso de forma rápida y diligente –durante los primeros días de ese plazo de dos meses que le fija la norma (ex art. 5 bis 2 y 5.1 LC)–, podría correr el riesgo de que, durante ese *interin* (en el que tiene intención de solicitar el precurso (ex art. 5 bis 1), pero todavía no lo ha solicitado y, por ende, no se han desplegado los efectos de «protección» frente a solicitudes de concurso necesario), algún acreedor con base en alguno de los supuestos ex art. 2.4 de la Ley Concursal, solicite la solicitud de declaración de concurso necesario (3.1 y 7 LC).

El siguiente plazo que se desprende del procedimiento de precurso es el de tres meses más uno (3+1 meses) que se prevé en el artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal, en el cual se prevé lo siguiente: *«Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia»*. ¿Cómo se computa este plazo de 3 meses más 1 (3+1 meses)?; como hemos dicho en la introducción anterior, la fecha de presentación de la solicitud de precurso pone en marcha el plazo o moratoria temporal de tres meses (bajo los efectos de protección del precurso –arts. 5 bis-2º, 4º y 15.3 LC–), para que el deudor pueda negociar con sus acreedores sin las tensiones que producirían la pendencia de ejecuciones singulares contra su patrimonio o, las solicitudes de concurso

necesario instadas por terceros legitimados distintos del deudor (arts. 3.1 y 7 LC); en relación a lo anterior, como hemos advertido, en el precurso, a pesar estar ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, se aplicarán *supletoriamente* las normas básicas de actos procesales de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la orden que dispone el artículo 8 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria¹⁹³⁵, lo que significa que las normas básicas sobre *días y horas hábiles* para las actuaciones judiciales aplicables al procedimiento de precurso serán las que se disponen en los artículos 130 y 131 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹³⁶ y, el cómputo de plazos se efectuará conforme a los artículos 132 a 136 de la misma norma¹⁹³⁷.

Finalizado el plazo o moratoria de protección tres meses anterior, «*el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente*» (art. 5 bis 5); si atendemos al tenor del artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal se dice: *mes hábil siguiente...*; pero si acudimos a las normas que regulan los días y horas hábiles para los actos procesales previstos para el proceso civil (art. 130.2 LEC), no se prevé la distinción entre los meses hábiles o inhábiles, sino que, en todo caso, los que se consideran inhábiles a efectos procesales son *los días*; como por ejemplo: los sábados, los domingos, los días 24 y 31, los días de fiesta nacional o, lo días festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad; también será inhábiles los días del mes de agosto (art. 130.2 LEC).

El plazo de 3 meses más uno (3+1 meses) establecido en el precurso (ex art. 5 bis 5 LC), al ser un plazo señalado por meses (al igual que los plazos señalados por años), se debe computar de fecha a fecha (ex art. 133.3 LEC), por lo tanto, si yo formulo la solicitud de precurso un 18 de abril, el plazo de tres meses finalizará el día 18 de julio o, el 19 de julio hasta las quince (15:00)

¹⁹³⁵ BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op., cit., pp. 74-75. Dicho autor afirma que en general los procedimientos de jurisdicción voluntaria, al no venir regulado en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria

¹⁹³⁶ Estos dos preceptos deben conectarse a lo dispuesto en los artículos 182 a 185 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que vienen a regular, también, el tiempo hábil para las actuaciones judiciales.

¹⁹³⁷ Por todos, vid. BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op., cit., p. 75; MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo...*, op., cit., p. 815.

horas, si se utiliza el día de gracia que prevé el artículo 135.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (plenamente aplicable al procedimiento de concurso)¹⁹³⁸.

Como hemos podido observar el plazo de tres meses que concede el concurso se computa de fecha a fecha (art. 133.3 LEC), es decir, el plazo finalizará el mismo día (el equivalente) al día en el que iniciaba el cómputo o el *dies a quo*. En el caso de que no hubiera en el mes del vencimiento un día equivalente al *dies a quo*, por ejemplo: si el *dies a quo* es el día 29 de noviembre, el *dies ad quem* sería el día 29 de febrero, pero, imaginemos que el mes de febrero de ese año no tiene 29 días, por tanto, el *dies ad quem* sería el día 28 – art. 133.3 II LEC –, en este caso, según lo que se desprende del ejemplo anterior, hay que entender que el último día del cómputo será el último día del mes (art. 133.3 II LEC). En el caso de que el día final fuera inhábil (art. 130.2 LEC), teniendo en cuenta que dicho plazo de tres meses tiene, a nuestro juicio, naturaleza sustantiva (al no depender de ninguna actuación procesal previa), se prorrogará al siguiente día hábil cuando el derecho deba exigirse judicialmente¹⁹³⁹ (art. 133.4 LEC y art. 185.2 LOPJ), ya que en día inhábil es imposible presentar la solicitud de declaración de concurso, no siendo posible presentarla en el juzgado de guardia y, todo ello, en virtud al respeto al importante *derecho a la tutela judicial efectiva* (ex art. 24 CE)¹⁹⁴⁰.

Finalizado el plazo o moratoria de protección tres meses anterior, «*el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente*» (art. 5

¹⁹³⁸ En este sentido se postula BANACLOCHE PALAO, afirmando que a los nuevos procedimientos de jurisdicción voluntaria se les aplican, de forma supletoria, las normas básicas en materia de actos procesales de la LOPJ y de la LEC, por remisión del artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, por lo que se aplicarán los arts. 130 y 131 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes de la LOPJ (arts. 182-185) y, para el cómputo de los plazos habrá que estar a lo previsto para las normas que regulan el cómputo de los plazos procesales (arts. 132-136 de la LEC), quedando fuera del cómputo los días inhábiles, siendo posible presentar los escritos hasta las 15 horas del día hábil al siguiente al último del plazo. Vid. BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op., cit., p. 75.

¹⁹³⁹ En contra de esta interpretación se postulaba la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de mayo de 2003, que defendía que en el caso de que el día de finalización del plazo fuera inhábil no se podría prorrogar dicho plazo al siguiente hábil.

¹⁹⁴⁰ Tesis que siguen la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 7 de noviembre de 2005 y el Auto del Juzgado nº 1 de Alicante de 21 de diciembre de 2009.

bis 5); como ya hemos dicho en las normas sobre los días y horas hábiles para los actos procesales previstas para el proceso civil, no se prevé la distinción entre los meses hábiles o inhábiles (art. 130 LEC y, arts. 182.1 y 183 LOPJ), sino que, en todo caso, los que se consideran inhábiles a efectos procesales son *los días*; como por ejemplo: los sábados, los domingos, los días 24 y 31, los días de fiesta nacional o, lo días festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad; también será inhábiles los días del mes de agosto (art. 130.2 LEC). Por lo tanto, el cómputo del plazo del mes hábil siguiente que se le concede al deudor para instar la declaración de concurso voluntario (ex art. 5 bis 5), al ser un plazo señalado por meses, se computará de fecha a fecha (ex art. 133.3 LEC); y, cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes (art. 133.3 LEC). En el caso de que el plazo concluyera en un día inhábil¹⁹⁴¹, se entenderá prorrogado hasta el día siguiente hábil (art. 133.4 LEC y art. 185.2 LOPJ). En conclusión, si el plazo de tres meses concluye el 9 de julio (debido a que el deudor ha formulado la solicitud de precurso el 9 de abril y el plazo se computa de fecha a fecha –art. 133.3 LEC–), el deudor debería instar la declaración de concurso voluntario el 9 de agosto, pero, como los días del mes de agosto son inhábiles, se prorroga hasta el día siguiente hábil siguiente: en nuestro caso sería el uno de septiembre. En este caso, el deudor no podrá valerse del día de gracia (ex art. 135.5 LEC), pues, entendemos que no estamos ante un plazo original (inicial) de vencimiento, como exige dicho precepto, sino que se debe considerar un plazo que ha se prorrogado¹⁹⁴².

En cuanto al siguiente plazo del mes hábil siguiente previsto en la norma (ex art. 5 bis 5), hemos de decir que se computaría también utilizando la misma regla anterior (ex art. 133.3 LEC), y, por lo tanto, siguiendo con el ejemplo anterior el plazo del *mes hábil siguiente* finalizaría el 18 de agosto (o el

¹⁹⁴¹ Se entenderán por días inhábiles a efectos procesales los sábados y los domingos, los días 24 y los días 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad. Además, también será inhábiles los días del mes de agosto (arts. 130.2 LEC y 182.1 y 183 LOPJ).

¹⁹⁴² En este sentido vid., MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo...*, op., cit., p. 815.

19 si se hubiera utilizado el día de gracia – ex art. 135.5 LEC –); pero hemos de recordar que los días del mes de agosto son inhábiles (art. 130.2 *in fine* LEC), por lo que, al concluir dicho plazo en día inhábil, se entenderá prorrogado hasta el día siguiente hábil (art. 133.4 LEC)¹⁹⁴³, puesto que el derecho debe exigirse judicialmente, ya que la solicitud de declaración de concurso no se puede presentar o interponer en día inhábil¹⁹⁴⁴; en conclusión, el plazo del mes hábil siguiente de nuestro ejemplo finalizaría el primer día hábil del mes de septiembre (art. 134.4 LEC), no pudiéndose aplicar el día de gracia (ex art. 135.5 LEC), al no ser este un plazo inicial, sino que se trata de un plazo ya prorrogado¹⁹⁴⁵.

En conclusión, debemos afirmar que, a pesar de que el precurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria¹⁹⁴⁶, le serán de aplicación de las normas básicas procesales que regulan el tiempo de las actuaciones judiciales en la Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 130 a 136 LEC), ya que el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria nos remite a la aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en todo lo no regulado por la misma (art. 8 LJV); en consecuencia, podemos afirmar que en el procedimiento de precurso serán de aplicación las normas procesales básicas que regulan el tiempo de las actuaciones judiciales, concretamente, la normas procesales sobre: i) los días y horas hábiles (arts. 130 y 131 LEC), ii) el cómputo de los plazos aplicable (ex art. 133 LEC) y, iii) la presentación de escritos a los efectos del requisito del tiempo de los actos procesales (ex art. 135.5 LEC)¹⁹⁴⁷.

¹⁹⁴³ MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo...*, op., cit., p. 815.

¹⁹⁴⁴ Vid., el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 21 de diciembre de 2009.

¹⁹⁴⁵ En este sentido se pronuncia MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo...*, op., cit., p. 815.

¹⁹⁴⁶ Antes de la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, BOE nº 58, de 3 de julio de 2015, los expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria de antaño se regían por el criterio de que, «*todos los días y todas las horas son hábiles sin excepción*», como así disponía el viejo artículo 1812 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuyo precepto ha estado vigente hasta el año 2015. Ahora dicho criterio ha dado un giro de ciento ochenta grados.

¹⁹⁴⁷ Siguiendo la teoría defendida por BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op., cit., pp. 74-75.

Capítulo 5º: Límites temporales a la solicitud de precurso

1. La limitación temporal de un año entre solicitudes de precurso consecutivas: ¿herramienta para evitar el uso abusivo o fraudulento del precurso (ex art. 5 bis)?

Antes de la reforma del artículo 5 bis de la Ley Concursal, operada por el Real Decreto-Ley, 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptaban medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que luego se convalidaría por la vigente Ley 17/2014¹⁹⁴⁸, se dudaba sobre si era posible que un deudor pudiera estar utilizando el precurso de forma abusiva y fraudulenta, *encadenando* sucesivas solicitudes de precurso (ex art. 5 bis), intentado «parapetar» su verdadera situación patrimonial bajo la cobertura de protección que le brinda el precurso, en busca de una simple «huida hacia delante», que le permitiera beneficiarse del aplazamiento del deber de solicitud de concurso (ex art. 5.1 LC), sin tener la más mínima intención de negociar con los acreedores, durante la tramitación del precurso, y, por ende, deteriorando «estrepitosamente» el valor de sus activos con el consiguiente agravamiento de su situación de insolvencia. En estas situaciones, durante la siguiente tramitación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), dicho deudor volvería a estar protegido de las solicitudes de concurso necesario (ex art. 15.3 LC) y, de la paralización y/o suspensión de determinadas ejecuciones seguidas frente a su patrimonio (ex art. 5 bis 4 LC), lo que supone que, mientras el deudor vuelva a situarse – consecutivamente – en situación de precurso (al encadenar otra solicitud de precurso consecutiva), los acreedores ejecutantes se encuentran con las «manos atadas», al quedar paralizadas y/o suspendidas las ejecuciones que

¹⁹⁴⁸ Vid. La Ley de 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE nº 238, de 1 de noviembre de 2014.

hubieran instado o pretendieran instar frente a su patrimonio, todo ello con la mera presentación de la solicitud de concurso por parte del deudor¹⁹⁴⁹.

Como hemos dicho al principio, hasta la entrada en vigor de las reformas del artículo 5 bis introducidas por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, dicho precepto no preveía ninguna limitación que impidiera al deudor encadenar sucesivas solicitudes de concurso (ex art. 5 bis), por lo tanto, un deudor *in malam partem*, «osado» y «desaprensivo» (que, según el tenor literal de la norma, no tiene que probar su estado de insolvencia¹⁹⁵⁰) conector de los

¹⁹⁴⁹ Como ya hemos apuntado en otro lugar, «La medida incluida en el artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal sobre la prohibición de incoar o, la suspensión de determinadas ejecuciones puede tornarse «perversa», si se analiza la facilidad con la que cualquier deudor puede acogerse a ella (la obtención de la paralización y/o la suspensión de determinadas ejecuciones); para ello, el deudor solamente tiene que presentar el escrito de solicitud de concurso en el que comunique el inicio de negociaciones con los acreedores (ex art. 5 bis 1 LC), ante el juzgado competente, sin necesidad de acreditar, en dicho escrito, si estado de insolvencia o, el inicio de negociaciones concursales con los acreedores; la facilidad con la que se puede acoger cualquier deudor a la paralización y/o suspensión de las ejecuciones judiciales dentro del concurso, en fraude de ley, con la mera intención de evitar que los acreedores puedan ejecutar sus posiciones crediticias. Y, desde nuestro punto de vista, ya apuntábamos que esta medida o posibilidad de paralizar y/o suspender podría convertirse en un verdadero semillero de problemas, al menos, en sede procesal. Véase, GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la Ley Concursal operada por el Real Decreto-Ley 4/2014: otra modificación a “golpe” de Real Decreto-Ley» en *RJUAM*, n.º 30, 2014-II, p. 100, concretamente la nota a pie de página n.º 94. También, véase a GARCÍA VIDAL, Á., «El concurso...», op. cit., p. 92. Dicho autor pone de relieve diversas conductas fraudulentas conectadas con la reserva de la comunicación y el límite temporal de un año regulado en el artículo 5 bis 6 LC; pues, entiende que si un deudor se acoge a la reserva de la comunicación (ex art. 5 bis 3 LC), dicho deudor podría estar formulando varias comunicaciones concursales sin respetar la limitación temporal de un año (1) que recoge el artículo 5 bis 6 de la Ley, por la cual, *formulada una comunicación prevista en este artículo no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año*.

¹⁹⁵⁰ Un deudor puede tener interés en colocarse fraudulentamente bajo los efectos protectores que se desencadenan con la presentación de la solicitud de concurso reservada (ex art. 5 bis 3 LC), en dos escenarios: i) cuando el deudor sea solvente y sólo tenga la intención de paralizar alguna ejecución individual que sepa que es inminente, en estos casos, como no se requiere la acreditación del estado de insolvencia, el deudor se coloca fácilmente en la situación jurídica de concurso con la posibilidad de obtener la paralización de dicha ejecución individual que prevé inminente sin haber sufrido ningún coste reputacional al haber formulado la comunicación reservada (ex art. 5 bis 3) y, ii) cuando un deudor se encuentre en estado de insolvencia y no presenta ningún plan de viabilidad empresarial que proyecte un plan de pagos serio y, además, no tuviera ni la más remota intención de negociar con los acreedores (en sede de concurso), podría tener incentivos para acogerse al concurso —(ex art. 5 bis)—, buscando —desesperadamente— una «huida hacia delante» con el objeto de eludir el concurso, beneficiándose de los efectos protectores que se desencadenan con la mera presentación de la solicitud de concurso (ex arts. 5 bis, 15.3 y 22.1 LC). En estas situaciones, el deudor, a pesar de conseguir situarse en la situación de concurso y, beneficiarse de los efectos protectores del concurso, está destruyendo el valor de sus activos y agravando, aún más si cabe, su estado

potentes efectos que puede obtener con la mera presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), podía estar encadenando solicitudes sucesivas con el objeto de aplazar reiteradamente el deber de solicitud de concurso y obtener todos los efectos que se producen con la presentación del precurso (ex art. 5 bis LC), pues, antes de la reforma concursal promulgada en el año 2014¹⁹⁵¹, no existía ningún precepto que prohibiera tal actuación, dejando la puerta abierta a escenarios verdaderamente inaceptables desde el punto de vista del Derecho de la insolvencia; por ejemplo: imaginemos que un deudor opta por solicitar el precurso –en el que no tiene que probar su situación patrimonial–, sin la más mínima intención de negociar con los acreedores durante el mismo, simplemente lo pide para beneficiarse de los efectos protectores que se desencadenan con la mera solicitud del precurso (ex art. 5 bis LC), en busca de una «huida hacia delante», con la que consigue: i) aplazar su deber de solicitud de concurso¹⁹⁵², ii) paralizar *ipso iure* las solicitudes de concurso necesario (ex art. 15.3 LC) y, además, iii) obtener la paralización y/o suspensión de determinadas ejecuciones instadas por los acreedores ejecutantes y dirigidas frente a su patrimonio (art. 5 bis LC). Ante la anterior conducta seguida por estos deudores «desaprensivos» se puede dar la «rocambolésca» situación de que, cuando llegue en vencimiento del plazo del mes siguiente hábil (ex art. 5 bis 5 LC), el deudor que no ha negociado con ningún acreedor, siga estando en estado de insolvencia actual, los acreedores estuvieran despistados y no hubieran instado la declaración judicial de concurso necesario (ex art. 15.3 II LC), y, el propio deudor, tampoco hubiera solicitado su declaración de concurso voluntario como así prescribe el artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal. Ante esta situación, recordemos que el juez no puede declarar el concurso *ex officio* (como

de insolvencia, pues, quizá, en lugar de haber solicitado el precurso (ex art. 5 bis) debió haber instado directamente la solicitud de declaración de concurso.

¹⁹⁵¹ Reforma operada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE n.º 238, de 1 de octubre de 2014.

¹⁹⁵² Eludiendo la temida responsabilidad concursal en la que podría haber incurrido el deudor por incumplir su deber de solicitud de concurso y presentar extemporáneamente el concurso (ex arts. 165.1. 1º y 172 bis LC).

ocurría antiguamente en el Ordenamiento jurídico italiano¹⁹⁵³, cuya doctrina lo venía denominando: una *specie de jurisdicción sin acción*¹⁹⁵⁴), pues dicha posibilidad no se prevé en nuestro Ordenamiento jurídico español¹⁹⁵⁵, y, por tanto, cualquier deudor «astuto» al no haber sido declarado judicialmente en concurso, podría volver a presentar consecutivamente otra solicitud de precurso (ex art. 5 bis), para quedar al «resguardo» de solicitudes de concurso necesario instadas por terceros legitimados (ex art. 15.3 LC), volviéndose a aprovechar de todos los efectos «protectores» que se desprenden de la presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC); a nuestro juicio, este tipo de conductas del deudor no se debieron permitir en el pasado, incluso, aunque no se hubiera regulado ningún límite temporal que lo impidiera, ya que, si se permite que cualquier deudor pudiera «encadenar» sucesivas solicitudes de precurso (ex art. 5 bis 1), se estaría contribuyendo a que el deudor se sitúe formalmente —sin tener derecho a ello— bajo la protección que le brinda la situación jurídica de precurso (ex arts. 5 bis, 15.3, 22.1 LC) en detrimento de los acreedores, a pesar de su persistente estado de insolvencia.

Como hemos apuntado, si la Ley Concursal siguiera permitiendo que los deudores pudieran provocar este tipo de situaciones, se estaría permitiendo una situación anómala que propiciaría que cualquier deudor podría volver a solicitar consecutivamente otra solicitud de precurso como instrumento de

¹⁹⁵³ El viejo artículo 6.1 de la *Legge Fallimentare* permitía que el juez podía declarar de oficio el *fallimento*, cuando se dieran determinadas circunstancias como, por ejemplo, que hubieran desistido los acreedores y el Ministerio Público no se hubiera ratificado en su solicitud de fallimento, tras la *l'istruttoria prefallimentare*. Vid. el trabajo de PACCHI, S., Y GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La intervención y los poderes de disposición del Ministerio Fiscal en el Proceso concursal italiano y Español», en *ADCo*, n.º 28, enero-abril, 2013, pp. 269-274.

¹⁹⁵⁴ CRISTOFOLONI, G., *La Dichiarazione di fallimento...*, op. cit., pp. 230 y ss.

¹⁹⁵⁵ Sobre la imposibilidad de que el juez declare el concurso *ex officio*, vid., ampliamente el trabajo de PACCHI, S. Y GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La intervención y los poderes de disposición...», op. cit., pp. 256-265. En el ordenamiento jurídico español, no se da la declaración judicial de concurso *ex officio*, como ocurría en el Ordenamiento jurídico italiano, que hasta el año 2006, si se podía declarar el fallimento de oficio si los acreedores desistían y el Ministerio Público no ratificaba su solicitud; pero esta posibilidad fue suprimida por el artículo 4.1 del Decreto Legislativo 5/2006, de 9 de enero, cuya entrada en vigor se produjo el 16 de julio de 2006, que vino a derogar el artículo 6 de la *Legge Fallimentare*.

protección frente a las solicitudes de concurso necesario (ex art. 15.3 LC), volviéndose a beneficiar de todos los efectos que se desprenden de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC), sin tener derecho a ello, y, por lo tanto, estaría utilizando el precurso en fraude de ley, pues, según predica la norma vigente (ex art. 5 bis 5), el deudor que tras los tres meses de negociaciones con los acreedores no hubiera conseguido remover su situación de insolvencia, tendrá la *carga* procesal de instar la solicitud de declaración de concurso en el mes hábil siguiente (ex art. 5 bis 5 LC), no pudiendo volver a presentar solicitud de precurso de forma consecutiva, pues si así lo hiciera el deudor estaría incurriendo en un ejercicio abusivo de su derecho potestativo o facultad de solicitar el precurso (ex art. 5 bis).

Por lo tanto, es necesario concluir que, en los casos anteriores a la reforma concursal llevada a cabo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial¹⁹⁵⁶ si, tras la tramitación del precurso, una vez llegado el vencimiento del mes siguiente para pedir el concurso voluntario, el deudor, hubiera conseguido o no las adhesiones suficientes a una propuesta anticipada de convenio (*ex antiquo* art. 5.3 LC¹⁹⁵⁷) o, no hubiera alcanzado un acuerdo de refinanciación (*ex antiquo* art. 5 bis LC¹⁹⁵⁸), tenía –indudablemente– la carga procesal de instar el concurso, *a menos que no se encontrara en estado de insolvencia*¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵⁶ Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial, BOE, nº 238, de 1 de octubre de 2014, que a su vez convalida el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo.

¹⁹⁵⁷ Nos referimos al derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal introducido por el viejo Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia financiera, tributaria y concursal ante la evolución de la situación económica.

¹⁹⁵⁸ Nos referimos al artículo 5 bis que derogó al viejo artículo 5.3 de la ley Concursal, y que fue introducido por la Ley 38/2011, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n. 245, de 11 de octubre.

¹⁹⁵⁹ Como podemos observar a continuación, la expresión «*a menos que no se encontrara en estado de insolvencia*», no se recogía en el contenido del primigenio artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), sino que el deudor debía, hubiera alcanzado las adhesiones o no, solicitar la declaración de concurso voluntario (Vid. sobre extremo a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 173), como así disponía el tenor

literal del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal: «El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente»; por lo tanto, de dicha lectura se podía deducir que, tras el periodo de gracia (2+3+1) que concedía el viejo artículo 5.3 de la Ley, había que solicitar, en todo caso el concurso (hubiera conseguido o no las adhesiones suficientes para aprobar una propuesta anticipada de convenio).

Con la redacción inicial del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal parecía que había que solicitar la declaración de concurso en todo caso, pero eso no era así, pues, si tras el plazo de gracia que concede la norma (2+3+1), el deudor no se encontraba en estado de estado de insolvencia (no se daba el presupuesto objetivo), como es obvio, no tendría la carga procesal de instar la declaración judicial de concurso voluntario, a pesar de que en dicho precepto no se recogía el inciso: «a menos que no se encontrara en estado de insolvencia» dicho inciso no estaba recogido en dicho precepto, pero la lógica concursal se debía imponer, ya que, aunque el tenor literal del aquel viejo artículo 5.3 de la Ley imponía al deudor, en todo caso, la carga procesal de pedir el concurso voluntario (hubiera conseguido o no las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio), si dicho deudor ya no se encontraba en estado de insolvencia indudablemente no tenía por qué instar la declaración de concurso, pues no concurría el presupuesto objetivo para la declaración judicial de concurso: «el estado de insolvencia del deudor común». Posteriormente, en la reforma de la Ley Concursal del año 2011, operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, se introdujo un nuevo artículo 5 bis, cuyo apartado 4º *in fine*, decía lo siguiente: «Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia». Como podemos ver, el legislador incluyó, expresamente, el último inciso («a menos que no se encontrara en estado de insolvencia»), para que no quedara duda de que, si tras la tramitación del precurso, el deudor conseguía remover su situación de insolvencia, no tendría la carga procesal de instar la declaración de concurso (*ex antiquo* art. 5 bis 4 LC, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Después, tras la promulgación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que vino a introducir como novedad más relevante el denominado Acuerdo extrajudicial de pagos, también se modificó, como era lógico, la redacción del apartado 4º del artículo 5 bis de la Ley Concursal, debido a la intervención de la figura del mediador concursal: «Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia»; pero como se puede observar se conservaba el último inciso «o no se encontrara en estado de insolvencia». En el año 2014, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, reubicó el apartado 4º del artículo 5 bis en el apartado 5º del mismo artículo, con el mismo contenido, el cual, se ha mantenido con dicha redacción hasta la actualidad en el artículo 5 bis 5 de la ley Concursal, tras las siguientes reformas llevadas a cabo por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera, que han mantenido hasta el día de hoy el apartado 5º del artículo 5 bis con el mismo contenido.

En los primeros años de rodaje del procedimiento de precurso (ex *antiquo* art. 5.3 LC), transcurrido el plazo de tramitación o *de gracia*¹⁹⁶⁰ (2+3+1 meses), si el deudor que siguiera en estado de insolvencia, optase por *no* instar el concurso voluntario, obviando la *carga procesal* que le imponía el *derogado* artículo 5.3 *in fine* de la Ley Concursal¹⁹⁶¹, en ningún caso, podía volver a solicitar *consecutivamente* otra comunicación de precurso (ex viejo art. 5.3), puesto que, aunque en dicho precepto no se recogiera una *cláusula de cierre*¹⁹⁶² (a pesar de la denominación por la que opta la profesora PULGAR, nosotros la denominamos periodo de carencia temporal) que impidiera, expresamente, al deudor encadenar solicitudes consecutivas de precurso expresamente, el mismo artículo 5.3 de la Ley Concursal¹⁹⁶³, le imponía, expresamente, la *carga procesal* de instar el concurso tras la tramitación del precurso, salvo que, lógicamente, no se encontrara en estado de insolvencia¹⁹⁶⁴. En ese caso era obvio

¹⁹⁶⁰ Así define el profesor Valentín CORTÉS al plazo o moratoria (2+3+1) que se concede al deudor con la mera presentación de la solicitud de precurso, para que el deudor pueda negociar tranquilamente la propuesta anticipada de convenio; vid. en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 173.

¹⁹⁶¹ El *derogado* artículo 5.3 de la Ley Concursal decía lo siguiente: «*El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente*».

¹⁹⁶² Así define la profesora PULGAR EZQUERRA, a la *carencia temporal* (de un año) que tiene que soportar, *rectius*: esperar todo deudor, a la hora de volver a solicitar otra solicitud de precurso —tras otra solicitud— (ex art. 5 bis 6 LC). Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 625 y ss.

¹⁹⁶³ Vid., la nota al pie de página nº 530.

¹⁹⁶⁴ El *derogado* artículo 5.3 de la Ley Concursal decía lo siguiente: «*El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente*». Tras la lectura del anterior precepto, se sobreentendía que si tras el plazo de gracia (2+3+1) el deudor no seguía estando en estado de insolvencia, no tendría la carga de instar el concurso voluntario. La carencia de una cláusula de cierre o una carencia temporal entre solicitudes de precurso no se introdujo en las siguientes reformas operadas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el viejo apartado 4º del artículo 5 bis de la Ley Concursal, o, con la redacción que le confirió la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, no podía encadenar

que, si el deudor había conseguido remover su estado de insolvencia durante la tramitación del concurso (ex *antiquo* art. 5.3), no tendría la carga de instar la solicitud de concurso al vencer los plazos del concurso¹⁹⁶⁵.

Para evitar que se produjera un uso abusivo del procedimiento de concurso (ex *antiquo* art. 5 bis y art. 5 bis LC) e, impedir que los deudores puedan concatenar solicitudes de concurso para encubrir o perpetuar su estado de insolvencia¹⁹⁶⁶, el legislador vino a introducir lo que nosotros denominamos el *periodo de carencia temporal*¹⁹⁶⁷ de un año entre solicitudes de

solicitudes de concurso consecutivas, pues, el artículo 5 bis en su apartado 4º (y posteriormente 6º) del artículo 5 bis, le imponía al deudor la carga procesal de pedir la declaración de concurso, en el caso de que el mismo, tras haber vencido el mes siguiente hábil, no hubiera conseguido remover su estado de insolvencia; por lo tanto, a pesar de que en la Ley Concursal (hasta la promulgación del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial), no había regulada ninguna cláusula de cierre como la que en la actualidad recoge el vigente apartado 6º del artículo 5 bis de la Ley, el propio precepto impedía a los deudores encadenar solicitudes de concurso consecutivas: «*Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia*».

¹⁹⁶⁵ En este sentido se pronunciaba la doctrina, pues entendían que en virtud de la finalidad de la norma y del deber de solicitar la declaración de concurso, era lógico pensar que el deber de solicitar el concurso subsistía, solo, si persistía el estado de insolvencia (arts. 2.2 o 2.3 LC). Siguiendo esta línea, a la cual nosotros nos sumamos, véase: PULGAR EZQUERRA, J., «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes...», op. cit., pp. 45 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., pp. 548-549; FERNÁNDEZ SEIJO, J.Mª., «Los acuerdos extrajudiciales de refinanciación empresarial y la declaración de concurso, en GARCÍA-CRUCES (dir.), AA. VV., *Crisis inmobiliaria y Derecho Concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 56; FERNÁNDEZ TORRES, E., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad...», op. cit., p. 53; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones para obtener...», op. cit., p. 658-660; AZOFRA VEGAS, F., «El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación...», op. cit., p. 75.

¹⁹⁶⁶ GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la Ley Concursal operada...», op. cit., p. 103; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., p. 625; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Los acuerdos de refinanciación*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p.89; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, op. cit., p. 71;

¹⁹⁶⁷ La profesora PULGAR lo denomina *cláusula de cierre del sistema* la limitación de un año entre solicitudes de concurso (ex art. 5 bis 6 LC); Véase PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 625 y ss., nosotros preferimos denominarla «periodo de carencia temporal».

preconcurso, que se regula en el artículo 5 bis 6 de la Ley Concursal¹⁹⁶⁸, el cual fue introducido con la promulgación del Real Decreto 4/2014, de 7 de marzo, cuya disposición obtendría el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014¹⁹⁶⁹, y, como es de sobra conocido, se ha mantenido vigente –tras las diversas reformas concursales llevadas a cabo– hasta la actualidad. La redacción del artículo 5 bis 6 de la Ley impedía, expresamente, a los deudores solicitar *consecutivamente* otra segunda solicitud de concurso, tras haber formulado una anterior, al menos, hasta que no haya pasado *un año* (periodo de carencia) desde que se formuló la anterior solicitud de concurso (ex art. 5 bis 6)¹⁹⁷⁰.

2. Las «cláusulas de cierre» del sistema previstas en la Ley Concursal

Como ya hemos adelantado, el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo¹⁹⁷¹, introduce un apartado 6º al artículo 5 bis que viene a decir:

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

En virtud del tenor literal anterior, podemos observar que dicho inciso viene a impedir que un mismo deudor pudiera solicitar solicitudes de concurso consecutivas sin tener *derecho a ello*, con la intención de situarse en la situación de protección que ofrece el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis), sin ninguna intención de negociar con los acreedores y, mucho menos de

¹⁹⁶⁸El contenido del artículo 5 bis 6 de la Ley Concursal establece el periodo de carencia temporal de un año entre solicitudes de concurso: *«Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año».*

¹⁹⁶⁹ Vid. la redacción del apartado 6 del artículo 5 bis, introducido por La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptaban medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, en el que se dispone que: *«Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año».* También, véase en GARCÍA VIDAL, Á., «El concurso...», op. cit., pp 92-93 GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la Ley Concursal...», op. cit., p. 103; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, op. cit., pp. 70 y 71.

¹⁹⁷⁰ Así reza en el apartado 6º del artículo 5 bis de la Ley Concursal: *«Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año».*

¹⁹⁷¹ Convalidado por La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptaban medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

solicitar el concurso. El artículo 5 bis 6 de la Ley Concursal viene a introducir lo que la doctrina ha denominado «cláusula de cierre» del sistema o, como nosotros lo denominamos: «periodo de carencia temporal de un año» (ex art. 5 bis 6 LC); cuyo fundamento radica en el establecimiento de un periodo de carencia un año, que todo deudor deberá respetar a la hora de volver a formular una solicitud de precurso (ex art. 5 bis 6 LC). Con este precepto se zanja la polémica anunciada inicialmente, no pudiéndose encadenar solicitudes de precurso consecutivas en detrimento del concurso y, por ende, de los acreedores ordinarios.

Aunque legislador concursal de las últimas reformas llevadas a cabo ha querido poner de relieve el valor de esta cláusula de cierre en sede precurso, para evitar los posibles abusos que se pudieran dar con dicho procedimiento de precurso (ex art. 5 bis 6 LC), ésta no es una medida nueva en nuestra Ley Concursal, sino que, ya existían reguladas otras cláusulas de cierre en la Ley; desde la reforma concursal operada en el año 2011¹⁹⁷², el legislador introdujo un periodo de carencia temporal de un año, idéntica a la del precurso, en el apartado 7º de la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal aplicable a los procedimientos de homologación de acuerdos de refinanciación, que posteriormente (con la promulgación del Real Decreto 4/2014, de 7 de marzo), pasó a ser el apartado 12º de dicha disposición, en la que se disponía que:

*«Solicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año»*¹⁹⁷³.

No obstante, la anterior limitación no operaba en los casos en los que los deudores hubieran celebrado acuerdos de refinanciación homologados

¹⁹⁷² La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, introdujo una cláusula idéntica a la del vigente artículo 5 bis 6 de la Ley en el apartado 7º de la Disposición adicional cuarta, que venía a decir: «solicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año». Posteriormente, con la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 4/2004, de 7 de marzo, el apartado 7º de la Disposición adicional cuarta pasó a ser el 12º de dicha Disposición.

¹⁹⁷³ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Los acuerdos de refinanciación*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, p. 149; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., pp. 625 y ss.

judicialmente durante el año anterior a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre¹⁹⁷⁴, por lo tanto, si tenemos en cuenta que la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, se produjo el pasado 6 de septiembre de 2014, podemos afirmar que los deudores que hubieran negociado un acuerdo de refinanciación homologado del 6 de septiembre de 2013 al 6 de septiembre de 2014, no estaban sujetos a la limitación impuesta por el apartado 4º de la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal, en virtud de lo establecido en la Disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre¹⁹⁷⁵.

Por otro lado, la propia Ley 14/2013, de 27 de septiembre, también introdujo otro *periodo de carencia temporal* reservado para evitar reiterados intentos de alcanzar sucesivos acuerdos extrajudiciales de pagos¹⁹⁷⁶ que, en un primer momento, se venía regulando en el artículo 231.3. 4º de la Ley Concursal y en cuyo tenor literal rezaba lo siguiente:

«No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos:

Las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la

¹⁹⁷⁴ Vid. *Disposición transitoria segunda* del Real Decreto 14/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que, posteriormente fue convalidada por la vía parlamentaria mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que venía a decir: «A los deudores que hubieran celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente durante el año anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley, no les será de aplicación la limitación de un año prevista en el apartado 12 de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para solicitar una nueva homologación judicial».

¹⁹⁷⁵ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Los acuerdos de refinanciación*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, p. 149; Vid., la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, BOE n.º 217, de 6 de septiembre de 2014, «A los deudores que hubieran celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente durante el año anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley, no les será de aplicación la limitación de un año prevista en el apartado 12 de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para solicitar una nueva homologación judicial».

¹⁹⁷⁶ Véase por todos a PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., pp. 625 y ss.

homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores».

Posteriormente, con las reformas llevadas a cabo en el año 2015, dicho subapartado 4º (del artículo 231.3 LC) sufrió una modificación con la promulgación del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, pasando a convertirse en el subapartado 2º del apartado 3 del artículo 231 de la Ley Concursal¹⁹⁷⁷, con la siguiente redacción:

«Las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

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

Por lo tanto, todo deudor que haya alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, no podrá volver a incoar el procedimiento para alcanzar a hasta que no hayan pasado cinco (5) años, a contar desde la fecha en la que se publica la aceptación del acuerdo extrajudicial en el *Registro Público Concursal* (art. 238.2 LC).

3. Operatividad de los tres periodos de carencia temporal establecidos de la Ley Concursal.

Las denominadas cláusulas de cierre del sistema¹⁹⁷⁸ o, como preferimos denominarlas nosotros: «los periodos de carencia temporal» (entre solicitudes) establecidos por el legislador en los artículos: 5 bis 6; apartado 12º de la Disposición adicional cuarta; y artículo 231.3.2º de la Ley Concursal, tienen a

¹⁹⁷⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., p. 625 y ss.

¹⁹⁷⁸ Así las denomina la profesora PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., pp. 625 y ss.

nuestro juicio un distinto régimen de funcionamiento atendiendo al contenido de los mismos.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, creemos oportuno hacer una pequeña precisión que facilitará la comprensión del funcionamiento y la operatividad de los diferentes periodos de carencias temporal regulados en la Ley Concursal; en primer lugar, como hemos ido *desbrozando* a lo largo de la presente memoria doctoral, nosotros defendemos la idea de que todo deudor que quiera alcanzar un acuerdo de refinanciación (Disp. Adicional 4ª LC o art. 71 bis 1 LC) o un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), tiene que hacerlo a través del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis 1 LC), debido a las garantías y ventajas que le ofrece alcanzar dichos negocios jurídicos en el seno del «escenario» procedimental que ofrece el precurso (ex art. 5 bis LC). Además, durante la tramitación del precurso, que es un procedimiento de jurisdicción voluntaria¹⁹⁷⁹, dependiendo de qué negocio jurídico se quiera llevar a cabo dentro del precurso (para intentar remover la situación de insolvencia), serán de aplicación las normas específicas que regulan dichos negocios jurídicos (arts. 71 bis 1; arts. 106 y ss.; arts. 231 y ss.; y Disp. Adicional 4ª de la Ley Concursal); por ejemplo, si se quiere llevar a cabo un acuerdo de refinanciación habrá que estar a la regulación del artículo 71 bis 1 o, a lo recogido en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal; si el deudor

¹⁹⁷⁹ Así lo conciben SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42.

solicita el precurso con la intención de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago, habrá que estar a las normas sustantivas y procedimentales recogidas en los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal; y, finalmente, si el deudor solicita el precurso a los efectos de obtener adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado será de aplicación las normas de los artículos 106 y siguientes de la Ley Concursal.

Cuando un deudor pretende alcanzar un acuerdo de refinanciación homologado (Disp. Adicional 4ª) a través del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), debemos decir que la homologación de dicho acuerdo llevada a cabo en el seno del precurso es perfectamente compatible con el mismo, pues, la *función homologadora* del juez competente es, a nuestro juicio, un acto de jurisdicción voluntaria¹⁹⁸⁰ *stricto sensu*, que, a nuestro juicio, es perfectamente integrable en la tramitación del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), al ser este –también– un verdadero procedimiento de jurisdicción voluntaria¹⁹⁸¹; en este caso, el procedimiento de precurso absorbe las especialidades contenidas en las normas aplicables al acuerdo de refinanciación

¹⁹⁸⁰ En este sentido se pronuncian LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur menor, 2012, p. 56 y ss.; SENÉS MOTILLA, C., «La homologación de los acuerdos de refinanciación», en *ADco*, n.º 30., septiembre-diciembre, 2013, p. 49; HERRERO PEREZAGUA, J., «Soluciones pactadas y homologación judicial», en PARRA LUCÁN (dirs.), *Negociación y perfección de los contratos*, ed- Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 1109.

¹⁹⁸¹ Defienden que el precurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42.

homologado (Disp. Adicional 4ª LC), es decir que dentro de los plazos del precurso (2+3+1), se podrá llevar a cabo la negociación de los acuerdos de refinanciación (ex art. 5 bis 1) y, por tanto, será aplicables las normas específicas para la negociación de estos negocios jurídicos, en sede de precurso (ex art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª LC). Por otro lado, cuando el deudor pretende alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos y decide solicitar la designación del «mediador concursal» para poner en marcha el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos que, en todo caso, se llevará dentro del procedimiento del precurso (art. 233.3 LC¹⁹⁸²), con las especialidades sustantivas y procedimentales que se regulan para el acuerdo extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss. LC); como podemos observar, las normas específicas que concretan especialidades a la hora de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, son absorbidas por el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) y, por ende, son de plena aplicación dentro de la tramitación del mismo pues, a pesar del pretendido *nomen iuris* que la Ley Concursal¹⁹⁸³ otorga al Acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), no debemos caer en la «tentación» de pensar que estamos ante un procedimiento de «mediación preconcursal» llevado a cabo ante un verdadero «mediador», pues, en puridad, desde un punto de vista técnico procesal, el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 231 y ss. LC), no deja de ser, claramente, una construcción autónoma del legislador que debe sistematizarse dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria¹⁹⁸⁴, y que, por tanto, «engarza» a la

¹⁹⁸² La obligación que establece el artículo 233.3 de la Ley Concursal al Registrador, Notario o la Cámara de Comercio, de efectuar la comunicación del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis LC) al juzgado competente para la declaración de concurso nos indica que, para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos hay que pasar, siempre, por el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), que se tramitará con las especialidades específicas que se prevean en los artículos 231 y ss de la Ley Concursal.

¹⁹⁸³ Por poner un ejemplo el artículo 233.1 de la Ley Concursal regula el nombramiento del «mediador concursal», por lo que, la utilización de esa denominación parece indicarnos que el legislador está insinuando que dicho mediador concursal va a participar en un procedimiento de mediación preconcursal, cosa nada acorde con la realidad.

¹⁹⁸⁴ Compartimos la acertada tesis de MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales de la práctica...*, op. cit., p. 68.

perfección para ser integrado dentro del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), como una especialidad procedimental dentro del mismo.

En conclusión, debemos decir que cuando se incoa el procedimiento de precurso para alcanzar un acuerdo de refinanciación homologado o, para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, el precurso (ex art. 5 bis LC), absorbe las normas procedimentales específicas reguladas en la Disposición Adicional Cuarta y en los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal.

Las normas contenidas en los citados preceptos son normas específicas que se aplican a la hora de llevar a cabo o formalizar cada negocio jurídico y, por ello, decimos que las mismas se convierten en especialidades del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), que serán de aplicación, dependiendo de cuál haya sido la intención del deudor a la hora de formular su solicitud de precurso (ex art. 5 bis 1 LC): i) buscar de adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (ex arts. 106 y ss.); ii) alcanzar un acuerdo de refinanciación (Disp. Adicional 4ª y art. 71 bis) o, iii) alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss.).

Con la anterior explicación hemos querido dar a entender la interrelación existente entre los diferentes *negocios jurídicos* que se pueden llevar a cabo en el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis 1). Defendemos la idea de que el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) es el único instituto preconcursal vigente en nuestra legislación concursal y, además, es el instituto preconcursal que ofrece un *espacio temporal* (2+3+1) para materializar o alcanzar alguno de los diversos negocios jurídicos que la Ley Concursal pone a disposición del deudor (ex art. 5 bis 1), para intentar refinanciar o reestructurar el pasivo de los deudores.

En puridad, nosotros entendemos que el precurso es el procedimiento preventivo del concurso por excelencia, que, tras su incoación, puede adoptar diversas modalidades de tramitación, según cuál sea el objeto de la solicitud de precurso formulada por el del deudor (ex art. 5 bis 1). Por ejemplo, si se formula una solicitud de precurso con el objeto de formalizar

un acuerdo de refinanciación, el precurso se tramitará aplicando las normas específicas aplicables reguladas en el artículo 71 bis 1 o, la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal; si el deudor decide solicitar la designación del mediador concursal con la intención de incoar –dentro del precurso– un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, serán de aplicación dentro del propio precurso, los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal; finalmente, si el deudor decidiera formular la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 1) para alcanzar las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado, que podría ser posteriormente aprobado judicialmente en el seno del proceso concursal para salir del mismo en un tiempo relativamente corto con el convenio concursal «bajo el brazo», habría que tener en cuenta todo lo previsto en los artículos 106 y siguientes de la Ley Concursal.

Cuando nos referimos a la *cláusula de cierre*¹⁹⁸⁵ prevista en el artículo 5 bis 6 de la Ley Concursal, hemos de decir que, en puridad, la misma regula el *periodo de carencia temporal* de un año que todo deudor deberá *soportar* a la hora de volver a solicitar otra solicitud de precurso (ex art. 5 bis); a nuestro juicio, dicha cláusula general, será aplicable en aquellos casos en los que el procedimiento de precurso se haya incoado, pero, finalmente devenga *fallido*; es decir, para los casos en los que el deudor no haya sido capaz de alcanzar en sede de precurso: i) un acuerdo de refinanciación (ya sea de la Disp. Adicional 4ª, o del art. 71 bis 1 LC); ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC) o, iii) no haya conseguido adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC). Por ejemplo, en los casos en los que el deudor haya formulado una solicitud de precurso para llevar a cabo cualquiera de los negocios jurídicos que pone a disposición la norma (art. 5 bis 1 LC), si, tras la tramitación del mismo, el deudor no consiguiera formalizar ninguno y, por tanto, no consiguiera remover su estado de insolvencia, dicho deudor no podría volver a instar otra solicitud

¹⁹⁸⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación...*, (2ª edición, op. cit., pp. 625 y ss.

de concurso hasta que no haya pasado un año desde la fecha en la que hubiera solicitado la primera solicitud de concurso (art. 5 bis 6 LC), pues, como ya hemos dicho, si así se permitiera el deudor podría estar encadenando solicitudes de concurso consecutivas y de forma ininterrumpida, perpetuando su situación de insolvencia e, imposibilitando la reacción de los acreedores frente a las mismas¹⁹⁸⁶.

Es cierto que esta *cláusula de cierre* del sistema¹⁹⁸⁷ o, periodo de carencia temporal de un año del artículo 5 bis 6 de la Ley Concursal, en la práctica podría no operar en sede de concurso, sobre todo dependiendo del régimen de publicidad al que se acoja la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 3 LC)¹⁹⁸⁸, puesto que, como es sabido, el deudor puede solicitar, como excepción a la norma general, el carácter reservado de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 3 LC), y en esos casos excepcionales, la *confidencialidad* que se activa, dificultaría al juez (que conozca de la segunda solicitud de concurso) la comprobación de si, efectivamente, ha pasado un año desde que presentó la primera solicitud de concurso (ex art. 5 bis 6)¹⁹⁸⁹. En relación a lo anterior, la profesora PULGAR entiende que, en dicho marco, se podría saber, a través del número de reparto, si se ha presentado una solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC) anterior, pero normalmente, cuando se solicita la solicitud de concurso reservada ésta se recoge como jurisdicción voluntaria, lo que no permite la identificación de la comunicación a estos efectos¹⁹⁹⁰.

No estamos de acuerdo con la anterior postura de la profesora PULGAR, ya que, cuando se presenta la solicitud de concurso con carácter reservado (ex art. 5 bis 3 LC) ante el juzgado de lo mercantil competente para la

¹⁹⁸⁶ AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, op. cit., p. 71.

¹⁹⁸⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial...*, (2ª edición), op. cit., pp. 625-626.

¹⁹⁸⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., pp. 625-626.

¹⁹⁸⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., pp. 625-626.

¹⁹⁹⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 626, concretamente la nota a pie de página n.º 608.

declaración de concurso (art. 5 bis 1 LC), ésta si recibe un número de entrada y registro (el juzgado sella la solicitud de precurso aunque se haya solicitado su carácter reservado), pero el letrado de la Administración de Justicia *no ordenará* su publicación en el *Registro Público Concursal*, es decir, no dotará de publicidad a dicha solicitud (art. 5 bis 3 LC), hasta que no haya vencido el plazo de tramitación del precurso (ex art. 5 bis 5). Es cierto, que esta cuestión pudiera dificultar el control al letrado de la Administración de Justicia de otro juzgado de lo mercantil (ante el que se esté presentando una segunda solicitud de precurso), sobre todo durante los seis meses en los que se tramita el precurso (en los que el extracto del decreto no queda publicado en el Registro Público Concursal), pero tras el vencimiento de dicho plazo, entendemos que el letrado de la Administración de Justicia, *deberá* publicar el extracto del decreto por el cual se solicitó el precurso (haya salido del estado de insolvencia o, se hay visto abocado a la solicitud de la declaración de concurso).

El hecho de que la solicitud de precurso con carácter reservado se tramite, como cualquier otra solicitud de precurso, como jurisdicción voluntaria¹⁹⁹¹, no significa que por ello sea complejo constatar dicha solicitud en caso de una segunda solicitud de precurso, puesto que aunque se tramite por jurisdicción voluntaria el juzgado sella la solicitud con fecha de registro, y, aunque, durante la tramitación del precurso no se publique el extracto del decreto del letrado de la Administración de Justicia, ello no significa que, tras la finalización del procedimiento de precurso, el letrado de la Administración de Justicia está obligado a publicar dicho extracto (art. 5 bis 3 LC), y, por tanto, entendemos que, a partir de esa publicación, no habrá problema para que otro letrado de otro juzgado (que esté conociendo de una posible segunda solicitud de precurso) pueda constatar la fecha en la que el deudor común instó la primera solicitud de precurso (art. 5 bis LC).

¹⁹⁹¹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración empresarial...*, (2ª edición), op. cit., p. 626, concretamente la nota a pie de página n.º 608.

Como ya hemos expuesto, este dilema tendría fácil solución si se hiciera lo siguiente: en primer lugar, como es sabido la reserva de confidencialidad que dispone el artículo 5 bis 3 de la Ley, se activa para llevar de forma confidencial las negociaciones mientras se tramita el concurso (2+3+1 meses), pero, una vez que llega el vencimiento del mes siguiente hábil (art. 5 bis 5 LC), es decir, finaliza la tramitación del concurso, la confidencialidad que se desprende del carácter reservado, decaería en pro de la publicidad que, como norma general, debe presidir en toda solicitud de concurso¹⁹⁹² (ex art. 5 bis 3 I), y, en dicho momento, entendemos que el letrado de la Administración de Justicia que conoció de la primera solicitud de concurso, tendría que ordenar la publicación, en el Registro Público Concursal (ex art. 5 bis 3 I), del resultado de las negociaciones iniciales llevadas a cabo con en la primera solicitud de concurso (independientemente de si han fracasado o, se ha conseguido alcanzar un acuerdo de refinanciación); de este modo, al otorgarse publicidad a la primera solicitud de concurso reservada, el control de esta limitación por parte del juzgado que está conociendo de la segunda solicitud de concurso podría ser mucho más fácil y dinámico, sobre todo en los casos en los que se solicite una segunda solicitud de concurso.

A pesar de todo, somos conscientes de que, en la práctica forense, la cuestión no quedará exenta de problemas, debido al tratamiento que se da en el reparto de asuntos judiciales a los procedimientos jurisdicción voluntaria, pudiendo provocar ciertas dificultades al juzgado que esté conociendo de la segunda solicitud de concurso, que, en puridad, no podrá identificar la primera solicitud de concurso (si esta aún se está tramitando), al haberse solicitado la misma con carácter reservado (ex art. 5 bis 3);

Para concluir con la cuestión, a pesar de la novedosa tesis de la profesora PULGAR, entiende que, en los casos en los que el deudor haya solicitado el concurso con carácter reservado, la cláusula de cierre del concurso (ex art. 5 bis 6 LC) podría no operar, pues, la confidencialidad que conlleva el

¹⁹⁹² GARCÍA VIDAL, Á., «El concurso de acreedores...», op. cit., pp. 84 y ss.

carácter reservado de la solicitud de precurso inicial dificultaría la identificación de la misma¹⁹⁹³. En este sentido, insistimos en que el problema se plantearía solamente durante los seis (2+3+1) meses de tramitación del precurso no es tal, puesto que tras la tramitación del precurso, el letrado de la Administración de Justicia –que ha conocido de la primera solicitud de precurso reservada– debe ordenar sin demora, la publicación del extracto de la solicitud de precurso en el *Registro Público Concursal*. A partir de ese momento, al quedar publicado el hecho de que el deudor ha solicitado el precurso en tal fecha, sería mucho más fácil controlar, en una segunda solicitud de precurso, si, efectivamente, ha pasado un año desde la primera solicitud de precurso presentada por el mismo deudor.

La introducción de este periodo de carencia temporal de un año entre solicitudes de precurso (ex art. 5 bis 6), responde a la necesidad de evitar situaciones como las del paradigmático ejemplo al que ya hemos hecho alusión anteriormente, en el que el deudor, tras la tramitación del precurso, sigue siendo insolvente pero decide incumplir con su *carga procesal* de solicitar la declaración de concurso voluntario, como así le impone la norma (ex art. 5 bis 5); si los acreedores tampoco instan el concurso necesario, el deudor «desaprensivo» al darse cuenta que sus acreedores no han ejercitado su derecho (ex art. 15.3 LC), podría caer en la tentación de volver a formular otra solicitud de precurso *consecutiva* para ponerse a «resguardo» bajo sus efectos protectores sin tener derecho a ello (ejercicio abusivo del derecho), prorrogando o aplazando la exigibilidad del plazo de solicitud de concurso (sin tener derecho a ello)¹⁹⁹⁴, perpetuando en el tiempo su estado de insolvencia e imposibilitando que los acreedores puedan reaccionar frente a dichas solicitudes de precurso¹⁹⁹⁵.

¹⁹⁹³ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., p. 625.

¹⁹⁹⁴ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., p. 625.

¹⁹⁹⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 625; GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso...», op. cit., p. 92; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, op. cit., p. 71.

En este sentido podemos afirmar que en los primeros años de rodaje del procedimiento de concurso (2009-2013), cuando todavía no se regulaba el *periodo de carencia temporal* de un año entre solicitudes de concurso (ex art. 5 bis 6 LC), se debía entender que el deudor que encadenaba consecutivamente solicitudes de concurso con la única intención de ponerse a «resguardo» de solicitudes de concurso necesario (instadas por terceros legitimados), aprovechándose de los efectos de protección que se desencadenan con la mera formulación de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), estaría incurriendo en un *ejercicio abusivo*¹⁹⁹⁶ del «derecho potestativo» o, de la «facultad» de solicitar el concurso (ex art. 5 bis), excediéndose de los límites implícitos en el mismo precepto o de aquellos otros límites que resultan de la aplicación de los principios generales del Derecho –teniendo en cuenta la finalidad del derecho o el carácter de la institución–¹⁹⁹⁷. Traemos, en este preciso momento, la doctrina del *abuso del abuso del derecho*¹⁹⁹⁸, al entender que el deudor que, de forma fraudulenta, encadenaba consecutivamente solicitudes de concurso estaba realizando un *uso abusivo de su derecho* –pues se daban los elementos esenciales del mismo¹⁹⁹⁹– a solicitar el concurso, incurriendo en responsabilidad, al obrar «al amparo de una legalidad externa y de un aparente

¹⁹⁹⁶ Sobre la doctrina del «abuso del derecho», véase, el trabajo del profesor DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, ed. Marisal, A.G., 1972, pp. 137-139.

¹⁹⁹⁷ Vid., DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho civil*, op. cit., pp. 139-140.

¹⁹⁹⁸ Sobre la doctrina del abuso del derecho véase el trabajo de profesor DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de derecho civil*, op. cit., p. 137 y ss.

¹⁹⁹⁹ Como ha venido reiterando la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1944, declaraba que para que pueda hablarse de abuso de derecho es necesario que concurren determinados elementos esenciales: «a) uso de un derecho objetivo externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisociabilidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo o, cuando bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)». Precizando este último requisito, se incluyen en el ámbito de abuso de derecho «todos los móviles ilegítimos de cualquier clase, que puedan determinar la conducta del titular, bien tengan la característica extrema de la intención de dañar o ya consistan simplemente en simples faltas que se traduzcan en la utilización anormal del derecho que se trata, no adecuada a su verdadero espíritu y finalidad», véase, por todas, las referencias jurisprudenciales señaladas por el profesor DE CASTRO en su obra DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho...*, op. cit., p. 140, las SSTs de 12 de febrero de 2014; de 22 de marzo 1946; 14 de mayo de 1958, 9 y 20 junio de 1959; 22 de septiembre de 1959; 20 de abril de 1960; 18 de enero de 1964; 1 de febrero de 1965; 31 de enero y 10 de junio de 1968; 21 de marzo de 1969, entre otras.

ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para los terceros y para la sociedad²⁰⁰⁰». Además, desde un punto de vista general todo derecho se debe ejercitar conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC) y, en este caso, el deudor que decide usar fraudulentamente el contenido del artículo 5 bis, encadenando solicitudes de precurso consecutivas, no estaría actuando de buena fe, al sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho y, por tanto, si existe daño para tercero, se deberá indemnizar y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que eviten la persistencia en el abuso (art. 7.2 CC).

Por lo tanto, antes de la reforma concursal operada en 2014²⁰⁰¹, cuando no estaba regulada el *carácter reservado de la solicitud* de precurso (ex art. 5 bis 6), si se acreditaba que el deudor había estado encadenando, sin tener derecho a ello, solicitudes de precurso *consecutivas* en busca de una «huida hacia delante» con la única intención de situarse bajo los efectos de protección del precurso con la finalidad de perpetuar en el tiempo su verdadera situación de insolvencia en detrimento del *interés del concurso*²⁰⁰², dichas solicitudes en

²⁰⁰⁰ Como es de sobra conocido el concepto del ejercicio abusivo del derecho es de creación jurisprudencial. El Tribunal Supremo a la hora de aproximarse a un posible concepto del abuso del derecho, declaraba en su Sentencia de 14 de febrero de 1944 un: «(...) *incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para los terceros o para la sociedad (...)*». En el caso que nos compete, el deudor que pretendía encadenar solicitudes de precurso (ex art. 5 bis) en un breve periodo de tiempo para prorrogar ininterrumpidamente su deber de solicitar el concurso e impidiendo que los acreedores reacciones ante dichas solicitudes, estaría incurriendo en responsabilidad y se estaría produciendo por su parte un abuso de derecho, ya que como afirmaba el profesor De Castro, «*se considera que hay abuso de derecho siempre que el ejercicio del derecho subjetivo o facultad excede de los límites implícitos en las mismas disposiciones que lo regulan (finalidad del derecho, carácter de la institución) o excede de aquellos otros límites que resultan de la aplicación de los principios generales del Derecho, como por ejemplo –la equidad–*», Vid. en DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho civil*, op. cit., p. 140.

²⁰⁰¹ Reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que posteriormente fue refrendada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE, n.º 238, de 1 de octubre de 2014.

²⁰⁰² Para consultar una aproximación al concepto de interés del concurso, véase por todos, el trabajo del profesor TIRADO MARTÍ, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», en *ADC*, tomo LXII, 2009, fasc. III.

fraude de Ley, conllevarían, en todo caso, la declaración de ejercicio abusivo del derecho a solicitar el precurso (ex art. 5 bis LC), lo que supondría la tacha de ilicitud de las mismas, acarreando el cese de su ejercicio, la declaración de ineficacia de la solicitud de precurso, la remoción de las situaciones creadas por la ejercicio, y, en caso de haber ocasionado daños y perjuicios, la correspondiente indemnización²⁰⁰³.

En la actualidad, la posibilidad de que un deudor encadene solicitudes consecutivas de precurso queda vedada, ya que la vigencia del periodo carencia temporal de un año entre solicitudes de precurso no se lo permitiría (ex art. 5 bis 6 LC). Por lo tanto, la solicitud de precurso consecutiva (formulada en un breve periodo de tiempo), en ningún caso, podría ser admitida por el letrado de la Administración de Justicia competente, ya que según el contenido del vigente artículo 5 bis 6 de la Ley, dicha solicitud no tendría validez y, lo más importante, no desplegaría efecto protector alguno, puesto que no ha vencido el *preceptivo* periodo de carencia (temporal) de un año previsto en la norma (ex art. 5 bis 6).

Si el deudor presenta una solicitud de precurso para negociar las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (ex arts. 106 y ss. LC), y, vencido el plazo del precurso (3+2+1), el deudor no consigue las adhesiones suficientes para que su propuesta anticipada sea admitida a trámite, se activaría, efectivamente, la cláusula de cierre del artículo 5 bis 6 de la Ley; por todo ello, en este caso, el deudor, aunque incumpla con su carga procesal de instar la solicitud de declaración de concurso (ex art. 5 bis 5), no podrá encadenar y/o solicitar consecutivamente otra solicitud de precurso –al poco tiempo–, pues tendrá que esperar a que venza la carencia temporal de un año entre solicitudes de precurso (ex art. 5 bis 6 LC).

²⁰⁰³ En este sentido vid, al maestro DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho civil*, op. cit., pp. 141-142.

En cuanto a la *carencia temporal* de un año del apartado 12º de la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, hemos de precisar que, en ningún caso se debe solapar con la cláusula de cierre del artículo 5 bis 6; en nuestra opinión, la cláusula de cierre del apartado 12º de la Disp. Adicional 4ª no es idéntica o análoga a la cláusula vista anteriormente del artículo 5 bis 6 de la Ley, puesto que el contenido de la misma tiene otra finalidad y, se refiere a que, «*solicitada al juez la homologación de un acuerdo de refinanciación, no podrá formularse otra en el plazo de un año*».

La función del juez en la homologación consiste en comprobar que concurren los requisitos previos exigidos para proceder a la homologación de dicho acuerdo de refinanciación (apartado 1º de la Disp. Adicional 4ª); si, finalmente el juez comprueba que se han cumplido con todos los requisitos previos (apartado 1º de la Disp. Adicional 4ª), homologará el mismo y declarará la extensión de los efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas (apartado 3º y 4º Disp. Adicional 4ª).

Cuando el acuerdo de refinanciación suscrito por los interesados se es homologado por el juez, el deudor consigue la liquidez necesaria para salir del estado de insolvencia, debiendo cumplir con los extremos pactados en el acuerdo de refinanciación homologado (el deudor y los acreedores deberán ejecutar el cumplimiento de dicho acuerdo según los extremos pactados en el mismo). En estos casos, en los que se consigue que el deudor obtenga la homologación de un acuerdo de refinanciación, se activaría la cláusula de cierre del apartado 12º de la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, pues, una vez que se haya solicitado la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, se consiga o no la misma, ya no se podrá pedir otra solicitud idéntica hasta que no pase el periodo de carencia temporal de un año previsto en la norma (apartado 12º Disp. Adicional Cuarta). Como observamos la cláusula de cierre del apartado 12º de la Disposición adicional cuarta sólo se activa cuando el deudor o cualquiera de los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación soliciten, efectivamente, la homologación del mismo; en caso de que no se solicite la homologación por no haber alcanzado, siquiera,

el propio acuerdo de refinanciación (por no haber obtenido los porcentajes necesarios) y, venza el plazo del precurso (2+3+1), la cláusula de cierre que operaría sería la contenida en el artículo 5 bis 6 de la Ley Concursal.⁴ ¿Existe la posibilidad de instar una solicitud de precurso con pedimentos acumulados?

Otra de cuestiones que también suele suscitar bastante interés, es la duda que genera el hecho de si, es posible presentar una solicitud de precurso (ex art. 5 bis) de forma genérica, es decir, sin concretar en el escrito de solicitud de precurso cuál va a ser es el negocio jurídico²⁰⁰⁴ que se va a negociar con los acreedores durante los tres meses que le concede el precurso al efecto (art. 5 bis 5 LC)²⁰⁰⁵. Para resolver esa cuestión, debemos decir que es cierto que no nos encontramos ante un proceso jurisdiccional, sino que estamos en los terrenos de la denominada jurisdicción voluntaria, por ello, aunque en la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC) no se deduzca en ningún caso pretensión procesal alguna, no significa que dicha solicitud deba presentarse de forma genérica, es decir, sin concretar (el pedimento) al juzgado cuál es el negocio jurídico²⁰⁰⁶ que va a llevar a cabo o se va a negociar con los acreedores en el precurso (durante los tres meses que concede el mismo)²⁰⁰⁷. Si se presentara una solicitud de precurso de forma genérica sin concretar cuál será el negocio jurídico que se va a negociar en el precurso, el letrado de la Administración de Justicia tras haber examinado su competencia objetiva y territorial (arts. 5 bis, 8 y 10 LC y art. 16.1 LJV), deberá examinar dicha solicitud, para ver que no existen defectos u omisiones en la misma; en caso de

²⁰⁰⁴ El deudor debe indicar o concretar en su solicitud de precurso qué negocio jurídico va a llevar a cabo con los acreedores en el precurso: i) adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC), ii) acuerdos de refinanciación (arts 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª LC) o, iii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss.).

²⁰⁰⁵ Ya la había puesto de manifiesto la profesora PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., p. 626.

²⁰⁰⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., p. 626.

²⁰⁰⁷ En este sentido se pronunciaba la profesora PULGAR, véase PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., p. 626.

que se dieran esos defectos u omisiones, el Letrado deberá otorgar un plazo de cinco días para que el deudor proceda a su subsanación (ex art. 16.4 LJV). En este sentido, entendemos que presentar una solicitud de concurso genérica, sin concretar cuál será el negocio jurídico que se llevará a cabo en la negociación con los acreedores (defecto u omisión), entraría dentro del supuesto anterior y, por lo tanto, el letrado de la Administración de Justicia deberá conceder cinco días para que se subsane (art. 16.4 LJV). En el caso de que en dicho plazo el deudor no procediera a subsanar dichos defectos u omisiones, el Letrado de la Administración de Justicia tendrá por no presentada la solicitud de concurso y, al ser una solicitud de su competencia, archivará las actuaciones (art. 16.4 LJV). Por todo lo expuesto, llegamos a la conclusión de que no es admisible que la solicitud de concurso (ex art. 5 bis) deba presentarse de forma genérica²⁰⁰⁸, es decir, sin concretar cuál será el negocio jurídico que se pretende llevar a cabo en las negociaciones con los acreedores (durante los tres meses que concede del concurso). A mayor abundamiento, de la redacción del artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal se desprende que:

«El deudor podrá poner en conocimiento al juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (ex art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª LC), para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley».

Por lo tanto, tras leer detenidamente el tenor literal del artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal, entendemos que el deudor debe haber iniciado, efectivamente, las negociaciones con los acreedores (no es suficiente con la mera afirmación de que se han iniciado²⁰⁰⁹) y, además, deberá indicar o concretar (inexorablemente) cuál será el negocio jurídico que va a llevar a cabo en las

²⁰⁰⁸ Así lo entiende también PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., p. 626.

²⁰⁰⁹ En este sentido se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 87. El autor entiende que es imprescindible describir en qué consisten las actuaciones desarrolladas- xx.

negociaciones con los acreedores²⁰¹⁰. Como ya hemos defendido en epígrafes anteriores, nosotros entendemos que el deudor en su solicitud de precurso (ex art. 5 bis) deberá acreditar tal extremo (la iniciación de las negociaciones con los acreedores), haciéndose valer de un principio de prueba o prueba *semiplena*²⁰¹¹, con la que pueda justificar que, efectivamente, ha iniciado las negociaciones con los acreedores, para alcanzar un acuerdo de refinanciación o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC).

En conexión a las cuestiones abordadas anteriormente, la doctrina se ha planteado si era posible solicitar el precurso con peticiones acumuladas y/o, alternativas²⁰¹², es decir, si era posible presentar la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), comunicando al juzgado competente que se han iniciado negociaciones con los acreedores en aras a alcanzar un acuerdo de refinanciación o, en busca de adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado. Sobre esta cuestión entendemos que es posible formular pedimentos o peticiones de forma acumulada o alternativa, entendiendo que, en caso de que no se consigan los porcentajes suficientes para alcanzar un acuerdo de refinanciación homologado (Disp. Adicional cuarta LC), el deudor pueda presentar alternativamente (para ganar tiempo) una propuesta anticipada de convenio²⁰¹³ para conseguir las adhesiones suficientes para ser admitida a trámite, lo que le permitiría entrar en el concurso para salir de él de

²⁰¹⁰ El deudor debe indicar o concretar en su solicitud de precurso qué negocio jurídico va a llevar a cabo con los acreedores en el precurso: i) adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC), ii) acuerdos de refinanciación (arts 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª LC) o, iii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss.).

²⁰¹¹ Desde la óptica del Derecho procesal, «hablamos de la prueba *semiplena* o las *meras justificaciones* cuando la Ley no exige al juez sino la probabilidad, la verosimilitud o la acreditación de un hecho». Vid., la clasificación dogmática sobre las clases de prueba en el proceso que elabora el profesor Valentín CORTÉS, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La prueba», en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte General*, ed. Tirant Lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2013, p. 195.

²⁰¹² Nos estamos refiriendo a acciones, *rectius*: «peticiones» o «pedimentos» de jurisdicción voluntaria, ya que nosotros entendemos que las acciones contenciosas no se pueden acumular con pedimentos o peticiones de jurisdicción voluntaria. Sobre la acumulación de las acciones de jurisdicción voluntaria, véase el trabajo de BANACLOCHE PALAO, J. *Los nuevos expedientes y procedimientos...*, op. cit., p. 79.

²⁰¹³ PULGAR EZQUERRA J., *Preconursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., pp. 627-629

forma rápida con un convenio concursal aprobado que asegure la refinanciación y viabilidad del deudor²⁰¹⁴. La posibilidad de que el deudor pueda plantear pedimentos acumulados o alternativos en la solicitud de precurso (acuerdos de refinanciación homologados y/o propuesta anticipada de convenio) debe ser admitida, pues, como veremos a continuación, entendemos que tiene amparo legal; además según comenta la doctrina, si un deudor intentara alcanzar un acuerdo de refinanciación en sede de precurso (ex art. 5 bis), y no lo consiguiera, tendría que esperar un año (periodo de carencia temporal –ex art. 5 bis 6–) desde que formuló la primera solicitud de precurso para poder instar una segunda solicitud de precurso²⁰¹⁵ (ex art. 5 bis) con la intención, esta vez, de poder alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss.) o, alcanzar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (ex art. 5 bis 6 LC)²⁰¹⁶.

Entrando ya en la cuestión planteada, es cierto que ni en el artículo 5 bis de la Ley Concursal, ni la propia Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria existe una norma específica sobre dicha cuestión, por ello debemos, acudir supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Civil (ex art. 8 LJV), para aplicar al precurso el artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que nos permitiría acumular *alternativamente* las peticiones o pedimentos en el precurso (ex art. 5 bis), siempre y cuando, estos estén relacionados entre sí (con conexión objetiva y subjetiva), se tramiten ante un mismo órgano judicial y, además, se tramiten por el mismo procedimiento (ex art. 72 LEC). Por lo tanto, entendemos que tanto la intención de acudir al precurso para alcanzar las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, como la intención de acudir al precurso con la intención de alcanzar un acuerdo de refinanciación homologado (Disp. Adicional cuarta), son dos pedimentos que, en puridad, tienen conexión

²⁰¹⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 175.

²⁰¹⁵ Para volver a disfrutar de los efectos de protección anudados a presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC).

²⁰¹⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., p. 626.

objetiva, es decir, tiene la misma finalidad: remover la situación de insolvencia y, además también tienen conexión subjetiva, puesto que, tanto la propuesta de convenio anticipado proyectada por el deudor como la propuesta de convenio de refinanciación salen surgen del propio mismo deudor y, las mismas pueden ir dirigidas a los mismos destinatarios (acreedores).

En otro orden de cosas, siguiendo el esquema de la tesis anterior, ¿sería posible solicitar el precurso comunicando que se va a intentar alcanzar un acuerdo de refinanciación y, si este fracasara, de forma alternativa intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, en la misma solicitud?; en primer lugar desde un punto de vista legal, no es viable acumular alternativamente dentro de la misma solicitud de precurso (el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos y un acuerdo de refinanciación), entre otras cosas porque la comunicación del inicio de negociaciones – o solicitud de precurso (ex art. 5 bis)– que pone en marcha el precurso para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos no la hace el propio deudor, sino que los legitimados para formular dicha comunicación del inicio (o apertura) de las negociaciones al juzgado²⁰¹⁷ son: el notario, el registrado o la Cámara de Comercio (Industria, Servicios, y Navegación) correspondientes, por lo tanto, al ser los anteriores los obligados a instar la comunicación de apertura de las negociaciones al juzgado competente (art. 233.3 LC) y no el propio deudor, es materialmente inviable que se puedan formular ambas peticiones o pedimentos de forma acumulada (alternativa) en un misma solicitud de precurso (ex art. 5 bis).

En el mismo sentido, a mayor abundamiento, el artículo 231.4 de la Ley Concursal no permite acceder al acuerdo extrajudicial de pagos a los deudores que se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o, cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite; por lo tanto, en virtud de esta prohibición (ex art. 231.4 LC) no sería posible formular los dos

²⁰¹⁷ El juzgado competente para conocer de la comunicación de la apertura de las negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 231 y ss. LC), es el juzgado competente para la declaración de concurso (ex art. 233.3. *in fine* LC).

pedimentos acumulados (de forma alternativa) de acuerdo de refinanciación y de acuerdo extrajudicial de pagos en una misma solicitud de precurso, ya que, a pesar de que ambas busquen la remoción de la insolvencia del deudor, ambas soluciones responden, en puridad a dos modalidades distintas que se integran dentro del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis). Asimismo, tampoco podría acumularse alternativamente un acuerdo extrajudicial de pagos y, (alternativamente) la negociación de una propuesta anticipada de convenio, puesto que, entendemos que también son modalidades incompatibles dentro del procedimiento de precurso (arts. 5 bis 1 y 231.4 LC)²⁰¹⁸, debido a que, mientras que el acuerdo extrajudicial de pagos pretende evitar el «curso de acreedores», la negociación de la propuesta anticipada de convenio conlleva en todo caso la ulterior solicitud de declaración de concurso voluntario donde se podrá hacer valer la propuesta (si esta fuera admitida a trámite) a la hora conseguir aprobar un convenio en el seno del concurso, que permita remover su situación de insolvencia y, por ende, salir del concurso en un tiempo relativamente corto, asegurando la refinanciación y la viabilidad del deudor²⁰¹⁹.

Es cierto que Ley Concursal no establece nada sobre la compatibilidad de formular una solicitud de precurso (ex art. 5 bis) acumulando varias peticiones o pedimentos, pero como pone de manifiesto la profesora PULGAR, nada impediría que en el caso de que un deudor hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos y, posteriormente, concurrieran cumulativamente los presupuestos del artículo 71 bis 1 y artículo 231 y siguientes de la Ley Concursal, dicho deudor podría solicitar el precurso para alcanzar un acuerdo homologado de refinanciación con sus acreedores estratégicos (acreedores titulares de pasivo financiero), alcanzándose simultáneamente un acuerdo que cumpla los requisitos del artículo 71 bis 1 y 238 de la Ley Concursal, con el fin de poder beneficiarse de los escudos de protección contemplados en relación a los acuerdos de refinanciación y, no así en el marco

²⁰¹⁸ Así se pronuncia también CONDE FUENTES, J., *Los sujetos del proceso concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 114.

²⁰¹⁹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 175.

de los acuerdos extrajudiciales de pagos (V. Gr.: el privilegio del «*fresh money*»)²⁰²⁰.

²⁰²⁰ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., p. 627.

Capítulo 6º. Los efectos de «protección» que se despliegan con la presentación de la solicitud de concurso

Como hemos venido defendiendo a lo largo del presente trabajo el concurso ex art. 5 bis es un «procedimiento judicial preventivo» del concurso²⁰²¹, cuya naturaleza jurídica descansa en el ámbito de la *jurisdicción voluntaria*²⁰²². Llegamos a la conclusión anterior, debido a que en el concurso no existe un verdadero litigio (inexistencia de contenciosidad), más bien se habla de negocio, acto, expediente o, también, *procedimiento*: puesto que la jurisdicción voluntaria llevada a cabo en sede judicial es, en toda regla, un *procedimiento judicial*²⁰²³, cuya clasificación, a nuestro juicio, responde a los

²⁰²¹ Entendemos que el concurso es un «procedimiento judicial preventivo» del proceso concursal pues su finalidad esencial es evitar el nacimiento del ulterior proceso concursal, al igual que lo eran los procedimientos preventivos de quita y espera y, de suspensión de pagos de antaño. Seguimos y defendemos la clasificación dogmática de los procedimientos especiales que elaboraban los profesores GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, véase HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (autores), *Derecho Procesal: juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal jurisdicción voluntaria*, volumen segundo, ed. Madrid, 1979, pp. 177 y 188-210.

²⁰²² Entienden que el concurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del concurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42.

²⁰²³ Nosotros entendemos que el actual concurso es un procedimiento jurisdicción voluntaria llevado a cabo en sede judicial, por lo tanto, es un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, de eminente finalidad preventiva, como lo eran los antiguos procedimientos de quita y espera y, de suspensión de pagos de pagos, con fundamento en la tesis del profesor HERCE, véase HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (autores), *Derecho Procesal...*, op cit., pp. 177, 188-189, 195-198, y 377-381.

procedimientos judiciales preventivos²⁰²⁴. Por otro lado, no se puede decir que en el precurso haya intervención de partes en sentido técnico procesal, sino que el deudor que formula o la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) es, en puridad, un participante, interesado o solicitante²⁰²⁵; asimismo, al instar la solicitud de precurso, el deudor no está ejercitando una acción procesal, ni está deduciendo pretensión alguna frente a un tercero, sino que está efectuando un *pedimento*²⁰²⁶ al letrado de la Administración de Justicia, solicitando, a través de un escrito de solicitud (no un escrito de demanda), que se le sitúe en la situación jurídica de precurso (ex art. 5 bis LC)²⁰²⁷. En cuanto a la actividad que realiza el funcionario judicial (Letrado de la Administración de Justicia) que conoce de los procedimientos de jurisdicción voluntaria judicial, debemos decir que no es, en modo alguno, jurisdiccional, sino que, más bien, se estaría aproximando a la actividad administrativa, por eso, el maestro CALAMANDREI llegó a afirmar que la jurisdicción voluntaria debía encuadrarse dentro de la función *administrativa*: a la que se solía denominar *Administración pública de derecho privado*²⁰²⁸. Finalmente, la resolución que pone fin a los procedimientos de jurisdicción voluntaria no es una sentencia, sino que se trata de una *resolución o acuerdo*²⁰²⁹: en caso del precurso se trata de un decreto dictado por el Letrado de la Administración de Justicia.

Como es sabido, el deudor *incoa* el procedimiento precurso con la mera presentación del escrito de solicitud de precurso (ex art. 5 bis) y, al no estar

²⁰²⁴ Vid. HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (autores), *Derecho Procesal...*, op cit., pp. 177 y 188-210.

²⁰²⁵ En este sentido vid., ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología procesal*, ed. UNAM, México, 1972, p. 197.

²⁰²⁶ Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología...*, op. cit., p. 197

²⁰²⁷ Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología...*, op. cit., p. 197

²⁰²⁸ CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal civil*, EJE, vol. I, (traducción del original italiano por SENTIS MELENDO), Buenos Aires, 1943, pp. 67 y ss.; en España también se pronunciaba este sentido GIMENO GAMARRA, R., «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», en *ADC*, 1953, pp. 5 y ss., que entendía que la jurisdicción voluntaria era una especie de Administración del Derecho privado, nota característica que la diferenciaba de los demás actos administrativos, según el autor.

²⁰²⁹ Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología...*, op. cit., p. 197

en el ámbito de un proceso jurisdiccional, nos encontramos ante una solicitud y no ante una demanda judicial, por lo tanto, no existe una fase de admisión a trámite de a la misma (ex art. 399 LEC), sino que se presenta ante del juzgado competente para la declaración de su concurso (ex art, 5 bis 1 LC) y, la misma, será conocida por el Letrado de la administración de Justicia²⁰³⁰ (art. 5 bis 3), que será el competente para dictar el *decreto*²⁰³¹ por el que se tiene por presentada la solicitud de precurso para llevar a cabo las negociaciones con los acreedores (ex art. 5 bis 3 LC).

La presentación de la solicitud de precurso ex art. 5 bis desencadena una serie de efectos de protección²⁰³² para el deudor, cuya activación también provoca una serie de consecuencias inmediatas sobre los acreedores; en este sentido, los efectos que se despliegan con la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), coadyuvan a garantizar, al menos, un ambiente idóneo para llevar a cabo las negociaciones con los acreedores en sede de precurso. Los efectos de protección que se despliegan – *ipso iure* – con la presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), vienen a crear un espacio temporal, si se nos permite: «de tranquilidad», para que el deudor y los acreedores puedan llevar a cabo las negociaciones para: i) adhesiones a una propuesta anticipada de

²⁰³⁰ El Letrado de la Administración de Justicia es el funcionario judicial competente para conocer de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 3 LC). No es descabellado atribuir competencia a los letrados de Administración de Justicia en el precurso, puesto que en dicho procedimiento el funcionario competente no realiza función jurisdiccional alguna. El letrado de la Administración de Justicia en el precurso (al ser un procedimiento de jurisdicción voluntaria) no declara ni tutela derechos subjetivos inter partes, sino que crea o desarrolla las condiciones para que el deudor pueda ejercitar su facultad o derecho potestativo de solicitar que le sitúen en la situación jurídica de precurso, véase esto en el trabajo del profesor DAMIÁN MORENO, «<http://almacenederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>», (Consultado en julio 2015).

²⁰³¹ Los Letrados de la Administración de Justicia dictan actas, diligencias y, además, la Ley autoriza a participar en cuestiones decisoras a través de unas resoluciones denominadas decretos, como ocurre en el procedimiento de precurso donde el letrado dicta el decreto teniendo por presentada la solicitud de precurso – ex art. 5 bis LC –. Sobre las resoluciones y funciones atribuidas al Letrado de la Administración de Justicia vid., DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 85

²⁰³² Vid., entre otros a PULGAR EZQUERRA, J., *Precuralidad y reestructuración...*, op. cit., pp. 570-599; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 90; ROJO, FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho Precural», op. cit., pp. 566 y ss.; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., Y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op. cit., pp. 239-244. AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, (2^a edición), op. cit., pp. 107-126.

convenio; ii) un convenio de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4^a); iii) un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y ss. LC) negociar en ambiente «sosegado» en realidad vienen a coadyuvar a la consecución de alguno de los negocios jurídicos que la Ley Concursal pone a disposición del deudor para negociar con sus acreedores (ex art 5 bis 1 LC). Los efectos de protección que se desprenden de la incoación del procedimiento de precurso son verdaderamente relevantes y, además, son de una gran trascendencia para el deudor y todos sus acreedores.

A continuación, trataremos de ir «desbrozando» cada uno de los importantes «efectos de protección» que se desencadenan *ipso iure* con la mera presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC). En este sentido es cuanto menos sorprendente que el legislador –desde el nacimiento del procedimiento de precurso (ex art. 5.3 LC)– no haya exigido al deudor que solicita el precurso, la necesaria acreditación de los hechos que aduce en la solicitud de precurso, es decir, tanto el derogado artículo 5.3 como el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal no exigen que el deudor tenga que acreditar: i) su estado de insolvencia, ii) que ha iniciado negociaciones con los acreedores, iii) que no se encuentre incurso en ninguna de las prohibiciones para presentar propuesta anticipada de convenio (en los casos en los que inste el precurso para alcanzar las adhesiones para una propuesta anticipada de convenio) o, iv) que no ha solicitado ninguna solicitud de precurso durante el año inmediatamente anterior a la solicitud que pretende formular el deudor.

A pesar de que la norma no señala nada sobre si el En este punto somos contrarios a los postulados de la Ley y del propio legislador, ya que entendemos que si el deudor, al presentar la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) se hace beneficiario de tan importantes y trascendentes efectos de protección derivados de la mera presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), debe acreditar (para evitar un uso abusivo y fraudulento del precurso), al menos con un *principio de prueba* (o prueba semiplena²⁰³³), la probabilidad, la

²⁰³³ Vid., desde un punto de vista procesal el significado de las pruebas semiplenas o meras justificaciones en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA

verosimilitud de todos y cada uno de los hechos y extremos aducidos por el mismo en la solicitud de concurso (ex art. 5 bis). La doctrina se ha pronunciado sobre si debe darse la exigencia de control en sede de concurso insinuando que, tras la promulgación del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, surgen dudas de si debe concurrir un control de los requisitos temporales, objetivos y subjetivos del procedimiento de concurso, por parte del Letrado de la Administración de Justicia²⁰³⁴. Sobre este extremo, como ya hemos anticipado, entendemos que debe concurrir un control por parte del Letrado de la Administración de Justicia en orden a verificar y comprobar los hechos y extremos aducidos por el deudor que quiere acogerse a la situación jurídica de concurso para beneficiarse de los efectos de protección que se derivan del mismo (ex art. 5 bis); en ese sentido, al defender la necesidad de establecer un control por parte del Letrado de la Administración de Justicia al conocer de la solicitud de concurso (art. 5 bis), implicaría, por tanto, que el deudor debe acreditar la verosimilitud o veracidad de los hechos que aduce en dicha solicitud de concurso (con un principio de prueba: prueba semiplena), puesto que, si el letrado de la Administración de Justicia entiende que no concurren los hechos que aduce el deudor en su solicitud de concurso, entendemos que no tendría derecho a acogerse al procedimiento de concurso, ni beneficiarse de los efectos de protección que se desencadenan con la mera presentación de la solicitud de concurso, debiendo el mismo proceder al archivo de la solicitud al ser la misma inadmisibles (arts. 16.4 y 17.1 LJV). El debate de si es necesario o no contar con un control judicial en sede de admisión de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), viene «coleando» desde

(autores), *Derecho Procesal civil. Parte general*, ed. Tirant Lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 2011, p. 187.; refiriéndose al principio de prueba o prueba semiplena que debe aportar el deudor a la hora de presentar su solicitud de concurso, véase también a GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., pp. 120 y ss.

²⁰³⁴ En este sentido se pronuncian ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho concursal», op. cit. p. 566; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., Y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op. cit., p. 238. Dichos autores a pesar de que no se posicionan firmemente, al menos plantean la duda de si debe concurrir o no un control de los requisitos temporales, objetivos y subjetivos del concurso, por parte del deudor. *Si se entiende que debe concurrir, se debe entender que el deudor tiene que acreditar y justificar todos y cada uno de los extremos aducidos en su solicitud de concurso* (La cursiva es nuestra).

que se promulgó el originario (actualmente derogado) artículo 5.3 de la Ley Concursal, pues durante la vigencia de dicho precepto, la doctrina se manifestaba dividida en dos tesis: una formalista o también denominada procesalista²⁰³⁵, que defendía el control del juzgado que conocía de la solicitud de concurso (y, la tesis anti-formalista²⁰³⁶, que entendía que no se debía controlar ninguno de los requisitos del concurso *ab initio* sino a posteriori²⁰³⁷ en una ulterior sección de calificación del concurso declarado: por lo tanto bastaba las meras alegaciones del deudo para desencadenar los efectos de protección²⁰³⁸.

El principal defensor de la tesis formalista era, el entonces Magistrado CGPJ especialista en asuntos de lo Mercantil, Blas GONZÁLEZ NAVARRO²⁰³⁹, que entendía que no bastaba con que el deudor formulara la solicitud de concurso para que se desplegaran los efectos de protección que dispone la

²⁰³⁵ Véanse los importantes pronunciamientos judiciales que defendían la tesis formalista o procesalista, que se mostraban a favor de la necesaria acreditación de los requisitos del concurso y su necesario control judicial en sede de admisión AJM 1 de 11 de mayo de 2009 (AC 2009, 215005), AJM 1 granada de 30 de junio de 2009; AJM Huelva, de 17 de febrero de 2010; AJM 2 Sevilla, de 10 de diciembre de 2009; AJM Cuenca de 7 de julio de 2009; AJM Cuenca, de 9 de julio de 2009. AJM Badajoz, de 11 de marzo de 2009;

²⁰³⁶ Entre los autores que defendían la tesis anti-formalista, pues entendían que la exigencia de probar o acreditar los requisitos del concurso, supondría un excesivo rigor y formalismo que afectaba no solo a la finalidad del concurso si no que dicha exigencia haría que muchas propuestas anticipadas de convenio fracasaran, vid por todos, los trabajos de PULGAR EZQUERRA, *El concurso de acreedores...*, op. cit., p. 460; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la...», op. cit., pp. 260 y ss.; GARCÍA-CRUCES, J.A., «Inexigibilidad...», op. cit., p. 734; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., y DÍAZ MORENO, A., «Algunas cuestiones...», op. cit., p. 745; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de...», op. cit., pp. 658 y ss.; GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «El presupuesto...», op. cit., p. 194; VILATA MENDAS, S., *Introducción...*, op. cit., pp. 43 y ss.; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, op. cit., pp. 86 y 95.

²⁰³⁷ A favor del control a posteriori, llevado a cabo en la sección de calificación en un proceso concursal posteriormente declarado se pronuncian, entre otros, GARCÍA-CRUCES, J.A., «Inexigibilidad...», op. cit., pp. 739 y ss.; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones...», op. cit., p. 260; GINER AZNAR, E., *La comunicación del artículo 5.bis...*, op. cit., p. 96; ÁVILA DE LA TORRE, A., «El deber...», op. cit., p. 52 y ss.

²⁰³⁸ Con respecto a las resoluciones que defendía la tesis antiformalista, por la que entendían que con la mera presentación de la solicitud de concurso bastaba para desencadenar los efectos del concurso véanse por todas, AAP Pontevedra de 21 de enero de 2010; AJM 8 Barcelona de 11 de mayo de 2009; AJM 5 de Madrid, de 17 de abril de 2009 (AC 2010, 10); AJM 2 de Bilbao, de 2 de junio de 2009.

²⁰³⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., p. 120.

Ley (de manera automática); además, se mostraba contrario a entender que el juzgado que conocía de la solicitud de concurso debiera quedar impasible como mero receptor de la solicitud, pues, según el criterio de dicho autor, el juez del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal debía controlar los requisitos que exigía el precepto para que se activaran los efectos de protección del concurso, ya que no cualquier deudor podía acudir al juzgado para conseguir cuatro meses de moratoria temporal de cobertura adicional²⁰⁴⁰.

El deudor que acude al concurso con verdaderas intenciones de negociar con los acreedores para conseguir remover su situación de insolvencia y, al menos, presente cierta viabilidad empresarial a corto/medio plazo, no le supondría ningún gravamen aportar un *principio de prueba* (o una prueba semiplena, mera justificación²⁰⁴¹) de todos y cada uno de los extremos que aduce en la solicitud de concurso, por todo ello, abogamos por la exigencia de acreditar o de probar con un mínimo *principio de prueba* (prueba semiplena o mera justificación) todos y cada uno de los extremos que el deudor aduce en su solicitud de concurso (ex art. 5 bis)²⁰⁴². El letrado de la Administración debe controlar todos los extremos aducidos por el deudor en su escrito de solicitud de concurso (ex art. 5 bis), para evitar que el procedimiento de concurso sea considerado una especie de «colador» (en el que todo valga) inaceptable al que pueda acceder cualquier deudor, incluso, los que no tienen ninguna viabilidad e intención de negociar con los acreedores en el seno del concurso. Recordemos que el concurso, según está regulado *puede* (no siempre) servir de «guarida» a los deudores *in malam partem*, que sin ninguna intención de negociar con los acreedores, se colocan fácilmente en la situación

²⁰⁴⁰ Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., pp. 120 y ss.

²⁰⁴¹ Vid., desde un punto de vista procesal las diferentes clases de pruebas en el proceso civil y, concretamente, el significado de las pruebas semiplenas o meras justificaciones en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal civil. Parte general*, ed. Tirant Lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 2011, p. 187. Refiriéndose al principio de prueba (o prueba semiplena) que debe aportar el deudor junto a la solicitud de concurso para probar o acreditar todos y cada uno de los extremos aducidos en la misma Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., pp. 120 y ss

²⁰⁴² GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», op. cit., pp. 120 y ss

jurídica de precurso con la única intención de ponerse a «resguardo» de determinadas ejecuciones y de solicitudes de concurso necesario instadas por terceros legitimados distintos del propio deudor (ex art. 5 bis LC), sin tener derecho a ello; cualquier deudor desaprensivo, que solicita el precurso en busca de una «huida hacia delante», sin la intención de negociar nada con los acreedores, con la única intención de ponerse a resguardo de determinadas ejecuciones o de las solicitudes de concurso necesario, podría colocarse en la situación jurídica de precurso con la mera solicitud de precurso (ex art. 5 bis), sin necesidad de acreditar ninguno de los requisitos o presupuestos, por lo tanto, obtienen automáticamente los efectos de protección que se despliegan con la presentación de la solicitud de precurso, sin necesidad de acreditar ninguno de los requisitos del artículo 5 bis.

Estas posibles situaciones de fraude de Ley, deben erradicarse introduciendo en el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) un «leve» sistema de acreditación de los hechos que aduce el deudor en su solicitud de precurso, con el que se pudiera exigir al deudor: una mera justificación o *prueba semiplena* con la que se acredite al Letrado de la Administración de Justicia, la probabilidad o la verosimilitud²⁰⁴³ de todos y cada uno de los hechos que aduce el deudor en su solicitud.

1. El aplazamiento del deber de solicitud de concurso

La redacción del actual artículo 5 bis 2 de la Ley Concursal prevé que el deudor podrá formular la solicitud de precurso *en cualquier momento antes* del vencimiento del plazo previsto en el artículo 5.1 de la Ley Concursal²⁰⁴⁴; formulada la solicitud en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo de dos meses desde que se hubiera conocido o debido conocer la situación de insolvencia, *no le será exigible* el deber de solicitar la declaración de concurso

²⁰⁴³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal civil. Parte general*, ed. Tirant Lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 2011, p. 187.

²⁰⁴⁴ Según el tenor literal del precepto (ex art. 5 bis 2 LC), el deudor podría presentar la solicitud de precurso en cualquier momento anterior al plazo del artículo 5.1 de la Ley Concursal, es decir, que según el tenor literal del precepto la comunicación de inicio de las negociaciones, *rectius*: solicitud de precurso

voluntario²⁰⁴⁵ (ex. Art. 5 bis 2 *in fine*)²⁰⁴⁶. Lo que viene a decir el precepto es que, si el deudor solicita el precurso en *cualquier momento anterior* al vencimiento del plazo fijado en el artículo 5.1 de la Ley Concursal, es decir, en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 LC), no le será exigible su deber de solicitar la declaración de concurso (ex art. 5 bis 2 *in fine*)²⁰⁴⁷, puesto que con la presentación de la solicitud de precurso, uno de los importantes efectos de protección que se produce *ipso iure* es el aplazamiento del deber de solicitar la declaración de concurso hasta un plazo máximo de seis meses (2+3+1)²⁰⁴⁸. Con esta prórroga o aplazamiento del deber de solicitar el concurso derivada de la propia presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 2), el deudor consigue evitar que, en caso de que, posteriormente, se declare judicialmente su concurso, éste sea calificado, salvo prueba en contrario²⁰⁴⁹, como culpable²⁰⁵⁰ en la sección de

²⁰⁴⁵ Sobre el deber de solicitar la declaración del concurso y su evolución véase el trabajo de JACQUET YESTE, T., «El no deber de solicitar el concurso y la paraconcursalidad», en RdCyP, n.º 22, 2015, pp. 384-385 y 387-391.

²⁰⁴⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., pp. 570-577; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 90; ROJO, FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho Preconcursal», op. cit., pp. 566 y ss.; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op. cit., pp. 239-244. AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, (2^a edición), op. cit., pp. 107-126.

²⁰⁴⁷ Sobre el aplazamiento o, no exigencia del deber de solicitar la declaración judicial de concurso voluntario, que se despliega de la formulación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), vid., por todas, AAP Madrid (28^a) de 5 de febrero de 2010 (AC 2010,835); AJM n.º 5 Madrid, de 17 de abril de 2009, (AC 2010,10).

²⁰⁴⁸ GALLEGU LANAU, M., «El artículo 5 bis de la ley concursal y modificaciones estructurales societarias», en RdCyP, n.º 22, p. 477.

²⁰⁴⁹ «El retraso en la solicitud del concurso es un incumplimiento grave del administrador, de determina que el concurso sea culpable, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar que, a pesar de ello, no existió dolo ni culpa grave en su actuación, con referencia a tal incumplimiento», vid. SAP Pontevedra 1^a de 13 de septiembre de 2010 (JUR 2010, 334201). En este sentido, otro escenario que se puede dar íntimamente relacionado con lo anterior es, como bien apunta la profesora PULGAR EZQUERRA, cuando un empresa ha intentado la refinanciación fuera del marco del precurso (ex art. 5 bis), sin contar con los efectos de protección que se desprenden del precurso, y, si esta fracasa, es posible que si el deudor sigue en situación de insolvencia actual haya incumplido su deber de solicitar el concurso (ex art. 5.1 LC), lo que conllevaría a la presunción de dolo o culpa grave (ex art. 165.1.1^o LC). Nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, pudiéndose destruir la misma acreditando que la refinanciación no constituía una mera «huida hace delante», sino que la misma se ha llevó a cabo con el objetivo primordial de solucionar lo que en aquel momento era una crisis operativa,

calificación, por aplicación de la presunción *iuris tantum de dolo o culpa grave* (ex art. 165.1.1º LC)²⁰⁵¹, al entenderse que el deudor o sus representantes (administradores o liquidadores) han incumplido el *deber de solicitar la declaración de concurso voluntario*, al no haberlo instado²⁰⁵² o, incluso, al haberlo instado de forma intempestiva o extemporánea –cumplimiento tardío²⁰⁵³– los supondría una presunción de dolo o culpa grave (ex art. 165.1.1º LC)²⁰⁵⁴.

El primer efecto «protector» que se desprende de la presentación de la solicitud de precurso, es decir, el aplazamiento de la exigibilidad del deber de solicitar la declaración judicial de concurso voluntario (ex art. 5 bis 2)²⁰⁵⁵, fue introducido por el originario –y actualmente derogado– artículo 5.3 de la Ley Concursal y, desde entonces dicho efecto viene repercutiendo positivamente en la denominada responsabilidad del deudor y/o de sus representantes legales:

pero que, a la postre ha devenido en una situación determinante para la declaración judicial de concurso. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., p. 576.

²⁰⁵⁰ No es suficiente, para calificar el concurso como culpable, acreditar que el concurso se instó de forma tardía, sino que, para merecer esa calificación, también hay que acreditar que ese retraso a la hora de instar la declaración de concurso ha agravado la situación de insolvencia del deudor, vid. SAP Madrid 28ª, de 23 de septiembre de 2011; SAP Pontevedra 1ª, de seis de febrero de 2012, (JUR 2012, 65250)

²⁰⁵¹ MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op. cit., p. 47.

²⁰⁵² La omisión del deber de solicitar el concurso conllevará la calificación de concurso como culpable, si se acredita que el no haber instado la solicitud de declaración judicial de concurso ha agravado la situación de insolvencia del deudor, Vid. SAP Zaragoza 5ª de seis de mayo de 2011

²⁰⁵³ Es pacífico que la solicitud tardía equivale a incumplimiento, Vid. SJM 3 de Pontevedra de 9 de junio de 2011; SAP Guipúzcoa, de 28 de julio, 2006.

²⁰⁵⁴ Vid. sobre el incumplimiento del deber de solicitar la declaración judicial de concurso, tanto por omisión como por solicitud extemporánea o intempestiva (tardío incumplimiento), véanse, por todas, las siguientes resoluciones: SAP Madrid 28ª, de 2 de febrero de 2009; SAP Guipúzcoa, de 28 de julio de 2006; SSAP Barcelona 15ª, de 29 de noviembre de 2007 y de 21 de febrero de 2008 (JUR 2008, 318271); SAP Pontevedra, 1ª, de 13 de septiembre de 2010 (JUR 2010, 334201); SJM 3 Pontevedra de 9 de junio de 2011;

²⁰⁵⁵ Vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, Mª.L., *Prevención y gestión...*, op. cit., pp. 239-240; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op. cit., pp. 570-577; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 90; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho Preconcural», op. cit., pp. 566 y ss.; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, (2ª edición), op. cit., pp. 107-126; GALLEGO LANAU, M., «El artículo 5 bis de la ley concursal y modificaciones estructurales societarias», en *RdCyP*, n.º 22, p. 477.

administradores o liquidadores (societarios), puesto que parece que dicho efecto de «protección» (inmutable desde el nacimiento del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal), fue introducido por el legislador de 2009²⁰⁵⁶, con la intención, al menos eso parecía, de *aliviar* la responsabilidad de los administradores societarios²⁰⁵⁷ durante aquellos meses necesarios para llevar a cabo las negociaciones pertinentes con los acreedores, en aras de intentar salir o remover su estado de insolvencia, sin recurrir a la vía concursal, que siempre es traumática, ya que, como pone de manifiesto la práctica, el deudor pierde, entre otras cosas, toda posibilidad de crédito²⁰⁵⁸.

Por todo ello, el primer efecto protector que obtiene el deudor tras presentar la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), es el aplazamiento de cuatro meses (4) de la exigibilidad del deber de solicitar el concurso voluntario²⁰⁵⁹, con el que se produce un desdoblamiento del plazo de exigibilidad del deber de solicitar el concurso, pues, inicialmente se concede al deudor la posibilidad de que en un plazo de dos meses, desde que conoció o debió conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 LC), solicite el precurso ante el juzgado competente para

²⁰⁵⁶ En el año 2009 se llevó a cabo la primera reforma importante de la Ley Concursal mediante la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia financiera, tributaria y concursal ante la evolución de la situación económica, BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009, que vino a introducir el originario artículo 5.3, cuya redacción inicial contenía el régimen del denominado procedimiento precurso, y en el que ya, entonces, se establecía el aplazamiento del deber de solicitar la declaración de concurso al deudor que decide solicitar el precurso.

²⁰⁵⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 172.

²⁰⁵⁸ Así lo entendía el profesor Valentín CORTÉS en los primeros años de rodaje del procedimiento de precurso regulado en el actualmente derogado artículo 5.3 de la ley Concursal, véase en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 172.

²⁰⁵⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op. cit., pp. 570-571; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 90; ROJO, FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho Preconcural», op. cit., pp. 566 y ss.; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., *Prevención y gestión...*, op. cit., pp. 239-244. AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, (2^a edición), op. cit., pp. 107-126. En la jurisprudencia es interesante ver cómo se analizan los efectos de protección que se despliegan con la presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis). Véase, por todos, los interesantes autos de: AJM 5 Madrid de 17 de abril de 2009, (AC 2010, 10). Dictado por el Magistrado especialista CGPJ en asuntos de lo mercantil Javier GARCÍA MARRERO. También en este sentido se pronuncian el AAP de Madrid 28^a de 5 de febrero de 2010, (AC 2010, 835); AJM 1 Granada de 11 de mayo de 2009 (JUR 2009, 215005); AJM 1 Granada de 3 de junio de 2009.

su declaración de concurso (ex art. 5 bis 1 LC). En segundo lugar, desde la presentación efectiva de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 5) el deudor cuenta con tres meses (3) para negociar con los acreedores: i) adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; ii) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª) o; iii) un acuerdo extrajudicial de pagos. Una vez transcurridos los tres (3) meses desde la presentación de la solicitud de precurso, el deudor haya alcanzado o no un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración judicial de concurso en el mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el «mediador concursal» o no se encontrara en estado de insolvencia (ex art. 5 bis 5 *in fine*).

Después de todo lo visto anteriormente, es posible identificar tres escenarios distintos; en primer lugar, una vez transcurridos los tres meses de negociaciones, el deudor haya alcanzado o no un acuerdo de refinanciación o las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio tiene la carga procesal de instar la declaración judicial de concurso dentro del mes siguiente hábil²⁰⁶⁰, a menos que ya lo hubiera solicitado el «mediado concursal» o no se encontrara en estado de insolvencia (art. 5 bis 5 *in fine*). Por lo tanto, en virtud del contenido del artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal, si el deudor consiguiera remover su estado de insolvencia por haber alcanzado alguno de los negocios jurídicos que pone a disposición el artículo 5 bis 1 de la Ley (durante la moratoria temporal de 3 meses), no tendrá la carga procesal de instar la declaración judicial de concurso voluntario, ya que como es lógico, no concurre el presupuesto objetivo: la insolvencia (art. 5 bis 5 *in fine*). En segundo lugar, si tras la tramitación del precurso, el deudor que siguiera estando en estado de insolvencia, tendría la carga procesal de instar la declaración de concurso voluntario y, por ello, solicita la declaración judicial de concurso dentro del plazo del mes siguiente hábil (art. 5 bis 5 LC). En tercer lugar, también cabría la

²⁰⁶⁰ Cuando se trate de un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss. LC), si la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara incurrido en situación de insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso consecutivo también de forma inmediata (ex art. 238.3 LC).

hipótesis de que el deudor haya salido del precurso sin haber podido alcanzar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial que le hubiese permitido salir del estado de insolvencia, y, posteriormente decide no solicitar la declaración de concurso voluntario (en nuestro ordenamiento no se regula la declaración judicial de concurso *ex officio*²⁰⁶¹), aunque esta decisión es demasiado arriesgada, debido a que el deudor, al no instar la solicitud de concurso, estaría perdiendo su oportunidad de solicitar un concurso voluntario con las ventajas que ello podría conllevar, y arriesgándose a que prosperen otras solicitudes de *concurso necesario* instadas por terceros legitimados (acreedores) sobre la base de alguno de los hechos reveladores de la insolvencia del artículo 2.4 de la Ley Concursal²⁰⁶².

Finalmente, otra cuestión que debemos resaltar es que el aplazamiento de la exigibilidad del deber de solicitar el concurso que se consigue con la presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC), solo es operativo cuando el deudor que solicita el precurso se encuentra en estado de insolvencia *actual* (art. 2.2 LC)²⁰⁶³, puesto que si estuviera en estado de insolvencia *inminente* (ex art. 2.3 LC) o, incluso, en estado de preinsolvencia²⁰⁶⁴, dicho aplazamiento o prórroga no operaría –no tendría razón de ser–, puesto que esas situaciones no es exigible el deber de solicitar el concurso (ex art. 5.1 LC), por lo tanto, en dichas situaciones (insolvencia inminente y preinsolvencia) el deudor no se podría beneficiar del aplazamiento (o de la prórroga) de su

²⁰⁶¹ Sobre la vieja posibilidad de la declaración judicial de quiebra *ex officio* en el Ordenamiento jurídico Italiano y en el Ordenamiento jurídico Español, véase PACCHI, S., Y GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La intervención y los poderes de disposición...», op., cit., pp. 256-265.

²⁰⁶² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., pp. 575-576;

²⁰⁶³ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit., pp. 573-575.

²⁰⁶⁴ Un deudor se encuentra en estado de preinsolvencia cuando, aun siendo solvente, pronostica que, a medio/largo plazo es probable que no pueda cumplir de forma regular y puntual sus obligaciones. Hablamos de una situación de insolvencia a medio o largo plazo, podría ser aquella previstas para dentro de 14 meses, en adelante.

deber de solicitar el concurso (ex art. 5.1 LC) ya que, por el momento, dicho deber no era exigible²⁰⁶⁵.

2. La exclusión temporal de las solicitudes de concurso necesario (ex art. 15.3 LC)

La reforma concursal llevada a cabo con la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, que introdujo, entre otros, el apartado 3º del artículo 15²⁰⁶⁶, cuyo contenido permitía que tras la admisión a trámite de la solicitud de precurso (ex viejo art. 5.3 LC), se pudiera instar solicitudes de concurso necesarias por parte del deudor, pero dichas solicitudes se quedaban en *suspense* (latentes), y no se proveían hasta que no hubiera vencido el plazo previsto en el citado artículo siempre que el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso voluntario (ex art. 15.3 LC²⁰⁶⁷).

Con la reforma concursal de 2011 operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se modifica el apartado 3º del artículo 15 de la Ley Concursal²⁰⁶⁸, en el

²⁰⁶⁵ El deber de solicitar la declaración de concurso es exigible cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual, siendo este por tanto uno de los efectos que se desprende de la solicitud de precurso; cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia inminente o es preinsolvente, el deber de solicitar la declaración de concurso no es exigible. En este sentido, véase, por todos, los interesantes autos de: AJM 5 Madrid de 17 de abril de 2009, (AC 2010, 10). Dictado por el Magistrado especialista en asuntos de lo mercantil Javier GARCÍA MARRERO. También en este sentido se pronuncian el AAP de Madrid 28º de 5 de febrero de 2010, (AC 2010, 835); AJM 1 Granada de 11 de mayo de 2009 (JUR 2009, 215005); AJM 1 Granada de 3 de junio de 2009.

²⁰⁶⁶ El contenido del antiguo artículo 5.3 de la Ley Concursal rezaba como sigue: «3. Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes».

²⁰⁶⁷ Siguiendo el tenor literal del apartado 3º del artículo 15, introducido por el real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo.

²⁰⁶⁸ La redacción del artículo 15.3 de la Ley Concursal con la reforma concursal de 2011, llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011, «Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor. Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes».

que se introdujo un nuevo contenido, cuyo tenor literal disponía lo siguiente: «Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor» (art. 15.3 LC²⁰⁶⁹).

Por lo tanto, a partir de la reforma de año 2011, una vez que se presentaba la solicitud de precurso, se *excluyen* las solicitudes de concurso necesario instadas por cualquier tercero legitimado distinto del deudor, hasta que nos transcurra el plazo de tres meses desde la presentación de la misma (ex art. 15.3).

Posteriormente, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que vino a introducir el ya conocido procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, regulado en los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal, adicionó un último inciso final a la redacción del apartado 3º del artículo 15 de la Ley Concursal²⁰⁷⁰: «Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal», cuya redacción, a

²⁰⁶⁹ La redacción del artículo 15.3 de la Ley Concursal con la reforma concursal de 2011, llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011, «Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor.

²⁰⁷⁰ El apartado 3º del artículo 15 de la Ley Concursal tras la reforma concursal operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE n.º 233, 28 de septiembre de 2013, disponía lo siguiente: «Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal. Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes».

la postre, se ha conservado hasta la actualidad, tras las diversas reformas concursales llevadas a cabo durante los años 2014 y 2015²⁰⁷¹.

Como hemos podido observar en el itinerario legislativo anterior, la redacción que finalmente dio la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, al apartado 3º del artículo 15 de la Ley Concursal, es el que se ha mantenido hasta nuestra vigente Ley Concursal, y, por lo tanto, dicho contenido viene a regular otro de los importantes efectos de protección que se desprenden *ipso iure* con la presentación de la solicitud de concurso necesario instada por terceros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el título X de esta Ley, distintos del deudor y del «mediador concursal» durante los tres (3) meses de negociaciones del concurso (art. 15.3 I LC).

La *exclusión* de las solicitudes de declaración de concurso necesario prevista en nuestro vigente procedimiento de concurso necesario (ex art. 15.3 I LC), no es un efecto de protección nuevo e innovador de nuestra actual normativa concursal, sino que, es un efecto de protección con antecedentes históricos, pues, ya estaba presente en los viejos y derogados procedimientos preventivos del concurso de nuestro antiguo Derecho concursal.

Un ejemplo paradigmático de este efecto de protección que ya se daba en el *procedimiento judicial de suspensión de pagos* de «antaño», se producía cuando, efectivamente, se tenía por solicitada la suspensión de pagos, ésta impedía la declaración judicial de quiebra, suspendiéndose automáticamente las ejecuciones de las sentencias dictadas en procesos declarativos ordinarios o

²⁰⁷¹ Las reformas concursales llevadas a cabo durante los años 2014 y 2015 son las siguientes: Real decreto 4/2014, de 7 de marzo, por el cual se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que posteriormente se convalidó por la ley 17/2014, de 30 de septiembre, por el cual se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; posteriormente estaría el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; y, finalmente el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que posteriormente fue convalidado, por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

especiales, excepto en los supuestos en los que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados (art. 9 LSP de 1922)²⁰⁷². Por lo tanto, la exclusión de las solicitudes de concurso necesario (ex art. 15.3 I LC) es un efecto protector muy parecido al que ya se daba en los viejos procedimientos preventivos del concurso de acreedores y de la quiebra, que de alguna viene a ofrecer al deudor un margen temporal de tres (3) meses de cierta tranquilidad, para que pueda llevar sus negociaciones sin tener que enfrentarse a una solicitud de concurso necesario (ex art. 15.3 LC).

El funcionamiento de este importante efecto de protección consiste en que una vez formulada la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) y, hasta que no transcurra el plazo de tres (3) meses desde la presentación de la misma, queda *excluida* la posibilidad de que los terceros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento regulado en el título X de esta Ley, distintos del deudor o del «mediador concursal», presenten la solicitud de concurso necesario (ex art. 15.3 I LC). Es cierto que para definir este importante efecto de protección que se deriva de la presentación del precurso, la doctrina ha utilizado diversas expresiones para definirlo, v. gr.: (*paralización o suspensión*²⁰⁷³, *bloqueo*²⁰⁷⁴,

²⁰⁷²Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Expedientes de quita y espera..., op. cit., p. 204. Y, del mismo autor en; Dicho autor explica de forma impecable los efectos de protección que se desplegaban *ipso iure* cuando se tenía por presentadas los viejos procedimientos preventivos del concurso y de la quiebra: i) la quita y espera (arts. 1130 y ss. LEC) y, la suspensión de pagos (art. 9 LSP de 1922). También del mismo autor véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 168., donde el autor nos dice que no es inútil recordar que, una vez que el deudor había solicitado la quita y espera los acreedores no podían pedir el concurso de acreedores necesario. También, dicho autor destacaba que algo parecido ocurría en el viejo procedimiento de suspensión de pagos de la derogada Ley de Suspensión de pagos de 1922 en la que la solicitud de suspensión de pagos impedía, en virtud del artículo 9, que se solicitara la declaración judicial de quiebra del deudor comerciante por lo acreedores de éste, posibilidad que sólo quedaba expedita cuando, finalmente, no se llegaba o alcanzaba a un acuerdo o éste era incumplido por el deudor (ex art. 9 LSP e 1922).

²⁰⁷³ «Paralización o suspensión» es la expresión que utilizaba el profesor Valentín CORTÉS, con la redacción del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal. «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., pp- 172-173. «(...) *paraliza y suspende temporalmente la posibilidad de que alguien solicite el concurso necesario*».

²⁰⁷⁴ «Bloqueo» es la palabra que utilizaban para definir la exclusión de las solicitudes de concurso necesario (ex art. 15.3 LC), vid. FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones...», op. cit., p. 259; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Y DÍAZ MORENO, A., «Algunas cuestiones...», op. cit., p. 745 y ss.

*inadmisión*²⁰⁷⁵ y, *enervación temporal*²⁰⁷⁶, etcétera), aunque, en nuestra opinión, no son las expresiones adecuadas para definir el importante efecto procesal del artículo 15.3 I de la Ley Concursal: en primer lugar, las expresiones: «paralizar» o «suspender», no casan bien con el verdadero efecto procesal que produce la presentación de la solicitud de precurso (ex art. 15.3 LC), frente a las solicitudes de concurso necesario pretendidas por terceros legitimados al deudor, es decir, aquellas que se pretenden instar pero que todavía no han sido –siquiera– solicitadas, por lo tanto, ¿Qué se paraliza o qué se suspende si no hay ningún proceso de declaración judicial de concurso iniciado?. A nuestro juicio, tampoco es correcto hablar de *enervación temporal de la legitimación*²⁰⁷⁷ para solicitar el concurso necesario, pues, cuando un deudor se acoge a la situación jurídica de precurso (tras su solicitud), desde el punto de vista procesal, la legitimación activa *ad causam* para instar el concurso necesario por los acreedores o los terceros legitimados (art. 3.1 LC), en ningún caso se pierde o se debilita *temporalmente* sino que, en todo caso, dicha legitimación se mantiene a la expectativa, *rectius: latente*, hasta que venza el mes hábil siguiente regulado en el artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal. Tras el vencimiento del plazo de tres (3) meses desde que se presentó la solicitud de precurso y, hasta que venza el plazo del mes siguiente hábil previsto en el artículo 5 bis 5 de la Ley, los acreedores podrán instar la solicitud de declaración de concurso *necesario* –en garantía de que el concurso no se quede sin declarar, al no instarlo el deudor– en el caso de que el deudor no solicite su declaración de concurso voluntario en dicho plazo (art. 5 bis 5 in fine LC). Las solicitudes de concurso necesario que se presenten con posterioridad a los tres meses se proveerán como concurso necesario (ex art. 15.1 y 2 LC), una vez haya vencido

²⁰⁷⁵ El profesor ROJO viene a utilizar la expresión: «no se admitirán...», vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho preconcursal», op. cit., p. 567. (o inadmisión ad limine que es la consecuencia de la expresión que nosotros entendemos idónea: «exclusión») –el paréntesis es nuestro –.

²⁰⁷⁶ «(...) *enervación temporal de la legitimación para solicitar concurso necesario...*, así lo viene a denominar la profesora PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 577 y ss.

²⁰⁷⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 577 y ss.

el plazo del mes siguiente hábil (art. 5 bis 5), siempre y cuando, el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso voluntario (art. 15.3 II LC). En realidad, lo que ocurre es que, cuando el deudor decide ejercitar la *potestad o facultad* de solicitar el precurso, dicha situación jurídica nueva –la situación jurídica de precurso– (que se configura como excluyente –ex art. 5 bis–), *excluye* la posibilidad de que los acreedores o cualquier otro tercero legitimado inste la declaración de concurso necesario (art. 15.3 LC).

Por ello, desde un punto de vista técnico procesal, nosotros entendemos que la palabra adecuada para definir este trascendente efecto procesal –de protección– en el marco del precurso es la de: «exclusión»; pues, la presentación efectiva de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC) *excluye* –*ipso iure*– la posibilidad de que los deudores ejerciten su derecho a solicitar la declaración de concurso necesario frente al deudor, al menos, hasta que no trascurren tres meses desde su efectiva presentación (ex art. 15.3 I LC). En este sentido, la *exclusión* de la posibilidad de que los acreedores puedan instar la declaración de concurso necesario es uno de los efectos procesales que se desprende de la presentación del precurso (ex art. 15.3 I LC) y, cuya principal consecuencia es: la inadmisión *ad limine* de cualquier solicitud de concurso necesario instada por cualquier acreedores durante los tres meses de negociación del precurso (consecuencia lógico-procesal de la exclusión: la inadmisión *ad limine*) durante tres (3) meses (de tramitación del precurso) de las solicitudes de concurso necesario instadas por cualquier tercero legitimado distinto del deudor o, en el procedimiento regulado en el título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal (ex art. 15.3 I LC). Esta exclusión de solicitudes de concurso necesario mientras el deudor negocia con los acreedores en sede de precurso (durante los tres meses), coadyuvará, de alguna forma, a que las negociaciones se lleven a cabo en un clima de tranquilidad para las partes implicadas y, facilitará que las mismas lleguen a buen término, evitando que el deudor tenga la carga procesal de instar la solicitud de declaración judicial de concurso voluntario dentro del mes

siguiente hábil, tras el transcurso de los tres meses de las negociaciones (ex art. 5 bis 5).

En la actualidad, los acreedores y terceros legitimados podrán ejercitar su derecho a solicitar la declaración de concurso necesario *tras el transcurso* de los tres meses desde la formulación de la solicitud de precurso (ex art. 15.3 I LC). Las solicitudes de concurso necesario que se presenten tras el transcurso de los tres (3) meses, sólo se *proveerán* cuando haya vencido el pazo del mes hábil siguiente previsto en el artículo 5 bis 5, siempre y cuando el deudor no hubiera presentado a solicitud de concurso voluntario (ex art. 15.3 II LC). En el caso de que el deudor presente la solicitud de concurso dentro del mes siguiente hábil como así dispone el artículo 5 bis 5, dicha solicitud se tramitará conforme al artículo 14 de la Ley Concursal, es decir, como concurso voluntario (art. 15.3 II). Una vez que se ha declarado judicialmente el concurso, las solicitudes presentadas anteriormente y las que se presenten con posterioridad (se entiende que se trata de las solicitudes de declaración de concurso necesario) se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes (art. 15.3 II *in fine*).

3. Efectos sobre los procedimientos de ejecución

3.1. Tensión entre el derecho a la ejecución forzosa del acreedor y la facultad del deudor de prohibir o suspender las ejecuciones singulares en el precurso

Como es sabido el artículo 117.3 de la Constitución Española, declara que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos jurisdiccionales —*que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*— corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las Leyes, según las normas de procedimiento que las mismas establezcan». Según podemos observar, en nuestro Ordenamiento jurídico la función de *juzgar* y, eventualmente, la función de *hacer ejecutar lo juzgado* (cuando se requiera de actuaciones formales o materiales adicionales para lograr su plena eficacia²⁰⁷⁸),

²⁰⁷⁸ PÉREZ DEL BLANCO, G., *Ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo: doctrina y formularios*, ed. Del Blanco editores, León, 2003, p. 19.

únicamente puede ser atribuida a los integrantes del Poder Judicial, al asumir el Estado el monopolio de la potestad jurisdiccional²⁰⁷⁹; por todo ello, los justiciables cuando se proponen solicitar la tutela jurisdiccional deben acudir a los órganos integrantes del Poder judicial, titulares –en exclusiva– de esa función jurisdiccional, que en palabras del artículo 117 de la Constitución Española, se concreta en: «*Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*». Cuando un ciudadano acude a los juzgados y tribunales y obtiene la tutela jurisdiccional de carácter declarativo, podrá acudir a solicitar la tutela jurisdiccional de carácter «ejecutivo» –*si la primera requiriese de actuaciones formales o materiales para lograr su plena eficacia*²⁰⁸⁰–, solicitando así una nueva tutela jurisdiccional que conforma, en todo caso, un nuevo proceso²⁰⁸¹: «el de ejecución», autónomo y diferente al proceso declarativo en cuestión²⁰⁸². A la hora de buscar una definición a la importante función de: «*hacer ejecutar lo juzgado*» contenida en el artículo 117.3 de la Constitución Española, se podría definir, según PÉREZ DEL BLANCO, «como la actuación de proporcionar la tutela judicial de carácter ejecutivo al justiciable que la solicita con base en un título ejecutivo»²⁰⁸³.

De todo lo anteriormente apuntado se puede llegar a deducir que en nuestro Ordenamiento jurídico existe un verdadero «Derecho constitucional a la ejecución forzosa de sentencias firmes²⁰⁸⁴», es decir, todo justiciable tiene derecho a solicitar del juez la ejecución de la sentencia declarativa de condena firme²⁰⁸⁵, si ésta requiriese de actuaciones formales o materiales para lograr su

²⁰⁷⁹ DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 30.

²⁰⁸⁰ PÉREZ DEL BLANCO, G., *Ejecución forzosa de sentencias...*, op. cit., p. 19

²⁰⁸¹ MORENO CATENA, V., «La ejecución forzosa», en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., (autores), *Derecho Procesal civil. Parte general.*, ed. Tirant Lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2016., p.

²⁰⁸² Vid. PÉREZ DEL BLANCO, G., *Ejecución forzosa de sentencia...*, op. cit., p. 19.

²⁰⁸³ Vid. PÉREZ DEL BLANCO, G., *Ejecución forzosa de sentencias...*, op., cit., p. 19.

²⁰⁸⁴ RUIZ DE LA FUENTE, M^a.C., «El Derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes», en Cachón Cadenas-PICÓ I JUNOY, (coords.), *La ejecución civil: problemas actuales*, ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 21-22.

²⁰⁸⁵ Recordemos que en el proceso civil español no se despachará ejecución sobre sentencias mero declarativas y, sobre sentencias constitutivas (ex art. 521.1 LEC).

plena eficacia²⁰⁸⁶. Asimismo, el artículo 5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, De Enjuiciamiento Civil, regula las diferentes clases de tutelas jurisdiccionales previstas en el proceso civil español, entre las que se encuentra: «*la ejecución*», entendiéndola a la misma como el derecho de ejecución forzosa que todo justiciable tiene a la hora de alcanzar u obtener la plena eficacia de lo juzgado por el tribunal (v. gr.: sentencia firme declarativa de condena²⁰⁸⁷, *rectius*: título ejecutivo –ex art. 517 LEC–). Este Derecho a la ejecución forzosa viene a consistir en el derecho a que los órganos jurisdiccionales *lleven a cabo el «contenido»* del título de ejecución²⁰⁸⁸; además, dicho derecho es uno de los elementos integradores del genérico derecho fundamental *a la tutela judicial efectiva*²⁰⁸⁹ (ex art. 24.1 CE)²⁰⁹⁰, cuyo nacimiento queda supeditado, en todo caso, a la existencia de un *título de ejecución* (art. 517 LEC)²⁰⁹¹.

A pesar de que actividad de *ejecución forzosa* se constituye como contenido necesario del genérico Derecho fundamental *a la tutela judicial efectiva*

²⁰⁸⁶ PÉREZ DEL BLANCO, G., *Ejecución forzosa de sentencias...*, op. cit., p. 19.; MORENO CATENA, V., «Ejecución forzosa», op. cit., p. 403. Dicho autor afirma que la falta de eficacia de la ejecución forzosa

²⁰⁸⁷ Vid. en este sentido las importantes sentencias del Tribunal Constitucional STC 32/1982 FJ 2º; STC 33/1987, FJ 3º.

²⁰⁸⁸ CHIOVENDA, J., *Principios de derecho procesal civil, I* (traducción de Cassais Santalo), pp. 93 y ss.; PÉREZ DEL BLANCO, G., *Ejecución forzosa de sentencias...*, op. cit., p. 19.

²⁰⁸⁹ Así lo tiene reconocido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias: Vid., por todas, las SSTC 32/1982; 155/1985; 167/1987; 148/1989; 194/1993. También en la doctrina procesalista véase el fundamento y nociones de la ejecución de las sentencias elaborado por el profesor MORENO CATENA, V., «La ejecución forzosa», op. cit., p. 401., donde el autor trae a colación, a mayor abundamiento, las sentencias del Tribunal Constitucional: STC: 149/1989; 148/1989; 140/1989; 113/1989, que tienen declarado que el derecho a la ejecución forzosa se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como necesario contenido del mismo.

²⁰⁹⁰ En este sentido PÉREZ DEL BLANCO, G., *Ejecución forzosa de sentencias...*, op. cit., p. 20; DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema...*, op. cit., pp. 108-109.

²⁰⁹¹ Como bien define el profesor MORENO CATENA el título ejecutivo es el presupuesto básico para iniciar las actividades de ejecución forzosa, que se concreta en la existencia de un documento donde resulta determinada una obligación o un deber, cuyo cumplimiento puede exigirse de una persona (deudor ejecutado), a favor de otra (acreedor ejecutante). Vid. MORENO CATENA, V., «La ejecución forzosa» en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA V. (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte General*, ed. Tirant Lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2010, pp. 395-396.

(ex art. 24.1 CE)²⁰⁹², es posible que este Derecho a la ejecución forzosa que tiene todo justiciable a la hora de obtener la plena eficacia de la sentencia firme que ha reconocido su derecho, pueda encontrarse, en ocasiones, con incidencias y limitaciones temporales que atenúen o enerven su vigencia (a través de *prohibición de incoar ejecuciones y/o a través suspensión de las ejecuciones en curso*), como, por ejemplo, con las limitaciones o incidencias con las que se puedan encontrar cuando, efectivamente, se declara judicialmente el concurso de un deudor (ex arts. 55 y 56 LC).

La declaración judicial de concurso produce unos efectos (la prohibición de iniciar ejecuciones o la suspensión de ejecuciones en curso, salvo a las ejecuciones instadas por acreedores con garantía real –ex art. 55 LC–) sobre las ejecuciones forzosas –ejecuciones sobre bienes necesarios y ejecuciones singulares: judiciales o extrajudiciales– que se han incoado o que se pretenden incoar frente al patrimonio del deudor concursado (art. 55 LC). Asimismo, desde la reforma concursal llevada a cabo en el año 2014²⁰⁹³, estas incidencias o limitaciones al derecho de ejecución forzosa también se extienden a la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 4 LC), ya que, con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo²⁰⁹⁴, se introdujo, entre otras, la posibilidad

²⁰⁹² Así lo explica el profesor MORENO CATENA, V., «La ejecución forzosa», op. cit., p. 383; Sobre la cuestión, véanse por todas las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional, SSTC 77/1983; 159/1987; 58/1988; 119/1988; 12/1989; 189/1990; 1/1991; 242/1992; 91/1993.

²⁰⁹³ En el año 2014, se llevaron a cabo diversas reformas concursales a través de la promulgación del Real Decreto 4/2014, de 7 de marzo, *por el que se adoptan medidas en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.*, que posteriormente fue convalidada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, *por el que se adoptan medidas en materia de refinanciación y reestructuración de deudora empresarial.*

²⁰⁹⁴El apartado 4º del artículo 5 bis de la Ley Concursal quedó redactado de esta manera tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto 4/2014, de 7 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que, posteriormente, se convalidó por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial:

«Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial

de suspender y/o prohibir la incoación de determinadas ejecuciones dirigidas frente al patrimonio del deudor con la presentación de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 4 LC), en aras a facilitar y a garantizar el buen fin de las negociaciones concursales con los acreedores, contribuyendo, de alguna manera, a propiciar un clima idóneo de negociación, que finalmente permita al deudor alcanzar una refinanciación o, una reestructuración de su pasivo en el seno del procedimiento de concurso²⁰⁹⁵. Posteriormente, debido a la problemática²⁰⁹⁶ que planteaba la parca redacción del apartado 4º del artículo 5 bis de la Ley Concursal (introducida por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo²⁰⁹⁷), sobre todo en cuanto a qué se debía entender por bien necesario y,

dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente.

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

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado.

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

²⁰⁹⁵ GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la ley Concursal...», op. cit., p 100; GURREA MARTÍNEZ, L., «La problemática paralización de las ejecuciones tras la reforma del artículo 5 bis de la Ley Concursal por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, en *e-Dictum*, n.º 34, agosto de 2014; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «las soluciones concursales», en FDEZ. RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 47 y ss.

²⁰⁹⁶ Algunos de los problemas que se planteaban con la primera redacción del apartado 4º del artículo 5 bis introducida por el Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo, de que debe entenderse por bien necesario y qué juzgado es el competente para declarar si un bien es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, como así lo manifiestan algunos autores como SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones...», op. cit., p. 88; GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «El nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma de 2014», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2014, p. 1-15; GURREA MARTÍNEZ, L., «La problemática paralización de las ejecuciones tras la reforma del artículo 5 bis de la Ley Concursal por el RDL 4/2014, de 7 de marzo», en *e-DICTUM*, n.º 32, agosto 2014.

²⁰⁹⁷ Real Decreto 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE n.º 58, de 8 de marzo de 2014, que posteriormente fue convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por el que se adoptan medidas en materia de refinanciación y reestructuración de deudora empresarial, BOE 238, de 1 de octubre de 2014.

cuál sería el juzgado competente para declarar dicho bien como necesario, dicho precepto fue modificado, por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, para intentar dar claridad a la aplicación de apartado 4º del artículo 5 bis de la Ley Concursal ²⁰⁹⁸.

El legislador concursal, a través de las diversas reforma concursales de los años 2014 y 2015²⁰⁹⁹, ha querido reforzar la operatividad del procedimiento

²⁰⁹⁸ Se modifica el apartado 4 del artículo 5 bis por la ley 9/2015, de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal, BOE n.º 125, de 16 de mayo de 2015, quedando redactado de la siguiente manera: «4. Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias: a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1; b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; c) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; e) o tenga lugar la declaración de concurso.

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

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

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

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

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

²⁰⁹⁹ Mediante el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE n.º 58, de 8 de marzo de 2014; Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE n.º 238, de 1 de octubre de 2014; El Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, BOE n.º 217 de 6 de octubre de 2015; Ley 9 /2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, BOE n.º 125, de 26 de mayo de 2015; El Real Decreto-Ley 1/2015,

de precurso²¹⁰⁰ (ex art. 5 bis) estableciendo un espacio idóneo –*evitando* las interferencias que pudieran provocar las ejecuciones forzosas *inminentes o en curso* dirigidas frente al patrimonio del deudor– para llevar a cabo, con garantías, las negociaciones con los acreedores (ex art. 5 bis LC), otorgando un «clima» de protección al deudor dentro del delicado espacio temporal de tres meses que otorga el precurso (art. 5 bis 5 LC), en el que el deudor trata de remover su estado de insolvencia (mediante la posibilidad de suscribir los diversos negocios jurídicos que la Ley pone a su disposición –ex art. 5 bis 1 LC–), evitando, con ello, la declaración judicial de concurso (art. 5 bis 5 LC).

Estas incidencias o limitaciones sobre las ejecuciones singulares (judiciales o extrajudiciales) en procedimientos concursales no son una ingeniosa y novedosa idea creada *ex novo* por el legislador concursal del año 2014, para facilitar y garantizar un buen clima para las negociaciones en sede de precurso, sino que las mismas vienen a ser el vivo reflejo de viejos antecedentes históricos, como lo son los efectos que producían las viejas solicitudes de los procedimientos preventivos de «antano»: i) La solicitud de quita y espera y, ii) la solicitud de suspensión de pagos²¹⁰¹. Efectivamente, el artículo 1135 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ya establecía una suspensión de las ejecuciones parecida a la que se regula en nuestro actual artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal; dicho precepto disponía que la solicitud del procedimiento de quita y espera producía, siempre que lo pidiera el deudor, la *suspensión de las ejecuciones pendientes* en el momento anterior a la subasta (ex art. 1135 LEC de 1881), con excepción de las ejecuciones contra bienes

de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera u otras medidas de orden social BOE n.º 51, de 28 de febrero de 2015, convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, BOE n.º 180, de 29 de julio de 2015.

²¹⁰⁰ Con la promulgación del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, se buscaba favorecer las reestructuraciones y las refinanciaci3nes de empresas viables que desde un punto de vista financiero se encontraran altamente endeudadas.

²¹⁰¹ Vid. los trabajos de HERCE QUEMADA, V., «La quita y espera», en G3MEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (autores), *Derecho procesal civil*, vol. II, ed. Madrid, 1979, pp. 191 y 201; CORT3S DOM3NGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera...», op. cit., pp. 200 y 204

especialmente hipotecados (ex art. 1136 LEC de 1881). Dicha suspensión de las ejecuciones parecía a los dos meses de decretarse, si es que en ese plazo no se hubiese alcanzado un acuerdo entre el deudor y los acreedores (ex art. 1136 LEC de 1881)²¹⁰². Igualmente, en el procedimiento de suspensión de pagos también se regulaba, de forma análoga a la suspensión de las ejecuciones prevista en el actual artículo 5 bis 4 de la vigente Ley Concursal, el artículo 9 IV de la derogada Ley de Suspensión de Pagos de 1922, que venía a establecer que al tener por solicitada la suspensión de pagos se suspendían las ejecuciones de las sentencias en procesos declarativos ordinarios o especiales, excepto los supuestos en los que se persiguiera bienes especialmente hipotecados o pignorados (ex art. 9 IV LSP de 1922)²¹⁰³.

Tras todo lo expuesto, podemos afirmar que, una de las medidas más relevantes e interesantes que el legislador concursal introdujo, a través del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo (Convalidado por la ley 17/2014, de 30 de septiembre), es la *limitación* (o incidencia) que la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 4 LC) genera sobre las ejecuciones forzosas en *curso o inminentes*, que los acreedores hayan instado o que pretendan instar frente al patrimonio del deudor en situación jurídica de precurso (ex art. 5 bis 4 LC).

A continuación, en los siguientes subepígrafes trataremos de poner de relieve las incidencias y los efectos que produce la presentación de la solicitud de precurso de un deudor frente a las ejecuciones forzosas singulares que los acreedores pretendan instar o hayan instado frente a su patrimonio (ex art. 5 bis 4 LC). En este sentido es importante destacar que, como pone de relieve GASCÓN INCHAUSTI, el artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal establece tres tipos de límites (o incidencias) sobre las ejecuciones singulares – sean judiciales o extrajudiciales –: i) La prohibición de la incoación de la ejecución; ii) la incoación con efectos limitados y, iii) la suspensión de las ejecuciones en

²¹⁰² Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Ibídem...».

²¹⁰³ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Ibídem...».

curso²¹⁰⁴. Además, estas limitaciones, también pivotan sobre otros dos límites establecidos por el legislador: i) el límite objetivo: en el sentido de que no se verán afectados por los límites anteriores, los procedimientos ejecutivos (judiciales o administrativos) que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público (ex art. 5 bis 4 VI LC) y, ii) el límite temporal, pues dichos efectos solo perdurarán durante los plazos que se establecen en el apartado 4º I y en el apartado 5 del artículo 5 bis de la Ley Concursal²¹⁰⁵.

3.2. La gran trascendencia de los efectos de la solicitud de precurso sobre las ejecuciones singulares judiciales y extrajudiciales (art. 5 bis 4 LC)

Como podemos observar, el artículo 5 bis 4 de la ley Concursal pone a disposición del deudor un eficiente instrumento de gran trascendencia para proteger sus negociaciones con los acreedores en el seno del procedimiento de precurso, ya que le permite bajar la presión que los procesos de ejecución provoca pudiendo negociar sin el apremio sobre sus bienes; se trata de un efecto procesal que puede desencadenar la posible suspensión o la prohibición de iniciar determinadas ejecuciones, lo que supone una consecuencia inmediata y directa que deberán soportar todos los acreedores que han visto como su deudor ha instado la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 1). Es cierto que en los procedimientos preventivos precursoales hay que buscar un equilibrio entre deudor y acreedores²¹⁰⁶ para fomentar o propiciar un ambiente de tranquilidad que permita a los mismos componer los acuerdos o los convenios que, en puridad, permitan la reestructuración o refinanciación del pasivo en el seno del procedimiento del precurso. Una medida que equilibra la balanza entre el deudor y los acreedores en sede de precurso es la prohibición de incoación y la suspensión de ejecuciones, instadas frente a patrimonio del deudor (ex art. 5 bis 4 LC)²¹⁰⁷, pues, evita, de algún modo, que los acreedores, al

²¹⁰⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 90.

²¹⁰⁵ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 90.

²¹⁰⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Precuralidad y reestructuración...*, (2ª edición), op. cit. p. 580.

²¹⁰⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, p. 580.

detectar las dificultades económicas por las que atraviesa su deudor, decidan ejecutar sus garantías provocando un agravamiento –acelerado– de la situación de insolvencia del deudor, haciendo fracasar, por tanto, las negociaciones preconcursales que pudiera estar llevando a cabo el deudor con el resto de acreedores. A pesar de que el considerando *décimo octavo* (18) de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia empresarial ²¹⁰⁸, ha visto siempre con buenos ojos dicha limitación sobre las ejecuciones instadas por los acreedores ante la situación de negociación preconcursal, ha afirmado que, en orden a garantizar un justo equilibrio entre los derechos del deudor y de los acreedores, dicha suspensión no se debería conceder por un periodo superior a cuatro meses. En este sentido nuestro sistema concursal cumple con dicha expectativa, al no superarse, en sede de concurso, los cuatro meses de suspensión y/o prohibición de las ejecuciones singulares que los acreedores hubieran instado frente al patrimonio del deudor (art. 5 bis 4).

Por otro lado, también es cierto que, a pesar de las ventajas y los beneficios que puedan derivarse de la aplicación de las limitaciones establecidas en el artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal, debemos decir que la suspensión y/o prohibición de determinadas ejecuciones pueden convertirse en un instrumento poderosísimo (que se puede obtener con relativa facilidad, presentando una solicitud de concurso, sin tener que acreditar ningún extremo de la misma) para el deudor que utiliza el concurso de forma abusiva o fraudulenta, sin ninguna intención de negociar con los acreedores²¹⁰⁹,

²¹⁰⁸ El considerando 18º de la recomendación de unión europea de 12 de marzo de 2014, decía lo siguiente: «El deudor podría solicitar al órgano jurisdiccional la suspensión de las acciones de ejecución individuales y del procedimiento de insolvencia cuya incoación ha sido solicitada por los acreedores cuando tales medidas puedan afectar negativamente a las negociaciones y ensombrecer las perspectivas del proceso de reestructuración de la empresa del deudor. Ahora bien, para lograr un justo equilibrio entre los derechos del deudor y de los acreedores, teniendo en cuenta la experiencia de las reformas recientes en los Estados miembros, la suspensión debería concederse inicialmente por un período no superior a cuatro meses».

²¹⁰⁹ En contra, poniendo de relieve la importancia de que el deudor debe justificar entre otros extremos de su solicitud de concurso, el inicio de las negociaciones con los acreedores, no valiendo la mera intención de iniciarlas, sino que se debe aportar un mero principio de prueba con el que se puede entrever o presumir la existencia de las mismas. Vid. AJM de Jaén

simplemente, con el objeto de ganar tiempo para preparar tranquilamente la solicitud de declaración de concurso voluntario (evitando incurrir en responsabilidad por infringir el deber de solicitar el concurso); en este sentido, ya nos hemos pronunciado en otra sede²¹¹⁰, sobre los problemas que podría generar la posibilidad de que los deudores *in malam partem* busquen acogerse a la situación jurídica de precurso, sin intención alguna de negociar con los acreedores, con el único objeto de suspender rápida y estratégicamente determinadas ejecuciones (ex art. 5 bis 4), para ganar tiempo en aras a preparar la solicitud de concurso voluntario sin las interferencias que pudieran ocasionar las ejecuciones inminentes o que estuvieran en curso frente a su patrimonio.

En definitiva, dicho instrumento podría ser concebido por los deudores «desaprensivos» como un «poderoso arma» que les permita, de forma rápida y estratégica, suspender y/o prohibir la incoación de determinadas ejecuciones (que se dirigen frente a su patrimonio), sin tener derecho a ello, pues, el objeto de esta posibilidad, *rectius*: facultad²¹¹¹, sólo va dirigido a propiciar un clima idóneo para llevar acabo las negociaciones en el seno del precurso (ex art. 5 bis 4); por lo tanto, solamente se podrán beneficiar de esta posibilidad, los deudores que acuden al procedimiento de precurso con claras intenciones de negociar con los acreedores, «poniendo toda la carne el asador», con el objetivo de alcanzar un acuerdo con los acreedores, que les permita formalizar

de 12 de marzo de 2015, dictado por el Juez-Magistrado Luis SHAW MORCILLO), que viene a decir que el deudor que pretenda del juez de lo mercantil (competente para declarar un bien necesario) una declaración de necesidad de determinados bienes o derechos concretados en su solicitud de precurso (ex art. 5 bis), tiene que acreditar —no de una forma completa ni que tuvieran que ser exitosas—, al menos, que ha iniciado las negociaciones con sus acreedores, con una mera juficación de las mismas, para ver que las responden a una realidad y no a una mera figuración con finalidad fraudulenta. Por lo tanto, hace hincpie que el artículo 5 bis de la Ley Concursal dice que: «*ha iniciado negociaciones...*», por lo tanto, las mismas deben de haber incoado en el momento de la presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC), por ello, ante la inexistencia de negociaciones procede denegar la declaración de necesario respecto de los bienes tal y como pretendía el deudor en su solicitud de precurso. En conclusión, para que el deudor pueda hacer valer de los efectos de protección debe acreditar, entre otros extremos, el inicio de negociaciones con los acreedores, que es lo que activa que se desencadenen los todos los efectos que se dependen del precurso.

²¹¹⁰ GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma...», op. cit. p. 100, concretamente la nota a pie de página n.º 94.

²¹¹¹ SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit. p. 87-88.

la suscripción de: i) un acuerdo de refinanciación (ex art. 71 bis 1, Disp. Adicional 4ª); un acuerdo extrajudicial de pagos o, adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (ex art. 5 bis 1).

Además, como ya hemos apuntado, con la mera presentación de la solicitud de concurso un deudor desaprensivo puede obtener la suspensión de determinadas ejecuciones (art. 5 bis 4), sin tener que acreditar la veracidad de ninguno de los extremos aducidos en su solicitud de concurso (ex art. 5 bis 4). Sobre la facilidad con la que un deudor se puede acoger al concurso, sin tener que acreditar ninguno de los extremos aducidos en su solicitud de concurso ya nos hemos manifestado en epígrafes anteriores; en este sentido, los deudores podrían, fácilmente, solicitar el concurso y obtener sin ninguna *cortapisa* la suspensión o la prohibición de incoar determinadas ejecuciones (ex art. 5 bis 4).

La suspensión y/o prohibición de incoar determinadas ejecuciones con la presentación de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 4) es un efecto procesal de tal relevancia y trascendencia que, a nuestro entender, sería necesario que el deudor acreditara todos y cada uno de los extremos que aduce en su solicitud de concurso, para poder beneficiarse de todos y cada uno los efectos procesales que se despliegan con la misma (ex art. 5 bis); en puridad, los efectos de protección que se despliegan con la presentación de la solicitud de concurso son de tal trascendencia para el deudor y, sobre todo, para los acreedores que, a nuestro juicio, todo deudor que quisiera beneficiarse de los mismos en el seno del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC), debe acreditar —con un mínimo *principio de prueba*: prueba semiplena o mera justificación²¹¹²— todos los hechos y extremos aducidos en su solicitud de

²¹¹²En este sentido somos partidarios de una tesis más formalista o procesal, al entender que el deudor debe acreditar con una *prueba semiplena o una mera justificación* todos y cada uno de los hechos o extremos que declara en su solicitud de concurso (ex art. 5 bis), para poderse beneficiar de los efectos procesales de protección que se desencadenan con la presentación de concurso (ex art. 5 bis LC), El principal autor que ha defendido la tesis procesalista o forma es el que fuera, en día, Magistrado del CGPJ especialista en asuntos de lo Mercantil GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», p. 120; Sobre la exigencia de acreditar los requisitos en la solicitud de concurso, véase, en la jurisprudencia menor véanse los paradigmáticos Autos del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, de 11 de mayo de 2009 (

preconcurso. Entendemos que, el deudor en su solicitud de concurso procediera a acreditar con un mínimo *principio de prueba*; i) su verdadero estado de insolvencia; también, entendemos necesaria la acreditación de: ii) que dicho deudor no ha solicitado ninguna solicitud de concurso en los doce (12) meses anteriores a la presentación de la solicitud de concurso que se pretende instar; por otro lado, también deberá acreditar, iii) que, efectivamente, ha iniciado las negociaciones con los acreedores (pues para ese fin se abre el espacio temporal de tres meses que otorga el concurso (ex art. 5 bis); y, sobre todo, será necesario, a nuestro entender, iv) que se relacionen —con rigor— todas las ejecuciones *litispendentes* dirigidas contra el deudor y, además, se indiquen y justifiquen las ejecuciones en curso que se sigan contra bienes o derechos que tengan la consideración de necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (ex art. 5 bis 4 II); en caso de que se solicite por parte del deudor la suspensión de ejecuciones singulares (judiciales o extrajudiciales) promovidas por acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, sobre cualquier bien o derecho del patrimonio del deudor (que no sea necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor), deberá acreditar expresa y documentalmente la existencia de que al menos el cincuenta y uno (51%) por ciento de los titulares de pasivos financieros han apoyado la apertura de las negociaciones en el seno del concurso, encaminadas a la suscripción de un acuerdo de refinanciación, y que éstos se han comprometido, expresamente, a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia —*stand still* convencional: este último compromiso también debe quedar recogido en el documento que acredite tal extremo— (art. 5 bis 4 IV LC).

y 30 de junio de 2009; también, así lo parece entender la profesora SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., pp. 88 y 104, ya que manifiesta que, aunque el precepto no exige la acreditación de ninguno de los extremos declarados en la solicitud de concurso, entiende que la mera declaración del deudor, hace que se beneficie de este efecto procesal sin una mínima justificación. En cuanto a la definición y alcance de la *prueba semiplena o mera justificación* consúltese a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La prueba», en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte general*, ed. Tirant Lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2010 p. 187.

3.3. El derecho de ejecución versus la facultad del deudor de solicitar la suspensión o prohibición del proceso de ejecución

Como hemos podido ver, cuando un deudor ejercita su facultad²¹¹³ o potestad de solicitar el precurso (ex art. 5 bis), nace una nueva situación jurídica: «la situación jurídica de precurso», frente a la que los acreedores nada pueden hacer y, lo que es más relevante, no pueden evitar²¹¹⁴. Asimismo, el deudor, a la hora de presentar la solicitud de precurso, también tiene la *facultad* de poder solicitar o pedir al letrado de la Administración de Justicia, la suspensión o la prohibición de iniciar determinadas ejecuciones que se dirigieran sobre su patrimonio; por lo tanto, el derecho a la ejecución forzosa que los acreedores tienen frente a una sentencia declarativa firme puede verse *limitado o suspendido temporalmente* (cede temporalmente) en el momento en el que el deudor decide ejercitar su *facultad de solicitar el precurso* (ex art. 5 bis)²¹¹⁵. Este paréntesis o espacio de protección de tres (3) meses que se crea con la solicitud de precurso, en cierta medida coadyuva a que el deudor y los acreedores puedan llevar a cabo las negociaciones sin la tensión que podrían provocar las ejecuciones inminentes o en curso promovidas por los acreedores

²¹¹³ Cuando el deudor decide instar la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), está ejercitando una facultad o potestad (ejercicio de un derecho *potestativo al cambio jurídico*), con la que produce el nacimiento de una nueva situación jurídica: «la situación jurídica de precurso», sobre la que los acreedores nada pueden hacer y, lo que es más relevante, no pueden evitar. En este sentido se pronuncian CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., pp. 171-172; el mismo autor así lo definía también con respecto a los procedimientos de quita y espera y suspensión de pagos que, a nuestro juicio, son los antecedentes históricos del actual procedimiento de precurso, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera...», op. cit., p. 198; SENES MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco...», op. cit., p. 87; de la misma autora, vid. SENES MOTILLA, C., «Limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de las negociaciones con acreedores», en *ADco*, n. 33, septiembre-diciembre, 2014, p. 2.

²¹¹⁴ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera...», op. cit., p. 198; *ibidem.*, «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 171-172.

²¹¹⁵ SENES MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco...», op. cit., pp. 87 y ss.; de la misma autora, vid. SENES MOTILLA, C., «Limitación del derecho a la ejecución forzosa...», op. cit., pp. 1-17; como efecto de la comunicación de las negociaciones con acreedores», en *ADco*, n. 33, septiembre-diciembre, 2014, p. 2; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., pp. 90 y ss.; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., La última reforma de la Ley Concursal..., op. cit., pp. 99-101; MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales de la práctica concursal*, ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 48 y ss.

dirigidas frente al patrimonio del deudor; por todo ello, el anterior efecto procesal (ex art. 5 bis 4 LC), junto a la exclusión de las solicitudes de concurso necesario instadas por terceros legitimados distintos del deudor (ex art. 15.3 LC), son dos de los efectos procesales más relevantes que se pueden obtener con la –mera– presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis); por ello, entendemos que, a pesar que la norma no exige que el deudor acredite ninguno de los hechos o extremos que declara en la solicitud de precurso, para que el deudor pueda beneficiarse de los mismos, deberá acreditar con *un mínimo principio de prueba*: «una prueba semiplena o mera justificación», todos y cada uno de los extremos declarados en la solicitud de precurso²¹¹⁶.

A pesar de que desde un punto de vista técnico procesal la presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC) se configura como causa de suspensión legal de las ejecuciones *litispendentes* (art. 565.1 LEC), pus como se puede observar, el artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal establece expresamente la posibilidad de suspender determinadas ejecuciones, creemos que el efecto de suspensión o de prohibición de las ejecuciones es de tal relevancia que, no debía otorgarse a cualquier deudor por el mero hecho de presentar la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC), sin necesidad de acreditar ni justificar ninguno de los hechos o extremos declarados en dicha la misma (ex art. 5 bis LC). Como ya hemos defendido a lo largo del presente trabajo, no se puede permitir que deudores utilicen el precurso en fraude de ley, con el único objeto de suspender ejecuciones inminentes o en curso que se dirijan frente a su

²¹¹⁶ El principal autor que ha defendido la tesis procesalista o formal es el que fuera, en día, Magistrado del CGPJ especialista en asuntos de lo Mercantil GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3...», p. 120; Sobre la exigencia de acreditar los requisitos en la solicitud de precurso, véase, en la jurisprudencia menor véanse los paradigmáticos Autos del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, de 11 de mayo de 2009 (y 30 de junio de 2009; también, así lo parece entender la profesora SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., pp. 88 y 104, ya que manifiesta que, aunque el precepto no exige la acreditación de ninguno de los extremos declarados en la solicitud de precurso, entiende que la mera declaración del deudor, hace que se beneficie de este efecto procesal sin una mínima justificación. En cuanto a la definición y alcance de la *prueba semiplena o mera justificación* consúltese a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La prueba», en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte general*, ed. Tirant Lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2010 p. 187.

patrimonio, para ganar tiempo (huida hacia delante) y, preparar la solicitud de concurso voluntario en ese espacio temporal. El procedimiento de concurso desencadena una serie de efectos procesales de tal relevancia y trascendencia para el deudor y, sobre todo, para los acreedores que, ante la situación jurídica de concurso en la que se coloca su deudor, no pueden hacer nada y, lo que es más importante, no pueden evitar. Por ello, creemos que los efectos de protección que se desencadenan con la solicitud de concurso, no se deben otorgar automáticamente a cualquier deudor que no presenta un mínimo atisbo de viabilidad empresarial a corto o medio plazo y, además, sin que justifique, al menos, con un *principio de prueba* todos los hechos o extremos declarados en la solicitud de concurso.

Según el actual tenor literal del artículo 5 bis de la Ley Concursal, todo vale, cualquier deudor puede acogerse al concurso, incluso, sin tener derecho a ello, pudiéndose beneficiar de todos los efectos de protección derivados de la solicitud de concurso y utilizando el procedimiento en fraude de ley, para ganar tiempo, eludir una posible responsabilidad concursal (art. 165.1-1º y 172 bis LC) y, garantizarse acudir a una ulterior declaración de concurso *voluntario* bien preparada –o no–, tras el vencimiento del plazo de tramitación del concurso (ex art. 5 bis 5 LC); es cierto que, según se configura el procedimiento de concurso actual, un mal uso del mismo pasará factura a dicho deudor en el seno del posterior proceso concursal, cuando se abra la sección de calificación del concurso, donde verdaderamente se analizará la actuación del deudor a la hora de solicitar el concurso (ex art. 163 y 172 bis LC), es lo que algunos autores definen como control de los requisitos a posteriori²¹¹⁷. En este sentido no estamos de acuerdo con esta posición, pues, ¿por qué dejar el control a posteriori, cuando se podrían controlar los requisitos y presupuestos del concurso en el momento de la admisión de la solicitud evitando solicitudes fraudulentas?; ante esta tesitura y, en aras a evitar la aberrante posibilidad de que el procedimiento de

²¹¹⁷ Vid. AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, op. cit., pp. 85;

preconcurso se convierta en un verdadero «colador» en el que cualquier manifestación o declaración realizada por el deudor en su solicitud de concurso, sin la exigencia de aportar un principio de prueba que justifique su veracidad o existencia, permita acceder a la situación jurídica de concurso a cualquier deudor *in malam partem* que no tenga ni la más mínima intención de negociar nada con los acreedores y, lo más «aberrante», no tenga intención de refinanciar ni reestructurar su pasivo. Por ello defendemos la idea de que el deudor en su solicitud de concurso, deberá acreditar o justificar con un mero principio de prueba todos los extremos de su solicitud para que el letrado de la Administración de justicia pueda, de manera indiciaria, controlar los mismos en el momento de la presentación de la misma, para ello proponemos lo siguiente:

- a) En primer lugar, el deudor deberá justificar que se *han iniciado las negociaciones* con los acreedores; la justificación de este extremo es de suma importancia puesto que si las negociaciones no se hubieran iniciado o no se justificaran debidamente en la solicitud de concurso, en teoría no se debían activar todos los efectos de protección que se desencadenan con la solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC); en este sentido no sería necesario aportar un documento público en el que se plasmaran todas las negociaciones llevadas a cabo con los acreedores (ya culminadas) en aras a formalizar un acuerdo de refinanciación o, para la negociación de adhesiones a una un propuesta *anticipada definitiva* (tampoco se exige que haya un propuesta definitiva y firme), simplemente valdría con una *mera justificación o prueba semiplena*, por ejemplo: la aportación de los correos electrónicos que se haya cruzado el deudor con sus acreedores, los burofaxes, o cualquier acta o documento del que se desprenda inequívocamente la existencia de conversaciones con los distintos acreedores en aras a llegar a un acuerdo entre los intervinientes. La acreditación del inicio de las negociaciones

(ex art. 5 bis LC) es a nuestro juicio de extrema relevancia, puesto que del cumplimiento de dicho presupuesto depende la activación de todos los efectos de protección que se derivan de la presentación de la solicitud de concurso y, por tanto, si a juicio de un juzgado de lo mercantil competente al que se le solicita la declaración de necesario de determinados bienes señalados por el deudor²¹¹⁸ – en su solicitud de concurso –, entendiera que no se cumple dicho presupuesto o requisito (de haber incoado las negociaciones con los acreedores), el juzgado podría denegar la declaración de necesario de dichos bienes

- b) En segundo lugar, el deudor debería justificar su estado de insolvencia concretando en el momento de la presentación de la solicitud de concurso (insolvencia actual, inminente o preinsolvencia). Para ello, podría aportar –junto a la solicitud de concurso– una copia de los estados financieros intermedios del ejercicio y los balances actualizados a la fecha de la solicitud.
- c) En el caso de que el deudor haya solicitado el concurso para alcanzar adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá acreditar que no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones para

²¹¹⁸ Vid. AJM de Jaén de 12 de marzo de 2015, dictado por el Juez-Magistrado Luis SHAW MORCILLO), que viene a decir que el deudor que pretenda del juez de lo mercantil (competente para declarar un bien necesario) una declaración de necesidad de determinados bienes o derechos concretados en su solicitud de concurso (ex art. 5 bis), tiene que acreditar –no de una forma completa ni que tuviera que ser exitosa –, al menos, que ha iniciado las negociaciones con sus acreedores, con una mera justificación de las mismas, para ver que las responden a una realidad y no a una mera figuración con finalidad fraudulenta. Por lo tanto, hace hincapié que el artículo 5 bis de la Ley Concursal dice que: «*ha iniciado negociaciones...*», por lo tanto, las mismas deben de haber incoado en el momento de la presentación de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC), por ello, ante la inexistencia de negociaciones procede denegar la declaración de necesario respecto de los bienes tal y como pretendía el deudor en su solicitud de concurso. En conclusión, para que el deudor pueda hacer valer de los efectos de protección debe acreditar, entre otros extremos, el inicio de negociaciones con los acreedores, que es lo que activa que se desencadenen los todos los efectos que se dependen del concurso.

presentar propuesta anticipada de convenio, sobre todo, deberá acreditar que ha cumplido con su deber legal de presentar las cuentas anuales (ex art. 105.1-2º LC). Dicho extremo se podría justificar, perfectamente, adjuntando una certificación expedida por el Registro Mercantil y, además, la infracción de dicho deber, podría ser fácilmente subsanable. Lo que no sería subsanable sería que el deudor hubiera sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, o contra los derechos de los trabajadores. Este extremo también fácilmente justificable por el propio deudor; si el deudor fuera persona natural, simplemente tendría que aportar una copia expedida por el Ministerio de Justicia de antecedentes penales (recordando que la prohibición se activa cuando la sentencia de condena es firme); en caso de que el deudor sea una persona jurídica, se tenía que adjuntar copia expedida por el Ministerio de Justicia de antecedentes penales de los administradores, liquidadores o, de quienes los hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio (ex art. 105.1-1º *in fine* LC).

- d) Deberá justificar, de alguna manera, que la empresa no ha solicitado durante los 12 meses anteriores ninguna solicitud de concurso anterior a la que se pretende instar (art. 5 bis 6 LC). Se podría aportar fácilmente un pantallazo de búsqueda del *Registro Público Concursal*, que podrá corroborar rápida y fácilmente el Letrado de la Administración de Justicia.
- e) A la hora de relacionar en la solicitud de concurso todas las ejecuciones inminentes o que estuvieran en curso frente a su patrimonio, deberán concretar el número de procedimiento y ante que órgano jurisdiccional se tramitan. Además, deberá

justificar: i) cuáles de los procesos de ejecución relacionados se dirigen contra bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor; para ello deberá argumentar por qué entiende que el bien es necesario para la continuidad empresarial o profesional. Otro de los extremos que exige justificación en la solicitud de precurso, se da cuando el deudor pretenda suspender las ejecuciones singulares (judiciales o extrajudiciales), promovidas por acreedores titulares de pasivos financieros a los que se refiere al Disp. Adicional cuarta, sobre cualquier otros bienes o derechos (distintos a los necesarios), deberá acreditar para obtener la suspensión de dichas ejecuciones, que el cincuenta y uno (51%) por ciento de los acreedores titulares de pasivo financiero han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción de un acuerdo de refinanciación, y el compromiso de éstos (*stand still*) a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia. En este sentido, el deudor deberá acreditar, adjuntando a la solicitud de precurso, un documento firmado por todos los intervinientes en la negociación, que concurre el *quorum* del cincuenta y uno (51%) por ciento de los acreedores titulares de pasivos (Disp. Adicional cuarta) financieros que ha apoyado la apertura de negociaciones para suscribir un acuerdo de refinanciación; en dicho documento justificativo, también deberá aparecer reflejado el compromiso por parte de los acreedores de no ejecutar sus posiciones activas en tanto se negocia (*stand still*).

3.4. Las ejecuciones sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor

3.4.1. Tratamiento procesal y actuaciones *ex officio*

El artículo 5 bis 4 I de la Ley Concursal dispone que desde la presentación de la solicitud de precurso no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales que se dirijan sobre bienes o derechos²¹¹⁹ que resulten *necesarios*²¹²⁰ para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias: i) se formalice el acuerdo de refinanciación del artículo 71 bis 1; ii) se dicte providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; iii) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; iv) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; o, v) tenga lugar la declaración judicial de concurso (art. 5 bis 4 I LC).

Como podemos observar esta prohibición de la incoación de las ejecuciones que opera desde la presentación de la solicitud de precurso, sólo está contemplada para las ejecuciones proyectadas sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (ex art. 5 bis 4 I y art. 568.1 LEC). Por lo tanto, sólo se impide la incoación de la ejecución cuando ésta se proyecte *exclusivamente* sobre bienes y derechos que tengan la condición de bienes necesarios²¹²¹. Cuando no sea así (no se proyecten exclusivamente sobre bienes y derechos que tengan la condición de «necesarios»), el contenido de la Ley no impide que puedan incoar

²¹¹⁹ En la primera redacción del apartado 4º del artículo 5 bis, introducida por Real Decreto-Ley 4/2014, no estaba prevista la palabra «derechos», sería posteriormente, al convalidarse dicho Real Decreto-Ley 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, cuando se introduciría también la palabra «derechos».

²¹²⁰ Si consultamos el Diccionario de la Lengua española de la Real Academia Española, y buscamos el significado de necesario, reza lo siguiente: «Dicho de una persona o una cosa: que hace falta indispensablemente para algo». Vid., en el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, ed. Espasa, 23ª edición, Barcelona, 2014., p. 1527. Un bien o un derecho del deudor tendrá la consideración de necesario, cuando sea indispensable para dar continuidad a la actividad profesional o empresarial del deudor, en el seno del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis 4 LC). En la jurisprudencia menor, alguna definición de bien necesario podría servir a estos efectos: «*Parece que habrá que considerar bien necesario aquel que resulte preciso para el fin que se dedica el concursado, si hace falta para cumplir dicho fin, de tal forma que si se prescinde de él no es posible alcanzarlo (...) Sin que baste la mera afcción a la actividad empresarial, ya que la Ley exige un plus – de necesidad – ...*» SJM n.º 1 de Alicante, de 23 de marzo de 2006 (AC 2006, 372).

²¹²¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit. p. 90.

el proceso de ejecución, aunque si impide que, despachada ésta, se embarguen y realicen bienes necesarios, por ello como acertadamente apunta GASCÓN INCHAUSTI, más que una prohibición de incoación (del artículo 568.1 LEC, se desprende que el proceso de ejecución ya ha incoado) es una *limitación al objeto de la ejecución forzosa*, puesto que lo que realmente se impide, una vez declarado el auto de despacho de ejecución, es el «embargo y la realización de bienes necesarios», ya que la ejecución incoa con la presentación de la demanda ejecutiva (arts. 549 LEC)²¹²², y lo que parece desprenderse del tenor literal del artículo 568.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, es que el proceso de ejecución ya ha incoado, por lo tanto, parece que el precepto está prohibiendo que el juez dicte auto autorizando despachando ejecución (art. 568.1 LEC). En realidad, lo que se está prohibiendo es el embargo y la realización de bienes, pues el auto dictado por el juez despachando ejecución no proyecta actividad ejecutiva sobre bienes y derechos concretos (ex art. 551.1 LEC), en todo caso, la afección de la *ejecución forzosa* sobre determinados bienes del ejecutado se produce en un momento procesal ulterior, cuando el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución, en el mismo día o en el siguiente día hábil a aquél en que hubiera sido dictado el auto despachando ejecución, dictara el decreto en el que se incluirán las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes (art. 551.3-1º LEC).

Para explicar lo anterior es imprescindible traer a colación el contenido del artículo 568.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que: «*No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución*».

²¹²² Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit. p. 90.

Lo que viene a dar a entender el precepto anterior es que cuando ante un tribunal de primera instancia se haya presentado un escrito de demanda ejecutiva, poniendo en marcha el proceso de ejecución forzosa (ex arts. 549 y 551 LEC), el Letrado de la Administración de justicia, antes de controlar: i) la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, ii) la existencia de ninguna irregularidad formal y, iii) que los actos de ejecución son conformes con la naturaleza y contenido del título de ejecución (ex art. 551.1 LEC), tiene la obligación legal de llevar a cabo la oportuna consulta al Registro Público Concursal a los efectos del artículo 5 bis 4 de la ley Concursal (art. 551.2 LEC), para ver si el deudor se encuentra en la situación jurídica de precurso (ex art. 5 bis), si así fuera, dicho tribunal, a pesar del tenor literal del artículo 568.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podrá dictar auto autorizando y despachando ejecución, pero tendría vedada la posibilidad de embargar y realizar los bienes necesarios del deudor (ex art. 568.1 LEC). En el caso de que la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución *ad cautelam* a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente la declaración judicial de concurso, a pesar de la falta de despacho de ejecución. (ex art. 568.1 *in fine* LEC). En el caso de que la ejecución afecte a una garantía real, ésta podrá incoarse, aunque una vez incoado el proceso de ejecución se suspenda *ipso iure*, hasta que sobrevenga la declaración judicial de concurso y el actor ejecutante pueda hacer valer la ejecución separada de la garantía en sede concursal (ex arts. 568.1 LEC y art. 57.3 LC).

3.4.2. Tratamiento y actos a instancia de parte

Cuando las ejecuciones sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor estén en tramitación (en curso), se suspenderán *ipso iure* por el juez que esté conociendo de las mismas (juez ejecutor), al presentarle –vía testimonio– el decreto dictado por el letrado de la Administración de Justicia por el cual se deja constancia de que se ha presentado la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 4 III LC).

Por todo ello, es verdaderamente relevante el papel del deudor que insta la solicitud de concurso a la hora de interesar la suspensión de las ejecuciones sobre bienes y derechos que tengan la condición de necesarios. En términos generales, el deudor que pretenda presentar la solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC), deberá incluir en la misma la relación de todas las ejecuciones que se dirigen contra su patrimonio y, de las mismas, deberá indicar y justificar cuáles de ellas se están dirigiendo o se proyectan sobre bienes o derechos que sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (ex art. 5 bis 4 II); en este sentido el deudor debe ser metódico y determinar –con rigor– las ejecuciones inminentes o, en curso, que se están siguiendo sobre los bienes y derechos de su patrimonio que tengan la consideración de necesarios, para que el letrado de la Administración de Justicia deje constancia expresa de las mismas en el decreto que dicte, evitando, con ello, que se puedan generar problemas a la hora de que el deudor o los acreedores que estén negociando en sede de concurso, acudan al tribunal (ejecutor) donde se está tramitando la ejecución para interesar la suspensión de dicha ejecución (ex art. 5 bis 4 III LC).

3.4.3. Controversias planteadas sobre la condición de necesario del bien: la posibilidad de recurrir el decreto del Letrado de la Administración de Justicia

En los casos en los que se plantee controversia sobre la condición de necesario del bien, el deudor podrá recurrir el decreto por el cual se tiene por presentada la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 4 II *in fine* LC). Entendemos que el deudor que observa que el decreto del letrado de la Administración de Justicia no recoge o no reconoce el carácter de necesario de algún bien por él señalado como tal, al encontrarnos en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, podrá interponer el *recurso de revisión directo* frente al decreto dictado por el Letrado de la Administración de Justicia²¹²³, en el plazo de cinco días,

²¹²³ La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, BOE n.º 266, de 4 de noviembre, introdujo el recurso de revisión contra las resoluciones de trámite dictadas por el Letrado de la Administración de Justicia (ex art. 451 LEC). Sobre el recurso de revisión directo ante las resoluciones dictadas por los Letrados de la Administración de Justicia, véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Los recursos,

expresando la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente (ex art. 452.1 LEC) y, ante el Juez competente –titular del mismo Juzgado donde se está tramitando el procedimiento de concurso– en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (ex art. 20.2 LJV). Asimismo, por remisión de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción Voluntaria, debemos acudir a la misma tramitación que el *recurso de reposición* (art. 454 bis 1 LEC), que nos dice que cabrá recurso de revisión directo contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación –dicho recurso carece de efectos suspensivos– (ex art. 454.1 LEC). Finalmente, contra el auto dictado por el juez en el que resuelve la revisión, cabrá recurso de apelación, cuando ponga fin al procedimiento o impida su continuación (art. 454 bis 3 LEC).

En el caso de que el juez competente para conocer del recurso de revisión (ex art. 20.2 LJV), entienda que dicho bien o derecho afectado por la ejecución no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, levantará inmediatamente las limitaciones a la ejecución (ex art. 5 bis 4 III *in fine* LC).

3.5. Limitaciones a las ejecuciones singulares sobre bienes del deudor no necesarios

En cuanto a las ejecuciones singulares (judiciales o extrajudiciales) promovidas por acreedores titulares de pasivos financieros a los que se refiere la disposición Adicional cuarta (cualquier entidad financiera ya sea regulada o no), sobre cualquiera oros bienes o derechos que no tengan la condición de necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, tampoco podrá incoarse o, en su caso, quedará suspendidas ipso iure, siempre y cuando el deudor acredite expresa y documentalmente que un porcentaje no inferior al cincuenta y uno (51%) por ciento de los titulares de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones

en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal. Parte general*, ed. Tirant Lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2010, pp. 331-332.

encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose los mismos a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor mientras se negocia en el seno del precurso (ex art. 5 bis 4 IV).

3.6. Tratamiento de los créditos con garantía real frente a la solicitud de precurso

Los acreedores con garantía real, ante la solicitud de precurso instada por el deudor (ex art. 5 bis), podrán ejercitar *ad cautelam* la acción real sobre el bien sobre el que recaiga la garantía, en los términos del artículo 57.3 de la Ley Concursal, para que el acreedor con garantía real no vea perjudicada su posición frente a un posible concurso ulterior, sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede suspendido²¹²⁴ mientras que: i) no se haya alcanzado un acuerdo de refinanciación (ex art. 71 bis 1); ii) se dicte providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial de un acuerdo de refinanciación; iii) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; iv) se hayan obtenido las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; v) se produzca o tenga la declaración judicial de concurso (ex art. 5 bis 4 V LC) o, haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal, en decir, hasta que no hayan transcurrido los tres meses de negociaciones en el seno del precurso más el mes siguiente hábil para instar, en su caso, la declaración de concurso voluntario (ex art. 5 bis 5 in fine LC).

Por otro lado, en el acuerdo extrajudicial de pagos, el artículo 235.2 de la Ley Concursal también contiene la siguiente previsión: se permite incoar las ejecuciones reales, para luego suspenderlas, siempre que la garantía dichas ejecuciones recaigan sobre bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual; sin embargo, si la garantía recae sobre bienes necesarios o, sobre la vivienda

²¹²⁴ La norma exige que se asegure que efectivamente se suspendido el proceso de ejecución, tras su incoación; Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 95.

habitual, se mantiene la regla general, que impide la incoación o, la suspensión de dicho proceso de ejecución

3.7. Ejecuciones excluidas del régimen de suspensión o prohibición de incoación del artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal

Finalmente, la norma dispone que los procesos de ejecución (judiciales o administrativos) que tengan por objeto hacer efectivos créditos de Derecho público, no les serán aplicables el régimen de prohibición de incoación o de suspensión del artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal. Dichos procesos de ejecución serán, en todo caso, *inmunes* a toda prohibición de incoación o suspensión (ex art. 5 bis 4 LC), por lo tanto, en ningún caso, el deudor podrá pedir en su solicitud de precurso que se prohíba su incoación o se suspenda su tramitación. Por lo tanto, no será aplicable el régimen previsto en el artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal. Como podemos observar se sigue preservando en el precurso, la incomprensible preferencia y el privilegio de la Administración Pública sobre todos los acreedores, pudiendo tener la posibilidad de cobrar antes sus créditos que los demás acreedores.

3.8. La interrelación entre la suspensión o prohibición de las ejecuciones singulares sobre bienes necesarios (ex art. 5 bis 4) y la paralización de las ejecuciones singulares en la homologación de acuerdos de refinanciación (Disp. Ad. 4ª-5)

Como es sabido el procedimiento de homologación de un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª), puede instarse de forma independiente al procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), aunque a nuestro juicio dicha posibilidad es bastante incomprensible y peligrosa para llevar a buen puerto un procedimiento de refinanciación con homologación judicial (Disp. Ad. 4ª LC), sobre todo, por todos los riesgos a los que se pueden ver sometidas las negociaciones precursoales de ese acuerdo de refinanciación antes de que se formalice dicho negocio jurídico y, posteriormente, se solicite la homologación judicial de dicho acuerdo de refinanciación ante el juez competente para conocer de la declaración de concurso del deudor. Por ejemplo, si un deudor

decide llevar a cabo las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª), al margen del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), tendrá que tener en cuenta que durante las negociaciones oportunas llevadas a cabo para alcanzar dicho acuerdo, puede verse obligado a enfrentarse a solicitudes de concurso necesarias instadas por terceros legitimados (art. 3.º LC), y, además, también puede verse sometido a procesos ejecutivos que se dirigen frente a su patrimonio, puesto que no cuenta con los efectos de protección que se derivarían si hubiera intentado alcanzar dicho acuerdo de refinanciación a través del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC). La posibilidad de que se puedan instar solicitudes de declaración de concurso necesario y ejecuciones frente al patrimonio del deudor durante las negociaciones llevadas a cabo para alcanzar el acuerdo de refinanciación (Disp. Adicional 4ª) al margen del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), puede producir distorsiones y tensiones en el marco de negociación que está llevando el deudor con sus deudores estratégicos, provocando el fracaso de las mismas y, ante tal fracaso, el deudor podría verse obligado a solicitar la declaración de concurso de forma intempestiva, pudiendo, incluso, infringir su deber de solicitar el concurso (art. 5.1 LC), los que conllevaría a una declaración culpable del concurso en la sección de calificación del concurso que se declare (art. 165.1-1º y 172 bis LC). Por todo ello, entendemos que la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal no tiene entidad y autonomía suficiente para ser considerada un completo instituto preconcursal que garantice la formalización de un acuerdo de refinanciación que remueva el estado de insolvencia por el que atraviesa el deudor; en nuestra opinión creemos que una correcta inteligencia de la norma (Disp. Ad. 4ª) pasa por complementarse necesariamente con el artículo 5 bis de la Ley Concursal, sino que ambas normas deben interpretarse de forma sistemática y conjunta (nunca de forma independiente) para obtener, con mayores garantías de protección de las negociaciones, la finalidad buscada con la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal. Lo que pretendemos decir con la anterior afirmación es que desde un punto de vista dogmático y, sobre todo pragmático, *rectius*: operativo,

no tiene sentido incoar negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación homologado (Disp. Ad. 4^a), al margen del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC); en primer lugar, porque la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), ofrece al deudor un marco temporal de tres (3) meses para llevar a cabo las negociación protegido de toda solicitud de concurso necesario y, de cualquier ejecución (judicial o extrajudicial) que se proyecte sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 5 bis 4 LC); en dicho espacio temporal de tres meses, el deudor podría llevar a cabo las negociaciones de forma «tranquila», sin la tensión que supondría hacer frente a una solicitud de concurso necesario o de cualquier proceso ejecutivo que se dirigiera contra el patrimonio del deudor; cubriéndose las espaldas ante un posible fracaso de las negociaciones con los acreedores a la hora de alcanzar un acuerdo de refinanciación, puesto que, si tras la tramitación del precurso, el deudor que no hubiera conseguido alcanzar el acuerdo de refinanciación, tuviera la carga procesal de instar su declaración judicial de concurso (ex art. 5 bis 5 LC), no habría infringido su mal denominado deber de solicitud de concurso (ex art. 5.1 LC), al haberse podido beneficiar –con la presentación de la solicitud de precurso– de un aplazamiento del mismo (ex art. 5 bis 2 in fine LC).

A mayor abundamiento y, en refuerzo de la tesis que sostenemos, debemos decir que la solicitud de precurso previa a las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación homologado (Disp. Ad. 4^a), ofrece mayores garantías al deudor a la hora de alcanzar un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4^a LC), pues, es posible que en la misma solicitud de precurso (ex art. 5 bis) el deudor pueda formular *pedimentos acumulados* (como ya hemos defendido en el epígrafe correspondiente), como, por ejemplo, la posibilidad de solicitar el precurso para alcanzar un acuerdo de refinanciación de la Disp. Ad. 4^a de la Ley o, en caso de dichas negociaciones fracasen, intentar de forma subsidiaria, alcanzar las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (ex art. 106.1 y ss. LC), ya que si el deudor tiene la carga procesal de instar la declaración de concurso por seguir

en estado de insolvencia, tendrá la posibilidad con el precurso de conseguir las adhesiones suficientes para que fuera admitida a trámite un propuesta de convenio anticipado que podría permitir al deudor entrar al concurso y salir del mimos de forma rápida con la aprobación de un convenio concursal «bajo el brazo»²¹²⁵.

Asimismo, tras las argumentaciones anteriores, afirmamos que el artículo 5 bis de la Ley Concursal que regula el procedimiento de precurso debe interpretarse, en todo caso, de forma *sistemática* con los siguientes preceptos: arts. 15.3; 22.1; 71.bis 1; 71 bis 1; arts. 106.1 y ss.; 231 y ss.; Disp. Ad. 4ª de la Ley Concursal. Para concretar la verdadera inteligencia y alcance del procedimiento de precurso. El precurso es el procedimiento preventivo del concurso por excelencia y, tanto el artículo 71 bis 1, el artículo 106.1 y, la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal deben ser entendidas como los diversos negocios jurídicos que el deudor puede llevar a cabo en el seno del precurso, es decir, dichas normas contienen distintas modalidades de tramitación dentro del procedimiento de precurso (se constituyen como una especie de extensión del propio procedimiento de precurso²¹²⁶) dependiendo del negocio jurídico que se quiera llevar a cabo, y, las especialidades que introducen dichos preceptos son subsumidas por el procedimiento de precurso, puesto que se convierten en verdaderas especialidades dentro del único procedimiento judicial preventivo de concurso (preconcursal) cuya naturaleza jurídica descansa en el ámbito de la de jurisdicción voluntaria: el precurso (ex art. 5 bis LC). Por todo ello, y como veremos a continuación, decimos que las limitaciones al derecho de ejecución de los acreedores previstas en los artículos 5 bis 4 y en la Disp. Ad. 4ª-5 de la Ley Concursal están íntimamente relacionadas entre sí, y conforman, entre las dos un «completo»

²¹²⁵ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3...», op. cit., p. 175.

²¹²⁶ Decimos esto porque la actividad realizada por el juez de lo mercantil competente para homologar el acuerdo de refinanciación alcanzado por el deudor y sus acreedores (Disp. Ad. 4ª), pertenece al ámbito de los actos de jurisdicción voluntaria, igual que el propio procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC).

efecto de protección para el deudor que esté negociando la suscripción de un acuerdo de refinanciación.

3.9. La suspensión o prohibición de incoación de ejecuciones sobre bienes necesarios (ex art. 5 bis 4) y la suspensión de ejecuciones singulares (Disp. Ad. 4ª-5 LC): dos limitaciones al derecho a la ejecución forzosa perfectamente compatibles en el seno del concurso

El apartado 5º de la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal dispone lo siguiente: «*el juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite, y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación*». Como podemos observar, dicha disposición también establece un instrumento de *limitación* al derecho de la ejecución forzosa, parecido al del artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal; se trata, sin más, de la suspensión²¹²⁷ de las ejecuciones singulares (en sentido amplio y sin distinción: judiciales y extrajudiciales²¹²⁸) hasta la efectiva homologación judicial del acuerdo (Disp. Ad. 4ª-5), para evitar que el tiempo que pueda transcurrir desde que se admite a trámite la solicitud de homologación judicial – mediante providencia –, hasta que, efectivamente, el juez dicta la resolución por la que otorga la homologación judicial pueda perjudicar (frustrar) el acuerdo de refinanciación alcanzado por el deudor y los acreedores (Disp. Ad. 4ª-6)²¹²⁹. La norma, al igual que en el artículo 5 bis, no deja de ser variopinta, pues, a pesar de que el juez de lo mercantil competente declare formalmente la

²¹²⁷ Preferimos utilizar la palabra «suspensión» en lugar de «paralización», pues creemos que desde un punto de vista técnico es más apropiada, aunque el hecho de que en el precepto se haya pretendido hablar solamente de suspensión, también entendemos que durante ese periodo de tiempo de 15 días inicial hasta que se dicte la resolución por la que se adopta la homologación y, posteriormente, desde que se inicie la ejecución del acuerdo de refinanciación hasta, en su caso, la declaración judicial de incumplimiento (Disp. Ad. 4ª-11 LC), tampoco se podrán iniciar nuevas ejecuciones, de forma idéntica a lo que ocurre en el artículo 5 bis 4 de la ley Concursal.

²¹²⁸ Vid. SENÉS MOTILLA, C., *Suspensión de ejecuciones en el marco...*, op. cit., p. 109-110; MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op. cit., p. 30; AZOFRA VEGAS, F., *La homologación judicial de acuerdos de refinanciación*, ed. Reus, Madrid, 2016, pp. 195-196; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración...*, op. cit., p. 456.

²¹²⁹ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Los acuerdos de refinanciación*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 143.

suspensión de las ejecuciones singulares en la providencia de admisión a trámite (Disp. Ad. 4^a-5), en todo caso, el que debe decretar toda suspensión de las ejecuciones es el letrado de la Administración de justicia del juzgado ejecutor, es decir, de aquél en el que se está tramitando dicho proceso de ejecución (ex art. 568.2 LEC)²¹³⁰.

En este sentido, debemos decir que el plazo de suspensión de las ejecuciones de quince (15) días ha sido rebajado del anterior plazo que se preveía en la antigua redacción del apartado 2^o de la Disposición Adicional cuarta, que decía que el plazo máximo de la suspensión de las ejecuciones no podía exceder de un mes²¹³¹. Con la promulgación de Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, que posteriormente se convalidó por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, también se ha ampliado la legitimación para instar la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación a los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4^a-5) y, se sustrae la competencia del control de *admisión a trámite* de la solicitud de homologación judicial que, inicialmente se le atribuía al letrado de la Administración de Justicia con la antigua regulación²¹³² y, desde la promulgación de la Ley 17/2014, se atribuye dicha competencia al Juez de lo mercantil que, en su caso,

²¹³⁰ En este sentido también lo critica SENÉS MOTILLA, C., *Suspensión de ejecuciones en el marco...*, op. cit., p. 109.

²¹³¹ Así se regulaba en el apartado 2^o de la disposición adicional cuarta introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011: «El secretario judicial, examinada la solicitud de homologación, dictará decreto admitiéndola a trámite y, caso de ser solicitada, declarando la paralización de las ejecuciones singulares hasta la homologación y en todo caso por plazo máximo de un mes. No obstante, dará cuenta al juez para que resuelva sobre la admisión cuando estime la falta de competencia o la existencia de un defecto formal y no se hubiese subsanado por el promotor en el plazo concedido para ello, que no podrá exceder de un mes. El secretario judicial ordenará la publicación del decreto en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número de expediente registral de nombramiento de experto y del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de la espera que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Registro Mercantil competente donde se hubiere depositado para su publicidad, incluso telemática de su contenido». Vid. AZNAR GINER, E., *La reforma concursal del real decreto-ley 4/2014...*, op. cit., p. 207.

²¹³² La redacción del viejo apartado 2^o de la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, BOE, n.º 245, de 11 de octubre de 2011: «El secretario judicial, examinada la solicitud de homologación, dictará decreto admitiéndola a trámite y, caso de ser solicitada, declarando la paralización de las ejecuciones singulares hasta la homologación y en todo caso por plazo máximo de un mes (...)».

fuera competente para la declaración judicial del concurso de acreedores (Disp. Ad. 4ª-5 I), en aras a alcanzar una mayor celeridad y flexibilidad en esta sede preconcursal²¹³³.

Una vez admitida a trámite la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación, el juez dictará (es un pronunciamiento necesario²¹³⁴) la «paralización», *rectius*: suspensión de las ejecuciones singulares hasta el mismo momento en la que se acuerde la homologación; dicha suspensión de las ejecuciones se dictará *ex officio* – incluso aunque no lo pidieran ni el deudor²¹³⁵ ni los acreedores legitimados que hubieran suscrito el acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª-5 LC) – en la propia providencia por la cual se tenga por admitida a trámite la homologación judicial del acuerdo, hasta que, efectivamente, se dicte la resolución por la que se tenga por otorgada la homologación judicial (Disp. Ad. 4ª-5), que deberá ser dictada por el trámite de urgencia en el plazo de quince (15) días, y será publicada mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el Boletín Oficial del Estado, por medio de un extracto que contendrá los datos previstos en el último párrafo del apartado anterior (Disp. Ad. 4ª-6LC)²¹³⁶.

²¹³³ En la Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE n.º 58, de 8 de marzo de 2014, se decía lo siguiente: «*En concordancia con lo anterior, se prevé la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a determinados acreedores con garantía real y se simplifica el procedimiento de homologación, en el que el juez conoce directamente de la solicitud, en aras a garantizar la celeridad y flexibilidad buscada en esta fase preconcursal y en el que únicamente tendrá que comprobar la concurrencia de las mayorías exigidas para acordar la homologación. En cualquier caso, y con el fin de no perjudicar el valor de la garantía en caso de incumplimiento por parte del deudor, se establecen reglas especiales de atribución del resultante al acreedor*».

²¹³⁴ Vid., la nota a pie de página siguiente.

²¹³⁵ AZNAR GINER, E., *La reforma concursal del real decreto-ley 4/2014...*, op. cit., p. 207-208; AZOFRA VEGAS, F., *El procedimiento de homologación de...*, op. cit., p. 195. Dicho autor dice que estamos ante un pronunciamiento necesario que no precisa la petición del deudor o de los acreedores, aunque no está demás que el deudor lo pidiera en su solicitud, identificando el número de procedimiento y solicitando el libramiento de los correspondientes exhortos.

²¹³⁶ El último párrafo del apartado 5º de la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal dispone que los datos que deberá quedar recogidos en el extracto que se publicará en el Registro Público Concursal y el Boletín Oficial del Estado (ex apartado 6º de la Disp. Adicional cuarta LC) son: datos que indentifiquen al deudor, el nombre del juez competente, número de procedimiento, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo esta a disposición de los acreedores en el Juzgado de lo Mercantil.

Como podemos ver, el efecto de protección que otorga la Disp. Ad. 4^a-5 de la Ley Concursal, se activa o se desencadena en dos tramos temporales: i) una vez que el juez competente²¹³⁷ examina la solicitud de homologación, y dicta la providencia por la cual se admite a trámite la solicitud de homologación judicial, en la que declarará automáticamente²¹³⁸ la suspensión de las ejecuciones *singulares* (en sentido amplio y general²¹³⁹) hasta que el juez dicte la resolución por la que se acuerde la homologación (se dictará –por trámite de urgencia– en el plazo de quince (15) días –Disp. Ad. 4^a-6 II–); y, ii) el segundo tramo de protección se extiende desde que se dicta la resolución por la que se otorga la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, donde el juez también declarará la extensión de los efectos a los acreedores (Disp. Ad. 4^a-6), hasta la declaración judicial de incumplimiento (Disp. Ad. 4^a-11 LC); por ello en esta segunda fase de ejecución del acuerdo de refinanciación, el deudor también estaría protegido de toda ejecución singular (v., gr.: si el acuerdo de refinanciación homologado es de espera²¹⁴⁰).

Como ya hemos dicho en el primer tramo, dicha suspensión será concedida por poco tiempo, puesto que la resolución por la que se adopta la homologación judicial del acuerdo de refinanciación se dictará mediante un trámite de urgencia en el plazo de quince (15) días, y la misma se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el Boletín

²¹³⁷ El juez competente para conocer de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación en cuestión es el juez competente para conocer de la declaración de concurso del deudor (Disp. Ad. 4^a-5 LC).

²¹³⁸ PULGAR Esquerro, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración...*, 2^a edición, op. cit., p. 455. AZNAR GINER, E., *La reforma del Real Decreto-Ley 4/2014...*, op. cit., p. 208;

²¹³⁹ Vid. SENÉS MOTILLA, C., *Suspensión de ejecuciones en el marco...*, op. cit., p. 109-110; MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op. cit., p. 30; AZOFRA VEGAS, F., *La homologación judicial de acuerdos de refinanciación*, ed. Reus, Madrid, 2016, pp. 195-196; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración...*, 2^a edición, op. cit., p. 455.

²¹⁴⁰ En este tipo de acuerdos de refinanciación, el plazo de la suspensión de las ejecuciones será el mismo que se haya *establecido de espera* en el acuerdo de refinanciación homologado, sobre todo si las deudas postergadas no son exigibles. Véase, en el mismo sentido a PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración...*, 2^a edición, op. cit., p. 456. También en la jurisprudencia menor de lo mercantil, véase las siguientes resoluciones que siguen esta línea la SJM 3 de Barcelona, de 29 de julio, de 2014 y, AJM n.º 3 Barcelona y AJM n.º 6 de Barcelona, de 2 de marzo de 2015 (ambos).

Oficial del Estado, mediante un extracto en el que se contendrán todos los datos previstos en el último apartado del apartado anterior (Disp. Ad. 4ª-5 LC)²¹⁴¹. Por lo tanto, en dicho primer tramo, la suspensión de ejecuciones *singulares* sería por un periodo de quince (15) días, que, como ya hemos adelantado, se extendería desde el momento en que es admitida a trámite la solicitud de homologación, hasta que efectivamente se acuerde o declare la homologación judicial (disp. Ad. 4ª-5 LC). Según observamos el tenor literal de la norma dispone que: «(...) el juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite declarará la paralización de las ejecuciones singulares...»; en este sentido, como podemos observar, la *suspensión* prevista en la Disposición adicional cuarta apartado 5º es más amplia o genérica que la que contiene el artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal, que sólo suspende o prohíbe la incoación de ejecuciones (judiciales o extrajudiciales) sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 5 bis 4-I LC), mientras que la suspensión de ejecuciones contenida en la Disp. Ad. 4ª-5, se refiere a las ejecuciones singulares en sentido amplio afecta a todas, pues la norma no hace distinción alguna entre ejecuciones ordinarias y de garantía real, ni tampoco concretan qué consideración deben tener los bienes y derechos sobre los que se proyecte la ejecución²¹⁴²; a pesar de ello, entendemos que dentro de la limitación deben incluirse todas las ejecuciones singulares (judiciales y extrajudiciales en conexión con el contenido del artículo 5 bis 4 LC²¹⁴³), y que éstas sean respecto a deudas afectadas por el acuerdo de

²¹⁴¹ El último párrafo del apartado 5º de la Disp. Ad. 4ª de la Ley Concursal dice que el extracto contendrá los datos identificativos del deudor, el juez competente de la homologación judicial, el número y procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación, y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado de lo Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.

²¹⁴² SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco...», op. cit., p. 109; ARROYO, I., y MORRAL, R., *Teoría y práctica del Derecho Concursal...*, op. cit., pp. 84-85.

²¹⁴³ Nosotros defendemos la idea de que el artículo 5 bis 4 y la Disp. Ad. 4ª-5 son perfectamente compatibles y vienen obligados a entenderse para ofrecer una protección homogénea y total al deudor que solicita el precurso, consigue alcanzar con los acreedores un acuerdo de refinanciación que pretende homologar y que posteriormente va cumpliendo, Por todo ello la suspensión de las ejecuciones puede verse activada desde la solicitud de precurso hasta la declaración de incumplimiento, en su caso, en la que los acreedores

refinanciación –ya sea por aceptación o por extensión de los efectos del mismo–²¹⁴⁴. Asimismo, en relación a lo anterior, debemos decir, sin temor a equivocarnos que las ejecuciones singulares que no recaigan sobre deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación (ya sea por aceptación o por extensión) que se encuentren en curso en el momento de la solicitud de la homologación, no se verán afectadas por la suspensión establecida en el apartado 5º de la Disp. Adicional 4ª de la Ley Concursal, pudiendo seguir su tramitación²¹⁴⁵.

Otro punto relevante que deriva de la reforma concursal promovida por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo es que, desde dicha reforma, tras la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, el juez puede –en fase de ejecución del acuerdo– decretar la cancelación de los embargos que se hubieran practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación suscrito (Disp. Ad. 4-10)²¹⁴⁶. En este caso, como pone de relieve la profesora SENÉS MOTILLA, lo anterior viene a justificar que se mantengan los embargos trabados en tiempo anterior a la ejecución del acuerdo de refinanciación y, durante la tramitación del procedimiento de homologación, precedido por una solicitud de precurso (ex art. 5 bis), por lo tanto, durante la tramitación del procedimiento de homologación, los embargos se conservarían y estarían vigentes²¹⁴⁷ y, desde el día en que se empiece a ejecutar el convenio de refinanciación, el juez podrán decretar la cancelación de los embargos que se hayan trabado en los procesos de ejecución en los que se persiguieran créditos afectados por el acuerdo de refinanciación suscrito²¹⁴⁸.

podrían volver a iniciar las ejecuciones (Disp. Ad. 4ª-11 LC). Así parece entenderlo la profesora PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración...*, op. cit., p. 456.

²¹⁴⁴ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración...*, op. cit., p. 455.

²¹⁴⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración...*, op. cit., p. 455.

²¹⁴⁶ Vid. SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco...», op. cit., p. 110.

²¹⁴⁷ En este sentido, véase el AJM 10 de Madrid, de 10 de febrero de 2015 (JUR 2015, 67823)

²¹⁴⁸ Vid. SENÉS MOTILLA, C., «Ibidem ...», op. cit., p. 110; MAGDALENO CARMONA, A., Y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op. cit., p. 31; AZNAR GINER, E., *La reforma concursal del Real Decreto-Ley 4/2014...*, op. cit., p. 208;

Por otro lado, no debemos olvidar que de dicho precepto se desprende otro segundo tramo de protección (Disp. Ad. 4ª-5 LC) que va desde que se dicta la resolución en la que se otorga la homologación –siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado 1º de la Disp. Ad. 4ª–, donde el juez declarará la extensión de efectos que correspondan (Disp. Ad. 4ª-6), hasta la declaración judicial de incumplimiento, en el caso de que el deudor incumpla el acuerdo (Disp. Ad. 4ª-11), por lo tanto, como ya hemos afirmado, la paralización (*suspensión*) de las ejecuciones singulares afectará a los créditos afectados por el acuerdo de refinanciación homologado judicialmente²¹⁴⁹ (Disp. Ad. 4ª- 6), ya que la homologación judicial implica que las ejecuciones instadas por los acreedores titulares de pasivos financieros se suspendan y las que se inicien con posterioridad a la homologación también se inadmitirán hasta la fecha en la que se produzca el vencimiento de la obligación exigible²¹⁵⁰, y ello supone que tales créditos postergados y comprendidos en el acuerdo no son ni vencidos ni tampoco exigibles, por lo que no podrá despacharse ejecución fuera de los extremos pactados en el acuerdo (*rectius*: prohibición realizar ningún embargo)²¹⁵¹.

La expresión utilizada por la Disp. Ad. 4ª-5 de la Ley Concursal: «(...) *paralización de las ejecuciones singulares...*», (desde un punto de vista técnico sería mejor utilizar la palabra *suspensión*), no se refiere sólo a las ejecuciones singulares que se encuentren *litispendentes* o en tramitación, sino que, a esta limitación al derecho de ejecución forzosa, a nuestro entender, siguiendo el estilo del artículo 5 bis 4 de la ley Concursal, también debe recaer sobre las ejecuciones singulares *inminentes*, es decir aquellas que están latentes y que en poco tiempo se pretendan incoar; por lo tanto la norma también prohíbe (al

²¹⁴⁹ En este sentido, vid., el AJM 1 Bilbao de 20 julio de 2015, auto n.º 361/2015 (JUR 2015/212018)

²¹⁵⁰ Vid., en este sentido los Autos de AJM 3 de Barcelona de 2 de marzo de 2015 y AJM 6 de Barcelona, de 2 de marzo de 2015.

²¹⁵¹ La paralización (*suspensión*) de las ejecuciones también afectaran a los créditos afectados por el acuerdo de refinanciación homologado. En este sentido, vid., el AJM 1 Bilbao de 20 julio de 2015, auto n.º 361/2015 (JUR 2015/212018) y AJM 3 Barcelona de 2 de marzo de 2015 y AJM 6 Barcelona, de 2 de marzo de 2015.

estilo del art. 5 bis 4 LC) iniciar dichas ejecuciones. A consecuencia de lo anterior, debemos entender que tanto en el primer tramo de protección: desde que se admite a trámite la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación, hasta que se dicte la resolución por la que se adopte la homologación judicial (Disp. Ad. 4ª-5), como en el segundo tramo: desde que el juez dicta la resolución por la cual otorga la homologación hasta que se produzca, efectivamente, la declaración judicial de incumplimiento, pues, una vez declarado judicialmente el mismo, si fuera el caso, no se podrá incoar ejecuciones singulares frente al patrimonio del deudor en situación jurídica de concurso²¹⁵². En puridad, la ejecución del acuerdo de refinanciación homologado queda también protegida de ejecuciones inminentes que se pretendan instar contra el patrimonio del deudor que tampoco podrá iniciarse (al estilo de art. 5 bis 4 de la Ley Concursal), hasta que, en su caso, se produzca, efectivamente, la declaración judicial de incumplimiento del acuerdo, en cuyo momento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares (Disp. Ad. 4ª-11 LC).

En otro orden de cosas, hay que tener claro que la expresión paralización de las ejecuciones singulares, habla de todas en general debiéndose incluir todas las ejecuciones singulares *sin excepción alguna*²¹⁵³; además, dicho precepto tampoco concreta que las ejecuciones que se van a paralizar deban recaer sobre bienes y derechos necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor –en los mismos términos que el artículo 5 bis 4 y 56 de la Ley Concursal–, por lo que, si el legislador decidió no distinguir en dicho precepto, el intérprete del mismo no debiera hacer distinción alguna fuera del margen legal²¹⁵⁴.

²¹⁵² AZOFRA VEGAS, F., *El procedimiento de homologación...*, op. cit., pp. 197-198

²¹⁵³ MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op. cit., p. 30.

²¹⁵⁴ Vid. MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op. cit., p. 31

Finalmente, lo que si hay que tener en cuenta de que la suspensión automática de las ejecuciones singulares que se dispone en la Disposición Adicional cuarta apartado 5º, no será aplicable a las ejecuciones en las que se estén reclamando créditos de Derecho público –ejecuciones administrativas– o, las ejecuciones instadas por acreedores comerciales, como por ejemplo, los acreedores que no fueran titulares de pasivos financieros y, que no hubieran suscrito el acuerdo de refinanciación homologado, pues, como es lógico los efectos del acuerdo de refinanciación homologado nunca se les podrá extender²¹⁵⁵.

4. El cuestionable privilegio de Administración Pública en el precurso

De un tiempo a esta parte, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, los créditos públicos han dejado de ser privilegiados en el seno del concurso de acreedores, debido a que, entre otras cosas, se han ido suprimiendo o reduciendo gran parte de los privilegios que ostentaban en el seno del proceso concursal²¹⁵⁶. La Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, también se sumó a lo que la doctrina ha venido denominando: «*la poda de privilegios*», es decir, a la drástica reducción de privilegios y preferencias en el ámbito general de los créditos de derecho público y, sobre todo, en los créditos tributarios, que siguen ostentando un grado de privilegio superior al de los acreedores de naturaleza privada, por ejemplo, como ocurre con los créditos ordinarios dentro de la masa pasiva del concurso que, en muchas ocasiones, obtienen un mínimo (o nulo) grado de satisfacción debido, entre otras cosas, debido a la preferencia en el cobro que tienen todos los créditos públicos²¹⁵⁷. A pesar de ello, es cierto que las

²¹⁵⁵ Vid. AZOFRA VEGAS, F., *La homologación de acuerdo de refinanciación*, ed. Reus, Madrid, 2016, p. 195; AZNAR GINER, E., *La reforma concursal del Real Decreto-Ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 208; MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op. cit., p. 30

²¹⁵⁶ Sobre los créditos de derecho público a los efectos de la Ley Concursal, vid., el interesante trabajo de GALLEGO SÁNCHEZ, A.Mª., «Demás créditos de derecho público», en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª.M., (dir.), AA. VV., *Las Administraciones Públicas en el concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 315 a 351, concretamente vid., las páginas sobre el concepto de crédito público, en las pp. 315-328.

²¹⁵⁷ CERVERA MARTÍNEZ, M. «Los créditos tributarios», en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª.M., (dir.), *Las Administraciones Públicas en el Concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 283-284.

reformas de la Ley Concursal que se han ido sucediendo a lo largo de los años, en 2009²¹⁵⁸, 2011²¹⁵⁹ y, especialmente las operadas en el año 2014²¹⁶⁰, no sólo no han reducido ni abolido los privilegios del crédito público, sino que, parece que el legislador acentuado la importancia y especialidad del crédito público en general y, el tributario en particular, pues, en puridad, estos créditos se han mantenido al margen de: i) nuevos límites y restricciones que se han introducido con el objeto de que el deudor conservara y mantuviese la actividad empresarial, ii) de la conservación del convenio o de acuerdos preconcursales; iii) de la suspensión de ejecuciones en el seno del concurso (ex art. 5 bis 4 VI LC); iv) de los acuerdos de refinanciación; v) de la imposición de determinados contenidos en sede de liquidación de concurso, como por ejemplo: una dación de pago o para pago de sus créditos²¹⁶¹. Por todo ello, es cierto que en la actualidad se sigue vislumbrando un cierto trato privilegiado de los créditos públicos en general, sobre los créditos de carácter privado.

Como se ha podido ver, el mantenimiento de los privilegios de los créditos de naturaleza pública en el concurso no sólo no han sido suprimidos, sino que se entiende, además, que los mismos deben ser dignos de una especial tutela de protección en el seno de concurso, como así se expone en el Preámbulo de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, donde se dice que: «(...) los créditos públicos por su naturaleza, merecen una especial tutela» e, incluso, «(...) se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas de la seguridad social (...)». Esta especial tutela de los créditos públicos nos hace pensar que la Ley Concursal hace una clara distinción entre los acreedores públicos y los acreedores privados, con las correspondientes diferencias a la hora de dotar

²¹⁵⁸ Cuya reforma fue operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia financiera, tributaria y concursal ante la evolución de la situación económica, BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2009,

²¹⁵⁹ Cuya reforma fue operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245 de 11 de octubre, de 2011.

²¹⁶⁰ Operadas por el Real Decreto 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial, BOE n.º 58, de 8 de marzo de 2014,, que fue refrendado en el parlamento mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre

²¹⁶¹ Vid. CERVERA MARTÍNEZ, M. «Los créditos...», op., cit., p. 284.

distinto grado de satisfacción a cada clase de acreedores, como lo demuestra el hecho de que la Ley 14/2014, de 5 de septiembre de medidas urgentes en materia concursal, ya individualizó y separó las clases de acreedores públicos de los privados, al modificar el contenido del artículo 94. 2 de la Ley Concursal; asimismo, la clara apuesta por tutelar de manera especial los acreedores públicos en el seno del concurso se manifiesta en los artículos: 100.2; 146.4 y 149.4 de la Ley Concursal, tutela especial que, a nuestro juicio, no casa con el verdadero *interés del concurso*²¹⁶². Por otro lado, en el ámbito preconcursal, también se manifiesta esta especial tutela de la que gozan los créditos de derecho público como así los reflejan varios preceptos de la Ley Concursal: i) en la Disposición adicional cuarta 1º apartado III *in fine* se dice: «*Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público*»; y ii), también, en nuestra opinión, queda patente este elenco de privilegios de la Administración Pública en la redacción del artículo 5 bis 4 VI de la Ley Concursal en la que se dice: «*Quedan en todo caso, excluidos de la previsiones contenidas en este apartado, los procedimientos de ejecución que tenga por objeto hacer efectivos créditos de derecho público*».

En primer lugar hay que decir que esta especial tutela (privilegio del crédito público) de la que gozan las Administraciones Públicas en el seno de concurso de acreedores, ha venido siendo objeto de severas críticas por parte de la doctrina, incluso desde antes de la aprobación de la Ley Concursal de 2003²¹⁶³, puesto que este elenco de privilegios que se concede a la Administración Pública, provoca, en muchas ocasiones, un grave perjuicio a todos los acreedores ordinarios que observan como sus créditos no se satisfacen en el seno del proceso concursal; además la preferencia de cobro de la Administración Pública produce un grado de satisfacción mínimo (o nulo) de

²¹⁶² Sobre un aproximación del concepto de «interés del concurso», véase el interesante trabajo de TIRADO MARTÍ, I, «El “interés concursal”: ensayo de una construcción de la teoría de la finalidad del procedimiento concursal», en *ADC*, tomo LXII, fascículo I, 2009., pássim.

²¹⁶³ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del Derecho concursal español», en ROJO (dir.), AA. VV., *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 126-127.

estos acreedores ordinarios, lo que podría provocar de forma refleja, la proliferación de insolvencias en cadena (efecto dominó), lo que conllevaría a una situación nada deseable dentro del sistema concursal español²¹⁶⁴.

Por todo lo anterior podemos decir que esta especial tutela (o elenco de privilegios) del crédito público en las situaciones de insolvencia del deudor común, no casa muy bien con el prevalente y omnipresente «interés del concurso»²¹⁶⁵, y, además, carece de toda justificación en las situaciones de crisis de empresa, puesto que debido a esa preferencia en el cobro de los créditos se perjudica, entre otros, al grado de satisfacción de los créditos ordinarios, por ello, sería deseable que el legislador tuviera en cuenta dicha situación y eliminara²¹⁶⁶ por completo el elenco de privilegios de la Administración Pública en los procesos de insolvencia, equiparando, al menos en lo que se refiere a la preferencia en el cobro del crédito, los acreedores públicos al acreedor privado²¹⁶⁷.

Además de la eliminación de los privilegios del crédito público en el propio concurso de acreedores, nosotros también entendemos que sería muy acertado que, durante la tramitación del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), también se eliminara la prerrogativa que ostentan las Administraciones Públicas en el ámbito de la suspensión y la prohibición de incoación de las ejecuciones (ex art. 5 bis 4 VI LC), ya que como dice la norma, las ejecuciones (ya sean judiciales o administrativas²¹⁶⁸) que tengan por objeto

²¹⁶⁴ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del Derecho concursal...», op., cit., p. 126-127.

²¹⁶⁵ Vid. sobre el interés del concurso a TIRADO MARTÍ, I, «El “interés concursal...», op., cit., pássim.

²¹⁶⁶ GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la legislación...», op., cit., p. 25. Dicho autor propone con gran acierto, abolir o, al menos, reducir los privilegios del crédito público en el seno de concurso de acreedores, con el propósito de equiparar, al menos en lo que a preferencia del cobro se refiere, el acreedor público al acreedor privado. A pesar de ello, nosotros entendemos que si lo que realmente se quiere es que el concurso no vaya abocada desde el principio a la liquidación ruinosa del deudor, sería de una gran ayuda el que se eliminaran los privilegios de la crédito público en estas situaciones de insolvencia.

²¹⁶⁷ Vid. GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la legislación...», op., cit., p. 25.

²¹⁶⁸ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op., cit., p. 90; Vid. CERVERA MARTÍNEZ, M., «Los créditos tributarios», op., cit., pp. 284 y 309-310; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., «El papel de las Administraciones Públicas en las soluciones alternativas al concurso. Los institutos concursales», en HERNÁNDEZ

hacer efectivos créditos de derecho público, quedan al margen (no se verán afectadas en todo caso²¹⁶⁹) de todas limitaciones previstas en el artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal²¹⁷⁰. Por lo tanto, según el tenor literal de la norma, con independencia de los bienes sobre los que recaigan, las ejecuciones judiciales o los apremios administrativos podrán incoarse y, por tanto, también podrán seguir su tramitación sin verse afectados, en ningún caso, por la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 4 VI). Este privilegio que ostentas las Administración Pública en el precurso, puede hacer fracasar las negociaciones que el deudor lleva a cabo con los demás acreedores, puesto que, a través de esta vía de ejecución, la Administración podrá cobrarse su crédito, realizando activos de la compañía en situación jurídica de precurso y, por tanto, hacerse con bienes, perjudicando el patrimonio del deudor de cara a la negociación de un acuerdo con los acreedores (perdiendo poder de negociación en el precurso –ex art. 5 bis–)²¹⁷¹, deviniendo definitivamente inviable para poder negociar un acuerdo de refinanciación con sus acreedores, que le permitiera salir de su estado de insolvencia y, por ende, reactivar su actividad empresarial²¹⁷².

En este sentido, entendemos que el legislador debe contemplar la idea de suspender, también, estas ejecuciones que persiguen la realización del crédito público durante la tramitación de precurso (ex art. 5 bis), ya que es en ese momento donde el deudor está tratando de poner todos los medios a su alcance para conseguir la suscripción de un convenio de refinanciación con los acreedores, que le permita al deudor remover o prevenir su estado de insolvencia y, por supuesto, garantizar su viabilidad empresarial en el corto o medio plazo, por ello, sería de gran ayuda al deudor, que se pudieran

RODRÍGUEZ, M^a.M., (dir.), AA. VV, *Las administraciones públicas en el concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 553.

²¹⁶⁹ Vid. CERVERA MARTÍNEZ, M., «Los créditos tributarios», op., cit., pp. 284 y 309-310; Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op., cit., p. 90;

²¹⁷⁰ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op., cit., p. 90. Donde dicho autor sostiene que nos encontramos ante un límite objetivo, pues, no se verán afectados por las limitaciones previstas en el artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal, los procedimientos de ejecución (judiciales o administrativos) que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público

²¹⁷¹ Cfr. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., «El papel de las Administraciones Públicas...», op., cit., p. 553.

²¹⁷² Cfr. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., «Ibídem...», op., cit.,

suspender *ipso iure* las ejecuciones (judiciales o administrativas²¹⁷³) que persigan la recuperación de créditos de naturaleza pública, lo que permitiría al deudor obtener de un espacio de «respiro» *completo* sin ejecuciones en curso, mientras que negocia un acuerdo con los acreedores, lo que le permitiría llevar a cabo esas negociaciones sin las «presiones» que ejercerían dichas ejecuciones en curso a la hora de perseguir la recuperación de créditos de derecho público durante la tramitación del precurso (ex art. 5 bis 4 VI).

En otro orden de cosas, como es sabido los acreedores públicos no pueden, en sede preconcursal, en el marco de los acuerdo de refinanciación no pueden transigir sus créditos frente al deudor común que está negociando²¹⁷⁴, no obstante, es cierto que en el apartado 2.5 de la instrucción Tercera de la Instrucción 4/2014, de 9 de diciembre, de la Directora del Departamento de Recaudación de la Agencia Tributaria, prevé que el deudor que ha solicitado el precurso (art. 5 bis) para alcanzar un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª y art. 71 bis LC), pueda solicitar frente a la AEAT, aplazamientos y fraccionamientos de pago ante los órganos de recaudación de la AEAT, con determinadas especialidades²¹⁷⁵.

Esta posibilidad se convierte en una ayuda fundamental para el deudor que ha solicitado el precurso (ex art. 5 bis LC), que podrá solicitar que el periodo temporal que transcurra desde la solicitud de precurso hasta que efectivamente suscriba el acuerdo de refinanciación, se establezca como periodo de carencia de pago (de impuestos) en el acuerdo de aplazamiento y fraccionamiento suscrito con la AEAT, con un máximo de tres meses contados desde la solicitud de precurso²¹⁷⁶. Además, la extensión temporal del acuerdo de aplazamiento y fraccionamiento se podrá ajustar a los términos del acuerdo de refinanciación, así como la periodicidad de los pagos, sin que sea

²¹⁷³ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op., cit., p. 90.

²¹⁷⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op., cit., p. 603.

²¹⁷⁵ Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., «El papel de las administraciones públicas en las soluciones alternativas al concurso...», op., cit., pp. 554-555; Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op., cit., p. 603.

²¹⁷⁶ Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., «El papel de las administraciones públicas en las soluciones alternativas al concurso...», op., cit., pp. 554-555; Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op., cit., p. 603.

necesario la aplicación del plazo máximo de los tres meses del *periodo de carencia* fijado por la Instrucción 4/2014, de 9 de diciembre, con un límite máximo de 5 años, el cual no podrá superarse²¹⁷⁷. Por otro lado, si el deudor a la fecha de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis), o de la homologación del acuerdo de refinanciación tuviera solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento presentadas con anterioridad y pendientes de resolución por parte de la AEAT, dicha resolución también se podrá adaptar a los plazos previstos en la instrucción²¹⁷⁸; en el mismo sentido, si el deudor que ha solicitado el precurso (ex art. 5 bis) o una solicitud de homologación de acuerdo, y presentara una solicitud a la AEAT reconsiderando un aplazamiento anterior, los términos del acuerdo de reconsideración también podrá adaptarse a lo previsto en el apartado 2.5 de la instrucción tercera, de la Instrucción 4/2014, de 9 de diciembre²¹⁷⁹. Finalmente, también hay que reseñar que el apartado 2.5 de la Instrucción Tercera de la Instrucción 4/2014, prevé que, en caso de que se declare el concurso, antes de que se hubiera dictado la resolución de la AEAT, se decretará el archivo de las solicitudes instadas frente a la AEAT, por causa sobrevenida del objeto²¹⁸⁰.

Como se puede observar, el apartado 2.5 de la instrucción se refiere a los acuerdos de refinanciación de la Disp. Ad. 4ª, y a los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis de la Ley Concursal, sin mencionar a los acuerdos de extrajudicial de pagos de los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal. Esto no quiere decir que, el deudor que solicite la designación del mediador concursal, para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, no pueda solicitar aplazamientos y fraccionamientos de pago de los impuestos a la AEAT, sino que esta posibilidad viene prevista en la Disposición adicional séptima de la

²¹⁷⁷ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª.M., «El papel de las administraciones públicas en las soluciones alternativas al concurso...», op., cit., p. 554; Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op., cit., p. 603.

²¹⁷⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª.M., «El papel de las administraciones públicas en las soluciones alternativas al concurso...», op., cit., pp. 554; Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op., cit., p. 603.

²¹⁷⁹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª.M., «Ibidem...», op., cit., p. 554; Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op., cit., p. 604

²¹⁸⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª.M., «Ibidem...», op., cit., p. 555-556; Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op., cit., p. 603.

Ley Concursal, que viene a regular el «tratamiento de créditos de derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pagos», por lo tanto, en este sentido, el deudor persona natural o jurídica al que se refiere el artículo 231 de la Ley Concursal, una vez ha sido admitida la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, en virtud del artículo 232, deberá solicitar a la Administración Pública el aplazamiento o fraccionamiento de pago comprensivo de las deudas que, a dicha fecha, se encontrasen pendientes de ingreso, siempre que no hubiera previsto efectuar el mismo en el plazo establecido en la normativa aplicable (Disp. Ad. 7ª II LC)²¹⁸¹.

Con respecto al último inciso del apartado 2.5 de la Instrucción 4/2014, de 9 de diciembre, con respecto al archivo de la solicitud de aplazamiento y fraccionamiento de pago, por pérdida sobrevenida del objeto, al declararse judicialmente el concurso, antes de dictarse resolución sobre la petición de aplazamiento o fraccionamiento, hay que tener en cuenta, como bien apunta la doctrina²¹⁸², la sentencia del Tribunal Supremo, 4136/2015, de 13 de octubre²¹⁸³, que, en puridad, viene a sostener que el hecho de que se declare judicialmente el concurso no debe conllevar el archivo de la solicitud de aplazamiento y fraccionamiento de pago y, además, tampoco impide en sí mismo, que se dé un acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento permitido por la Ley General Tributaria, su normativa de desarrollo y, otras normas especiales²¹⁸⁴.

²¹⁸¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., «El papel de las administraciones públicas en las soluciones alternativas al concurso...», op., cit., pp. 555-556.

²¹⁸² Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., «Ibidem...», op., cit., p. 555.

²¹⁸³ Según la STS 4136/2015, de 13 de octubre: «(...) se ha de recordar que la declaración en concurso presupone el estado de insolvencia del deudor, que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC), siendo su designio superar ese estado y garantizar la viabilidad futura de la empresa, garantizando al mismo tiempo el derecho de los acreedores a realizar sus créditos, mediando en su caso quitas y esperas, a través de los pactos plasmados en el oportuno convenio, que es la solución normal del concurso (orientada) a alcanzar la satisfacción de los acreedores (apartado VI de la Exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal). La liquidación, sin embargo, es una alternativa al convenio, que se presenta como solución subsidiaria (apartado VII de la Exposición de Motivos). Así pues, la declaración en concurso del deudor no lleva automáticamente como consecuencia que su insolvencia sea estructural. Todo lo contrario, un concurso voluntario con convenio aprobado revela una situación transitoria llamada a ser superada. Por ello no cabe hacer el silogismo que se contiene en el acto administrativo impugnado, presumiendo iuris et de iure que un deudor declarado en concurso queda impedido de forma definitiva e ineluctable para hacer frente a sus obligaciones económicas; este simple silogismo evidencia la insuficiente motivación de la decisión».

²¹⁸⁴ Vid., el apartado 2.5 de la (Instrucción Tercera) de la Instrucción 4/2014, de 9 de diciembre de 2014, de la Directora del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de la

Administración Tributaria (AEAT), sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago y, la Disposición Adicional séptima de la Ley Concursal, que regula el tratamiento de los créditos de derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pagos.

Capítulo 7º: La influencia del derecho comunitario en el procedimiento de precurso

1. La inclusión del procedimiento de precurso en el Anexo A del nuevo Reglamento UE 2015/848 de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia

1.1. Consideraciones generales

Desde la recomendación del Parlamento europeo efectuada el 15 de noviembre del año 2011²¹⁸⁵, en la que se recomendaba la actualización y modernización de la normativa comunitaria en materia de insolvencia transfronteriza, las instituciones europeas han venido trabajando incesantemente para la modificación del vigente Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia²¹⁸⁶. El primer pilar de la reforma lo constituyó la conocida la Comunicación de la Comisión dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, y al Comité Económico y Social de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2012²¹⁸⁷, que contenía la Propuesta de

²¹⁸⁵ Vid. la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho de sociedades de la Unión Europea (2011/20006-INI-).

²¹⁸⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «El nuevo Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia: cuestiones seleccionadas (1)», en *RdCyP*, n.º 26, 2017, pp. 1-2; también del mismo autor véase también «El nuevo Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia (I, II, III y IV)» en www.almacendederecho.com; HERRERO DE EGAÑA, J.M^a., «La reforma del Reglamento Europeo de insolvencia», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, ed. Tirant Lo Blanch, tomo II, Valencia, 2015, pp. 2507 y ss.; TORRALBA MENDIOLA, E., «La reforma del Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia», en *RdCyP*, n.º 19, 2013, pp. 1-2; ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., «La propuesta de la comisión europea para la reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia», en *ADco*, n.º 29, 2013, p. 423-424. GÓMEZ BERNARDO, N., «Primera aproximación al nuevo Reglamento Europeo sobre procedimientos de insovenia», en *RdCyP*, n.º 22, pp. 1-8; THERY MARTÍ, A., «Reestructuraciones e insolvencias: la encrucijada de la armonización europea», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, pp. 1-3.

²¹⁸⁷ Siguiendo la recomendación Comisión Europea comunicación de la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2012, presentada en Estrasburgo, venía a presentar la Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modificaba el Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo, *sobre procedimientos de insolvencia*, cuyo contenido venía a proponer hasta 50 modificaciones que afectaban a gran parte del texto del vigente Reglamento Europeo de Insolvencia del año 2000. Las líneas de actuación de dicha propuesta se movían, como es de sobra conocido, en: i) reformas sobre la configuración del procedimiento de insolvencia con elementos transfronterizos y; ii) la coordinación internacional de procedimientos concursales abiertos en varios Estados. Sobre la Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se pretendía modificar El Reglamento (CE) n.º

Reglamento Europeo de Insolvencia que modificaría el vigente Reglamento (CE) 2000/1346, de 29 de mayo, cuyo texto propuesto ha servido de base de trabajo para la aprobación definitiva del nuevo Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo (2015/848), de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia²¹⁸⁸. Como complemento a todo lo anterior, también cabe destacar la importante e imprescindible Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014²¹⁸⁹, que vino a perfilar un nuevo enfoque comunitario frente a las situaciones de insolvencia y de fracaso empresarial que se venían dando dentro del marco europeo y, cuyo objetivo primordial era ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión Europea²¹⁹⁰.

Esta Recomendación de la Comisión Europea de 2014 ha sido verdaderamente relevante porque establecía unas directrices que venían a conminar a los Estados miembros de la Unión Europea para que éstos promovieran medidas o reformas que coadyuvaran a introducir modernos procedimientos en materia de insolvencia para que todo tipo de deudor

1346/2000, véase el trabajo ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., «La propuesta de la comisión europea para la reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia», en *ADCo*, n.º 29, mayo-agosto, 2013, pp. 423-440.

En dicha propuesta, ya se ponía de relieve el problema con el que se encontraban muchos deudores insolventes que tenían que enfrentarse a lo costosos y largos procedimientos concursales que se convertían en verdaderos obstáculos para remover su estado de insolvencia, viéndose abocadas a la liquidación concursal, en lugar de poder acceder a una segunda oportunidad. Vid. en general sobre la propuesta de reforma del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, con fecha 12 de diciembre de 2012, el trabajo de ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., «La propuesta de la comisión europea para la reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia», en *ADCo*, n.º 29, mayo-agosto, 2013, pp. 423-440.

²¹⁸⁸ Vid. El nuevo Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 2º de mayo de 2015, que entrará en vigor el próximo día 26 de junio de 2017, en virtud del artículo 84, de dicha norma comunitaria.

²¹⁸⁹ Vid. La Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, *sobre un nuevo enfoque sobre la insolvencia y el fracaso empresarial*, DOUE (2014/135/UE), cuyo principal objetivo era ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión Europea.

²¹⁹⁰ ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «Exoneración de deudas y fresh start: ley concursal y recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 403 y ss.

(haciendo alusión, también al deudor persona natural²¹⁹¹) que atravesara por un estado de crisis, pudiera disponer de eficientes procedimientos de reestructuración preventiva, que evitaran que éstos devinieran insolventes²¹⁹²; además, dicha Recomendación venía a establecer unas pautas –esenciales– a la hora de ser regulados, por eso, los Estados miembros debían trabajar en nuevos procedimientos de insolvencia que fueran, en todo caso, eficientes, rápidos (flexibles) y, sobre todo, que no supusieran muchos costes para todos los operadores intervinientes o involucrados. La Comisión Europea tenía un objetivo claro: pretendía que todas las empresas comunitarias gozaran de las mismas oportunidades a través de la armonización de la normativa aplicable en todos los Estados miembros²¹⁹³, para afrontar una situación de crisis financiera, aplicando nuevas medidas que pudieran favorecer la concesión de una segunda oportunidad, independientemente del Estado miembro donde estuvieran domiciliadas²¹⁹⁴.

²¹⁹¹ La segunda parte de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, se centra en buscar directrices para los Estados miembros para que vayan introduciendo en sus Ordenamientos jurídicos concursales el beneficio de la «Segunda oportunidad», sobre todo de los deudores personas naturales que desarrollan actividades empresariales, comerciales, artesanales o profesionales sobre todo cuando estos han estado sometidos a un procedimiento de insolvencia, reforzando las posibilidades de conceder al deudor de buena fe el beneficio de poder volver a empezar sin deudas, (la condonación del pasivo insatisfecho, para que dicho deudor tenga la posibilidad de volver a empezar), la denominada segunda oportunidad. En España, el legislador hizo los deberes introduciendo el vigente artículo 178 bis de la Ley Concursal, introducido por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (procedente de la tramitación como Ley del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social) que regula el beneficio de la segunda oportunidad, que consiste en la exoneración del pasivo insatisfecho al deudor persona natural de buen fe que cumpla con determinados requisitos.

²¹⁹² Vid. ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «Exoneración de deudas y fresh start...», op. cit., pp. 394 y ss.

²¹⁹³ Hasta la fecha, las empresas no disponían de los mismos instrumentos y posibilidades para superar las situaciones de crisis financiera en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, pues existían relevantes diferencias entre las soluciones legales que ofrece cada Estado miembro de la UE. Vid. TORRALBA MENDIOLA, M., «La recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 299 y ss.; ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «Exoneración de deudas y fresh Start...», op. cit., pp. 394 y ss.

²¹⁹⁴ TORRALBA MENDIOLA, M., «La recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 299 y

Como ya hemos adelantado, el 12 de diciembre de 2012²¹⁹⁵, la Comisión Europea presentó en Estrasburgo una Propuesta²¹⁹⁶ de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para modificar el todavía – hoy – vigente Reglamento CE 2000/1346²¹⁹⁷, que supuso el punto de partida del proceso de modificación de dicho Reglamento²¹⁹⁸. Posteriormente, tras dos intensos años de trabajo y negociaciones, el 20 de noviembre de 2014 vio la luz un texto provisional como resultado de todas las negociaciones llevadas a cabo entre el Consejo y el Parlamento Europeo, seguido de la publicación el 17 de marzo de 2015 de la posición del Consejo en primera lectura de la adaptación de un nuevo de un nuevo texto refundido del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia de fecha 12 de marzo de 2015. Finalmente, dicho texto refundido, se materializaba con la aprobación por la sesión plenaria del Parlamento Europeo en Estrasburgo del nuevo Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia²¹⁹⁹, que entrará en vigor y, será de aplicación a los procedimientos de insolvencia que se abran a partir del próximo 26 de junio de 2017 (*ex art. 84* Reglamento UE 2015, 848²²⁰⁰), con el que, a pesar de que no

ss.; ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «Exoneración de deudas y fresh Start...», *op. cit.*, pp. 395 y 396, concretamente la nota a pie de página n.º 11.

²¹⁹⁵ Vid., la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo Europeos elaborada por la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2012, (COM) 2012, 744 Final.

²¹⁹⁶ Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) 2000/1346, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (COM/2012) 744 final. Vid. el trabajo de ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., «La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia», en ADCo, n.º 29, mayo-agosto, 2013, pp. 423-440.

²¹⁹⁷ Reglamento (CE) 2000/1346, del Consejo, 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

²¹⁹⁸ ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., «La propuesta de la comisión...», *op. cit.*, pp. 423 y ss.

²¹⁹⁹ GÓMEZ BERNARDO, N., «Primera aproximación al nuevo Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 1-8.

²²⁰⁰ Como apuntaba el profesor GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «es cierto que esta *vacatio legis* puede parecer excesiva, pero hay que tener en cuenta que, pese a ser una norma de eficacia directa (Reglamento Comunitario), la aplicación de algunos de sus preceptos requiere la introducción de normas de acompañamiento nacionales, lo que conllevará en nuestro caso más reformas de la Ley Concursal. Por otra parte, y en la medida en que muchas modificaciones son de naturaleza interpretativa, en el nuevo texto, aún sin estar en vigor, ofrece un referente imprescindible para interpretar y aplicar el texto vigente, es decir, el Reglamento (CE)

afectará a muchas micro empresas y Pymes, se mejorará indudablemente la situación de los deudores que puedan acogerse a los procedimientos efectivos (comunicados por los diferentes Estados miembros para que fueran incluidos en el Anexo A) de reestructuración en determinados Estados miembros²²⁰¹. En definitiva, hemos podido observar que desde el año 2009 hasta la actualidad un verdadero afán «desenfrenado» por los legisladores de los diferentes estados miembros por introducir nuevos procedimientos preconcursales –siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea e, inspirados en, muchas ocasiones, en las legislaciones de otros Estados de derecho comparado– que pudieran ser incluidos en el ámbito de aplicación del nuevo Reglamento Europeo de insolvencia y, sirvieran, de forma efectiva, a los deudores que atravesaran por situaciones de crisis financieras, evitando que los mismos cayeran en el temido e incierto estado de insolvencia. Asimismo, tanto en el ámbito del Derecho comparado, como en Estado español, hemos sido testigos de una incesante actividad legislativa con su consiguiente proliferación de normas de reforma en materia concursal²²⁰², que han tratado de regular, ante todo, efectivos procedimientos preconcursales, que coadyuvaran a las empresas a dar solución

2000/1346, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «El nuevo Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia (I), en [<http://almacendederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-sobre-procedimientos-de-insolvencia-i/>], (consultado en julio 2015).

²²⁰¹ TORRALBA MENDIOLA, M., «La recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 300.

²²⁰² Desde el año 2009, el legislador ha mostrado una actividad de reforma legislativa casi incesante constante hasta la actualidad: a) El real Decreto 3/2009, de 27 de marzo de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal; b) La Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio; c) La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; d) El Real Decreto 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que se refrendó mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; e) El Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; f) El Real Decreto 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

a las situaciones de crisis financiera por la que atravesaban (refinanciando o reestructurando su deuda), evitando con ello la situación de insolvencia.

Por lo tanto, como ya hemos apuntado, desde el año 2009²²⁰³, el legislador español ha estado incesantemente reformando la Ley Concursal con el objetivo de perfilar, entre otras cosas, los denominados procedimientos concursales: i) el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis); ii) los acuerdos de refinanciación de la Disposición Adicional cuarta; y, iii) los acuerdos extrajudiciales de pagos, que el Estado español ha comunicado a la comisión para que, éstos formen parte de listado de procedimientos del Anexo A del nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia (UE) 2015/848, puesto que en el vigente Reglamento (CE) 2000/1346, éstos quedaban directamente excluidos al no encajar con la definición de procedimientos de insolvencia que establece el artículo 1.1, ni quedar recogido, expresamente, en el listado de procedimientos comunicados por los estados miembros a la Comisión (Anexo A del, todavía hoy vigente, Reglamento Europeo de Insolvencia 2000/1346, de 29 de mayo²²⁰⁴).

Como es sabido, el procedimiento de concurso ex art. 5 bis LC (para nosotros el único procedimiento concursal completo en la vigente Ley Concursal española²²⁰⁵), los acuerdos de refinanciación de la Disposición

²²⁰³ Vid., la nota a pie de página anterior.

²²⁰⁴ Como es conocido el Anexo A del vigente Reglamento CE 2000/1346, del Consejo, de 29 de mayo, del sobre procedimientos de insolvencia contenía hasta el 29 de septiembre de 2016, las referencias a las tres procedimientos comunicados, en su día, por las autoridades españolas: (suspensiones de pagos, quiebra y suspensión de pagos), pero con la aprobación del Reglamento de Ejecución (EU) 2016/1792, del Consejo, de 29 de septiembre de 2016, se sustituyen los Anexos A, B y C del Reglamento (CE) 2000/1346, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, dejando solamente como procedimiento comunicado por las autoridades españolas: «el concurso», por lo tanto, desde el día siguiente a la aprobación de dicho Reglamento, el único procedimiento español que reza incluido en el Anexo A del Reglamento (CE) 2000/1346, de 29 de mayo, es el «concurso». A pesar de ello, dentro de poco dicha relación aumentará con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo sobre procedimiento de insolvencia, cuyo Anexo A incluye: i) el concurso; ii) el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación; iii) procedimientos de acuerdo extrajudicial de pagos; iii) procedimiento de negociación para publica para la consecución de acuerdo de refinanciación colectivos, acuerdo de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio.

²²⁰⁵ Como hemos adelantando en el capítulo anterior y, como veremos –con intensidad– en el posterior epígrafe donde desarrollaremos los negocios jurídicos que se pueden llevar en el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis), en el presente trabajo defendemos la tesis de que el

único procedimiento preconcursal vigente en nuestra actual Ley Concursal (tras todas las reformas llevadas a cabo en el ámbito concursal) es el procedimiento de precurso albergado en el artículo 5 bis de la propia Ley. Tal afirmación, aunque pueda parecer descabellada no lo es, pues, en ningún caso, se está dejando al margen a los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª y, los acuerdos extrajudiciales de pagos (arts 231 y ss); lo que ocurre, es que, nosotros entendemos que el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) es único y, que, en virtud de qué pretendamos negociar con los acreedores en dicho procedimiento, dicha negociación discurrirá o, se canalizará por una vía u otra; es decir, dependiendo del negocio jurídico que se quiera alcanzar en sede de precurso (ex art. 5 bis 1), mediante las negociaciones llevadas a cabo por el deudor y sus acreedores, el precurso discurrirá o se desarrollará por un determinada vía o proceder; el precurso como procedimiento de jurisdicción voluntaria se desdobra según el negocio jurídico que se vaya a llevar en el seno del mismo; estos desdoblamientos procedimentales (que también, por supuesto, tiene naturaleza de jurisdicción voluntaria, en realidad vienen a traducirse en las distintas vías o cauces (modalidades) procedimentales por los cuales el precurso puede desarrollarse (dependiendo de por cuál negocio jurídico opte el deudor), es decir, son una extensión del propio procedimiento de precurso y, por tanto, siguen siendo procedimientos de jurisdicción voluntaria. Por ejemplo, i) El deudor que decide solicitar el precurso ex art. 5 bis LC, para que, durante la tramitación del mismo, intentar negociar con los acreedores las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado, los que está claro es que, aquí, la finalidad del precurso es la de preparar el concurso de acreedores (finalidad instrumental o preparatoria) y, por tanto, como prescribe la norma, el deudor haya conseguido o no las adhesiones suficientes para admitir a trámite una propuesta de convenio anticipado, deberá instar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguientes (tras los tres meses desde la presentación de la solicitud de precurso), siempre y cuando, no haya removido su situación de insolvencia (ex art. 5 bis 5 LC). En el caso de que, tras la tramitación del precurso (ex art. 5 bis LC), el deudor en cuestión no hubiera conseguido remover su estado de insolvencia (haya conseguido o no las adhesiones suficientes para admitir a trámite una propuesta anticipada de convenio), deberá instar la solicitud de concurso a la que podrá adjuntar la propuesta anticipada junto a las adhesiones suficientes (alcanzadas en el precurso: 1/10 parte del pasivo) de los acreedores de cualquier clase que la respalden (arts. 104.1 y 106.1 LC). En este caso, todos los efectos que se despliegan con la solicitud de precurso se extinguirán cuando se declare judicialmente el concurso posterior (art. 5 bis 4 I LC) y, por tanto, en tal circunstancia el precurso desembocará o conectará –salvo que se haya conseguido remover la insolvencia– con la misma solicitud de declaración de concurso que, al contar con la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, se entiende que se tramitará en un periodo de tiempo relativamente menor, pudiendo salir el deudor del mismo con la aprobación judicial de un convenio. ii) Cuando el deudor opte por solicitar el precurso para llevar a cabo las negociaciones tendentes a la suscripción de un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 LC), contará con, hasta un máximo de seis (2+3+1) meses para negociarlo con sus acreedores y, los efectos que se desencadenan con la solicitud de precurso estarán vigentes hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación ex art. 71 bis 1 LC (art. 5 bis 4 I a) LC), momento en cual se tendrá por concluido el procedimiento de precurso. En el caso de que el deudor durante la tramitación del precurso no alcance dicho acuerdo de refinanciación ex art. 71 bis 1 LC y, por tanto, no se hubiera conseguido remover el estado de insolvencia, el precurso se tramitará hasta que venza el mes hábil siguiente, momento en que dicho deudor tendrá la carga procesal de instar la declaración de concurso (ex art. 5 bis 5); iii) Cuando el deudor opte por solicitar el precurso para llevar a cabo las negociaciones tendentes a la suscripción de un acuerdo de refinanciación (Disp. Adicional 4ª LC), contará con hasta un máximo de seis (2+3+1) meses para negociarlo con sus acreedores y, los efectos que se desencadenan con la solicitud de precurso estarán vigentes hasta que se dicte la providencia que admita a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación (art. 5 bis 4 I b) LC), momento en el cual, se produce el desdoblamiento o extensión procedimental del precurso, pues, el mismo se conecta con el procedimiento de homologación del acuerdo de refinanciación que sigue siendo una extensión del precurso, cuya naturaleza sigue

Adicional cuarta de la Ley Concursal y, los acuerdos extrajudiciales de pagos (ex arts. 231 y ss. LC), tienen difícil encaje en la definición de procedimientos de

recayendo en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y, además, el juez competente para conocer de la homologación del acuerdo de refinanciación (ex Disp. Adicional 4ª) es a nuestro juicio el juez o magistrado titular del órgano jurisdiccional que ha conocido del precurso; o, si el deudor no alcanzara el acuerdo de refinanciación durante los cuatro meses que concede el mismo, el precurso seguirá su tramitación hasta el vencimiento del siguiente mes hábil (con la protección que brinda el precurso (ex arts. 5 bis 4 I e) y 15.3 LC), momento en el cual el deudor deberá instar la solicitud de declaración de concurso (art. 5 bis 5); iv) Cuando el deudor opte por alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos mediante el procedimiento de precurso, (solicitará la designación del mediador concursal al notario o al registrador mercantil de su domicilio. Éstos últimos serán los encargados de nombrar al mediador y, cuando este acepte, deberán comunicar *ex officio* –tan rápido como sea posible– que el deudor ha iniciado las negociaciones con sus acreedores para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 5 bis 1 *in fine*). El deudor cuenta con tres meses a contar desde la comunicación al juzgado, con la paralización o suspensión de las ejecuciones (ex art. 235 2 a) LC), para llevar a cabo la negociación a través «del mediador» que será el que elaborará el plan de pagos, por lo tanto si dentro de los tres meses siguientes a la comunicación al juzgado del inicio de negociaciones con los acreedores se alcanza el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 5 bis 1 LC), el precurso se tendrá por finalizado en el preciso momento en el que se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos y, por tanto, en ese preciso momento, dejan de estar vigentes los efectos más relevantes del precurso, como por ejemplo las paralización o suspensión de las ejecuciones (ex art. 5 bis 4 I c) LC). En el caso de que en los tres meses de negociaciones tras la reunión con los acreedores no se alcance un acuerdo, porque la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara en estado de insolvencia, el mediador solicitará inmediatamente la declaración de concurso, que será declarada por el juez de manera inmediata (ex art. 238.3 LC); en este caso en el que se debe solicitar la declaración de concurso de forma inmediata por parte del mediador, y el juez lo declara de forma inmediata: *declaración automática del concurso consecutivo* (art. 238. 3 LC), por no haberse aceptado la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos (en la reunión con los acreedores), la paralización y/o suspensión de las ejecuciones judiciales estaría vigente hasta la misma declaración judicial de concurso consecutivo (art. 5 bis 4 I e LC). Como podemos observar el procedimiento de precurso y el despliegue de sus efectos, son únicos, lo que ocurre es que, según la comunicación que se efectúe el juzgado, es decir, según lo que se comunique que se va a llevar a cabo en sede de precurso: se van a iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 LC); un acuerdo de refinanciación homologado (Disp. Adicional 4ª), se va a buscar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (arts. 5 bis 1 y 106 y ss. LC), o, se intentará alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 5 bis 1 y 231 y ss. LC), el precurso se desarrollará (o tramitará) de una manera u otra, dependiendo de qué negocio jurídico pretenda llevar a cabo el deudor, cuestión que deberá indicar con precisión en su solicitud de precurso. Por todo lo esgrimido es posible afirmar que el precurso es el instituto precursal –único– que da soporte procedimental a los *negocios jurídicos* (acuerdo de refinanciación ex art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª LC; un acuerdo extrajudicial de pagos; o iii) alcanzar adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio), que vaya a llevar a cabo el deudor para intentar remover su situación de insolvencia. La solicitud de precurso pone en marcha diversos efectos de protección para garantizar, de alguna manera, que el deudor pueda llevar a cabo las negociaciones para alcanzar alguno de los negocios jurídicos anteriormente indicados deudores durante el precurso y los efectos que se desprenden del precurso son las protecciones de garantía para que, al menos, el deudor pueda negociar en el precurso, con cierto «margen de tranquilidad» (v., gr., la paralización de las solicitudes de concurso necesario, la paralización y/o suspensión de determinadas ejecuciones, el aplazamiento de la solicitud del deber de solicitud de concurso), que le permita al deudor conseguir formalizar cualquiera de los negocios jurídicos que permite el artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal.

insolvencia que se prevé en el actual artículo 1.1 del vigente Reglamento Europeo 2000/1346, además, por motivos obvios, tampoco encajan en ninguno de los tres procedimientos que, en su día, el Estado español comunicó a la Comisión Europea, para que fueran incluidos en el Anexo A: i) *la suspensión de pagos*; ii) *la quiebra* y, iii) *el concurso de acreedores*²²⁰⁶.

Tras la intensa incorporación de numerosos procedimientos concursales en los diversos Estados miembros de la Unión Europea, se empezaron a observar, sobre todo en el Estado Español, ciertas distorsiones a la hora de encajar dichos procedimientos en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2000/1346, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia²²⁰⁷, ya que, en muchas ocasiones siempre han planteado situaciones conflictivas que debían resolverse. Unos de las primeras figuras concursales que vino generando conflictos de *Forum shopping*²²⁰⁸ en las grandes refinanciaciones, sobre todo, por su discutible reconocimiento en el Estado español, ha sido el *Schemes of arrangement* inglés²²⁰⁹. Aunque, tras la aprobación

²²⁰⁶ Vid. el Anexo A del Reglamento CE 2000/1346, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia vigente hasta el pasado día 29 de septiembre de 2016, en el que se incluía: i) la suspensión de pagos; ii) la quiebra; y, iii) el concurso. A partir del 30 de septiembre de 2016, tras la aprobación del Reglamento de ejecución (UE) 2016/1792 del Consejo, de 29 de septiembre de 2016, por el que se sustituyen los Anexos A, B y C del Reglamento (CE) 2000/1346, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, donde España sólo deja en el Anexo A: el «concurso» como único procedimiento incluido en el Anexo A, a la espera de que entre en vigor el próximo 26 de junio de 2017, el nuevo Reglamento UE 2015/848, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.

²²⁰⁷ Reglamento vigente hasta el 26 de junio de 2017; dicho Reglamento tiene su origen en un Convenio: El convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995, que no llegó a ser promulgado como tal, puesto que tras su elaboración, la Comunidad Europea (en virtud del Tratado de Amsterdam) asumió competencias en materia de conflictos de leyes y cooperación judicial civil y optó por transformar el texto íntegro de dicho convenio en un reglamento comunitario, cuyo resultado es el Reglamento CE 2000/1346, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales en el reglamento europeo de insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 96-97.

²²⁰⁸ PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Incidencia normativa y jurisprudencia comunitaria sobre insolvencia. El nuevo Reglamento Europeo 2015/848, sobre procedimientos sobre insolvencia, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M^a (dir.), AA. VV., *Las Administraciones Públicas en el concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 815.

²²⁰⁹ No se pueden perder de vista los dos trabajos que han estudiado en profundidad sobre si era posible o no reconocer los *Schemes of arrangements* ingleses en el Ordenamiento jurídico Español desde dos puntos de vista diferentes; vid. CARRASCO PERERA, Á., Y TORRALBA

MENDIOLA, E., «*Schemes of arrangement* ingleses para sociedades españolas: una crítica», en *RdCyP*, n.º 14, 2011, pp. 349 y ss., cuyos autores sostenían que no podía defenderse la oponibilidad de los *Schemes of arrangement* sujeto al derecho inglés cuando la sociedad que interviene en su adopción tiene su COMI en España, bien porque no cabe su reconocimiento por ninguna de las vías previstas por el ordenamiento jurídico español en los casos en los que la sociedad tiene en Inglaterra un establecimiento, bien porque, incluso teniéndolo, los límite a la eficacia de los *Schemes of arrangement* –similares a los propios de los procedimientos territoriales o secundarios– lo hacen inoponible en las situaciones en las que pudiera llegar a alegarse. En puridad, dichos autores llegan a la conclusión de que la eficacia de los *Schemes of arrangement* no puede pretenderse por el Reglamento Europeo de Insolvencia vigente CE (2000/1346), de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, pues no entran dentro del ámbito material de dicho Reglamento, ni los mismos se encuentran en los incluidos en los procedimientos del Anexo A del Reglamento. También desechan la posibilidad de aplicar el Reglamento Bruselas I, pues el artículo 1.2 b de dicho Reglamento excluye expresamente de su ámbito de aplicación (la quiebra, los convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos), por lo que se estaría excluyendo la posibilidad de reconocer mediante los mecanismos que establece los Schemes con finalidad concursal. Según la opinión de dichos autores, si el Reglamento Bruselas I excluye su aplicación a las situaciones concursales es porque se quieren limitar las posibilidades de reconocimiento a los supuestos previstos en el Reglamento Europeo de Insolvencia CE (1346/2000); y, si una situación concursal específica como los *Schemes of Arrangement* no se incluye en el Reglamento CE 2000/1346, no puede ser reconocido, puesto que el legislador europeo no permite que procedimientos concursales que afecten a deudores cuyo COMI se sitúe en un Estado Miembro no específicamente contemplado por el legislador europeo produzcan efectos en el ámbito de la UE. Después de desechar la vía del exequatur a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la vía de los artículos 199 y 220 la Ley Concursal por resultar ambas difíciles de justificar, dichos autores plantearon la posibilidad de intentar reconocer a los *Schemes of arrangement* por la vía del «reconocimiento conflictual», por el cual son reconocibles en España las resoluciones adoptadas por la autoridad extranjera cuyo ordenamiento sea aplicable al supuesto (por lo que se podría defender el reconocimiento de los Schemes por esta vía, pero aunque pudiera ser reconocible un *Schemes of arrangement* en España, para dichos autores sería inútil porque no impediría al acreedor que no votó a favor del *Scheme* reclamar en España toda la totalidad de su crédito y, en su caso, pretender la ejecución de bienes situados en España, a los que no podría alcanzar aquél; por lo tanto la resolución se reconocería en España como resolución concursal que, debido a quien la dicta (el juez inglés) no puede tener un alcance mayor que el que produciría un procedimiento territorial. En contra y con argumentos opuestos parecía pronunciarse GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «La eficacia en España de los *Schemes of arrangement* ingleses», en *RdCyP*, n.º 13, 2010, pp. 383 y ss., que entendía que: i) los *Schemes of arrangement* son una institución del Derecho británico que, entre otras cosas, conlleva una modificación material de los términos y condiciones de un derecho de crédito u que se impone contra la voluntad de los acreedores minoritarios afectados; ii) el reconocimiento de los efectos de un *scheme* por una autoridad española puede intentarse por dos caminos: como un reconocimiento procesal o, por un reconocimiento conflictual ; iii) la opción del reconocimiento procesal (mediante reconocimiento y ejecuciones de decisiones extranjeras debía descartarse, puesto que un *Scheme* no responde al tipo de decisiones al que se refieren los anteriores a las que se les puede aplicar el reconocimiento procesal; iv) el reconocimiento por vía conflictual conlleva que los efectos sólo van a ser reconocidos por nuestras autoridades si la Ley Inglesa es la Ley aplicable a dichos efectos según nuestras normas de conflicto; v) esa condición se da cuando la Ley inglesa sea la Ley que rige los créditos afectados por el *Scheme* conforma a las normas de conflicto generales, como el Reglamento Roma I cuando se trate de créditos contractuales. En este caso, además, será difícil concluir que el *Scheme* sea contrario al orden público español.

Desde un punto de vista general, véase la dinámica y funcionamiento de los *Schemes of arrangement* ingleses como instrumento para reestructurar el pasivo de las empresas en el Reino

del nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia 2015/848, de 29 de mayo, la cuestión ha perdido todo el interés que suscitó entre 2010 y 2011, al no incluirse en el Anexo A del mismo: los «*Schemes of Arrangement*» ingleses, pues, se ha entendido que los *Schemes of arrangement* ingleses son instrumentos basados en disposiciones generales del Derecho de sociedades inglés, no son un procedimiento preconcursal y, además, tampoco están concebidos exclusivamente para situaciones de insolvencia, por lo que no deben considerarse procedimientos basados en la legislación en materia de insolvencia (considerando 16º del Reglamento (UE) 2015/848, de 29 de mayo²²¹⁰); por lo tanto, los *Schemes of arrangement* anglosajones quedan indudablemente al margen del ámbito de aplicación del nuevo Reglamento europeo de insolvencia 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de mayo²²¹¹.

En la actualidad, como recientemente apuntaba el profesor GARCIMARTÍN ALFÉREZ, una vez que el legislador español ha comunicado nuevos procedimientos concursales para que fueran recogidos como en el Anexo A del Nuevo Reglamento Europeo, «por cumplir» con la definición autónoma ofrecida por el nuevo artículo 1.1 del nuevo Reglamento (UE)

Unido, en el trabajo de PAYNE, J., «*Schemes of arrangement* y reestructuración de deuda en el Derecho Inglés», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 315-328 (traducido por el profesor Francisco Javier ARIAS VARONA).

²²¹⁰ Vid. DE MIGUEL ASENCIO, P.A., «La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia», en *La Ley Unión Europea*, n.º 28, 28 de julio de 2015, p. 3; Según explica el Magistrado Especialista CGPJ en asuntos propios de lo Mercantil, Jacinto José PÉREZ BENÍTEZ, al no incluirse los *Schemes of arrangement* del Ordenamiento jurídico inglés, en el Anexo A del Reglamento europeo de insolvencia 2015/848, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, éstos caerían en el ámbito de aplicación del Reglamento (Bruselas I), según explica PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Incidencia de la normativa y jurisprudencia comunitaria sobre insolvencia...», op. cit., pp. 817, concretamente la nota a pie de página n.º 8.

²²¹¹ Véase el considerando n.º 16 del Reglamento UE 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, que expresamente deja al margen del ámbito de aplicación del Reglamento europeo de insolvencia a los *Schemes of Arrangement* del Derecho Inglés: «*El presente Reglamento se debe aplicar a los procedimientos que se basen en la legislación en materia de insolvencia. Sin embargo, los procedimientos que se basen en disposiciones generales del Derecho de sociedades que no estén concebidas exclusivamente para situaciones de insolvencia no deben considerarse procedimientos basados en la legislación en materia de insolvencia. De igual modo, los procedimientos a efectos de la reestructuración de la deuda no deben incluir los procedimientos específicos en los que se amorticen las deudas de las personas físicas con rentas muy bajas y un patrimonio de muy escaso valor, siempre que este tipo de procedimientos no establezca en ninguna circunstancia disposiciones para el pago a los acreedores*».

2000/848, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, ahora cobra relevancia el ver cómo se ha configurado el reconocimiento *automático* de nuestros procedimientos concursales en los restantes estados miembros de la Unión Europea²²¹².

En este sentido, no es desconocido el hecho de que el concurso en sus primeros años de rodaje (*ex antiquo* art. 5.3 LC) y, en su posterior regulación del artículo 5 bis de la ley Concursal, no quedaba incluido dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 2000/1346, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia²²¹³, ya que, entre otras cosas, no encajaba con la definición autónoma que ofrecía su artículo 1.1; además, dicho procedimiento concursal o híbrido²²¹⁴, tampoco estaba recogido en el listado previsto en el Anexo A²²¹⁵ del mismo, no siéndole, por tanto, de aplicación las normas que se

²²¹² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales en el Reglamento Europeo de insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 96; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., pp. 617 y ss.

²²¹³ El ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 2000/1346, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, regula los procedimientos de insolvencia en el ámbito intracomunitario, es decir, aquellos en los que el deudor tiene su *Center of Main Interests* (COMI) en el territorio de cualquier estado miembro de la Unión Europea, salvo en Dinamarca. Vid., con profundidad sobre el COMI los interesantes trabajos de VIRGÓS SORIANO, M., Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2003; CALVO CARAVACA A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho Concursal Internacional*, ed. Colex, Madrid, 2004, pp. 87-93.

²²¹⁴ Véase la definición de procedimientos híbridos que ofrece el profesor José María GARRIDO GARCÍA (*Senior Counsel of World Bank*), en su Estudio sobre los procedimientos extrajudiciales de reestructuración de deuda, en el que dice que dicha denominación se aplica a los procedimientos híbridos, que son aquellos que incorporan algunos elementos de los procesos formales de insolvencia para intentar eliminar los problemas que pueden plantearse en los procedimientos extrajudiciales de insolvencia. En puridad la negociación se lleva a cabo extrajudicialmente entre las partes implicadas, pero luego dicho acuerdo extrajudicial será homologado, sancionado o aprobado en sede judicial. Hay muchas opciones posibles en la regulación de los procedimientos híbridos, con diferentes grados de desjudicialización. El grado de desjudicialización dependería de la preparación y disponibilidad de los juzgados competentes, y de los problemas que surgen de los acuerdos extrajudiciales. Vid. GARRIDO GARCÍA, J.M.^a, «Out of Court Restructuring», in *A World Bank Study*, 2012, p. 47-51.

²²¹⁵ Anexo A del Reglamento (CE) 2000/1346, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, donde se recogen todos los procedimientos concursales que figuran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, partiendo de las comunicaciones que los Estados miembros han hecho a tal efecto. No siéndole de aplicación las normas que se desprenden del Reglamento (CE) 2000/1346, de 29 de mayo. En dicho Anexo A no se encontraban reconocidos los denominados procedimientos concursales o *hybrid procedures*, es decir, los procedimientos concursales o híbridos como así se vienen denominando por la

desprenden del Reglamento (CE) 2000/1346, de 29 de mayo²²¹⁶. El ámbito de aplicación del vigente Reglamento (CE) 2000/1346, se delimita mediante dos elementos: i) el material, donde se describían los procedimientos concursales; y, ii) el formal, que se correspondía con el propio Anexo A, donde cada Estado miembro incluye los procedimientos nacionales subsumibles dentro de esa definición²²¹⁷.

Cumpliendo con dicha obligación, el Estado español comunicó, en su día, como procedimientos concursales: i) *La suspensión de pagos*; ii) *La quiebra*; y iii) *el concurso de acreedores*; lógicamente viendo los procedimientos concursales comunicados, el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) no podía entenderse incluido dentro del término: «concurso de acreedores», pues, a

Comisión Europea (CE), el Banco Mundial (*World Bank*) y el Fondo Monetario Internacional (FMI).

²²¹⁶ El Magistrado especialista CGPJ en asuntos de lo mercantil Carlos NIETO DELGADO decía, con respecto al antiguo y derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal y el Reglamento (CE) 1346/2000 que: «tendremos que concluir que el efecto extraterritorial de la moratoria del artículo 5.3 de la Ley Concursal en los restantes países de la Unión Europea, previsto en la normativa interna española no podrá buscarse apelando ningún otra tipo de disposición convencional o autónoma, por más que la comunicación del inicio de negociaciones (ex *antiquo* art. 5.3), no esté dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 1346/2000, vid. NIETO DELGADO, C., «Comunicación previa del art. 5.3...», op. cit., pp. 202-203; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 617-618 *Ibidem*, Ley 9/2015, de reforma urgente concursal...», op. cit., pp. 49-53., sobre esta cuestión, la profesora PULGAR EZQUERRA insinuaba (aunque reconoce que es discutible) que se podía buscar el reconocimiento de los efectos extraterritoriales (la posibilidad de oponer los efectos del precurso en los tribunales de otros Estado miembro de la UE) del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, sobre la base de aplicar el Régimen del Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre (Bruselas I bis) y/o Reglamento 593/2008, de 17 de junio (Roma) o Reglamento 44/2001; por otro lado DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia», en *La Ley Unión Europea*, n.º 28, de 28 de julio, 2015, pp. 3 y 4., cuyo autor nos viene a decir que «resulta particularmente relevante que el preámbulo del nuevo Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo, sobre procedimientos sobre insolvencia (al que nos referiremos a continuación), si bien afirma que «el mero hecho de que un procedimiento nacional no figure en la lista del Anexo A del nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia, no ha de significar que dicho procedimiento esté sujeto al Reglamento (UE) 1215/2012», por lo tanto, se confirma que en aplicación a lo anterior deben evitarse resquicios normativos con el Reglamento Bruselas I (considerando 7º), de modo que éste será normalmente aplicable a los procedimientos que queden al margen del Nuevo Reglamento (UE) 2015/848, de 29 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia por no ser procedimientos de insolvencia.

²²¹⁷ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales...», op., cit., p. 97; *Ibidem*., «El nuevo reglamento europeo de insolvencia (II): ámbito de aplicación», en [<http://almacenedderecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia-ii-ambito-de-aplicacion/>], (Consultado en septiembre de 2015)

nuestro juicio, son dos instituciones diferentes que no pueden parangonarse. A pesar de ello, la doctrina²²¹⁸ intentó equiparar el procedimiento de precurso al «curso de acreedores», insinuando que el precurso (ex art. 5 bis LC) podría formar parte del proceso concursal, como una fase previa o preliminar del mismo²²¹⁹; pero, la realidad nos indica que el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) no podía identificarse con la declaración de curso²²²⁰, ni tan siquiera con la preparación de la misma²²²¹ y, por tanto, tampoco podía encajar en ninguno de los tres procedimientos comunicados en su día por España,

²²¹⁸ Vid., por todos NIETO DELGADO, C., «Comunicación previa del art. 5.3 LC, nuevos institutos concursales y Reglamento (CE), 1346/2000», en *RdCyP*, n.º 15, 2011, p. 202. El Magistrado especialista en asuntos de lo mercantil insiste en la idea de que: «no queda muy claro que el procedimiento de precurso regulado en el artículo 5 bis de la Ley Concursal no forme parte del procedimiento de curso de acreedores, al menos en una fase incipiente o preliminar del mismo». Según el autor pudiera alegarse que la comunicación previa, aunque preceda a la declaración judicial de curso, en realidad forma parte del procedimiento concursal, entendido éste en sentido lato. Para ello aduce los siguientes argumentos: «Es cierto que, declarado judicialmente el curso con posterioridad a la comunicación previa, los efectos de la declaración no se retrotraen a la presentación de la comunicación. Ahora bien, no podemos ignorar que la comunicación previa del art. 5.3 LC: a) viene regulada en la misma Ley Concursal; b) se presenta justamente ante el juez de lo mercantil competente para la declaración de curso; c) detiene la tramitación de otras solicitudes de curso necesarias; d) por lo menos en la redacción vigente del precepto, termina con la solicitud de curso voluntario ante el mismo órgano judicial. No es absolutamente seguro afirmar que la comunicación previa no forma parte del procedimiento de curso de acreedores, al que se refiere el Anexo A del Reglamento (CE) 2000/1346, al menos en una fase incipiente o preliminar del mismo». *A pesar de los esfuerzos de dicho autor por entender que el procedimiento de precurso (ex antiguo art. 5.3 LC) forma parte del procedimiento de curso, a nuestro entender no es posible hacer dicha afirmación, puesto que el precurso (ex art. 5.3 LC), es un procedimiento de jurisdicción voluntaria totalmente ajeno al proceso de declaración de curso, de naturaleza eminentemente jurisdiccional. En el precurso el juez de lo mercantil competente para conocer de la vieja comunicación previa ex art. 5.3 no realizaba, en ningún caso función jurisdiccional, como si ocurre en el proceso de declaración de curso, en el que el Juez enjuicia y, hace ejecutar lo juzgado en palabras del artículo 117 de la Constitución Española, pero en el precurso no realiza tal función. Además, el precurso regulado en el derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, se postulaba, en nuestra opinión, como un procedimiento concursal incompleto, cuya finalidad subyacente era la de evitar el proceso de declaración de curso; en este sentido aunque el viejo precepto decía que en todo caso, hubiera conseguido las adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado o no, debía solicitar el curso; pero, a pesar de la letra de la Ley, si el deudor durante la tramitación del precurso consiguiera salir del estado de insolvencia actual, no tendría la carga de instar el curso tras el vencimiento del plazo del viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal, por eso, nos mostramos en total desacuerdo con los argumentos utilizados por el autor, para intentar integrar el precurso como fase preliminar del procedimiento de curso de acreedores (la cursiva es nuestra).*

²²¹⁹ Vid. NIETO DELGADO, C., «Comunicación previa del art. 5.3 LC...», op., cit., p. 202

²²²⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op., cit., p. 547, concretamente la nota a pie de página n.º 533.

²²²¹ *Ibidem*.

debido a que el precurso (ex art. 5 bis LC) es un procedimiento preconcursal que puede preceder –o no– a un concurso, pero que, en puridad, es un procedimiento preconcursal autónomo e independiente al «concurso de acreedores», cuya finalidad primordial es evitar éste último.

El artículo 1.1 del Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo, recogía el elemento material que consistía en la definición autónoma de procedimiento concursal: « *i) Procedimientos colectivos, ii) fundados en la insolvencia del deudor iii) que impliquen un desapoderamiento parcial o total de este último y, iv) el nombramiento de un síndico*»; mientras que en el Anexo A del Reglamento 2000/1346, se establece el elemento formal, en el que cada Estado miembro incluía los procedimientos nacionales que pueden ser subsumidos dentro de la definición autónoma que nos ofrece el artículo 1.1. del Reglamento europeo de insolvencia (2000/1346), actualmente vigente hasta el 26 de junio de 2017 (ex art. 84 del Reglamento UE 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo)²²²².

Como podemos observar, originariamente, en virtud de la anterior definición autónoma que establecía los cuatro requisitos que debe cumplir todo procedimiento concursal para poderse beneficiarse del régimen de reconocimiento recíproco que regía en dicho texto comunitario, no se plantearon problemas con los procedimientos concursales que regulaba cada Estado miembro, ya que, normalmente, todos encajaban dentro de dicha definición; por ejemplo, en España el procedimiento de declaración judicial de concurso cumplía con todas las exigencias establecidas en el artículo 1.1 Del Reglamento europeo de insolvencia del año 2000. No obstante, durante estos últimos seis años se han ido instaurando nuevos procedimientos preconcursales que, a pesar de haber sido un gran avance para dar solución a las situaciones de insolvencia en los diferentes Estados miembros, quedaban al margen de la

²²²² Vid. El artículo 84 del nuevo Reglamento UE 2015/848, del Parlamento europeo y del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia, que es el que prevé la entrada en vigor de dicho Reglamento para el próximo 26 de junio de 2017. Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «El nuevo reglamento de insolvencia (II): ámbito de aplicación», en [<http://almacendederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia-ii-ambito-de-aplicacion/>], (Consultado en septiembre de 2015).

definición del artículo 1.1, del Reglamento europeo 2000/1346, del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (y, por tanto, en un limbo jurídico), pues, aunque de ellos pudiera predicarse cierta nota de colectivización, no se da en los mismos un desapoderamiento total ni parcial del deudor, ni tampoco se nombra a síndico alguno²²²³. Por ejemplo, en España, el precurso (ex arts. 5.3 y 5 bis LC), no encajaba con dicha definición (ex art. 1.1 Reglamento (CE) 2000/1346; en primer lugar, debido a que el precurso del artículo 5.3 y posterior 5 bis de la Ley Concursal a pesar de que pudieran tener cierto elemento de colectivización, no se trataban de un procedimiento colectivo *stricto sensu*; en segundo lugar, porque en el procedimiento de precurso no hay desapoderamiento del deudor (ni total, ni parcial), de hecho, el deudor mantiene la posesión (*debtor in possession*) y, por último lugar, en el precurso tampoco se nombra a un síndico u órgano de administración concursal²²²⁴.

En cualquier caso, es cierto que, aunque se entendiera (forzadamente) que el procedimiento de precurso se pudiera quedar incluido dentro de la acepción «curso de acreedores» que se comunicó por el Estado español para que fuera incluido en el Anexo A, la resolución por la cual se tuviera por efectuada la comunicación previa (ex *antiquo* art. 5.3 y, actual 5 bis de la LC), el auto (con el antiguo art. 5.3) o, el decreto²²²⁵ (con el actual art. 5 bis), no podría

²²²³ Estos procedimientos precursoales que quedan fuera de la definición del artículo 1.1 del Reglamento europeo de insolvencia del año 2000, y, por tanto, no se beneficiaban del reconocimiento recíproco que rige en dicho texto normativo comunitario; algunos ejemplos de estos procedimientos precursoales; los Schemes of arrangement, el concordato preventivo, los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, el precurso (ex art. 5 bis LC), etc..., véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «El nuevo Reglamento europeo de insolvencia (II): ámbito de aplicación», en [<http://almacenederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia-ii-ambito-de-aplicacion/>](Consultado en septiembre de 2015).

²²²⁴ NIETO DELGADO, C., «Comunicación previa del art. 5.3 LC...», op. cit., p. 202; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursoales...», op. cit., p. 97.

²²²⁵ En el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal del diciembre de 2011, en el que tras la redacción del art. 5 bis 3, parecía entenderse que la resolución por la cual se dejaría constancia de que el deudor había comunicado previamente la inicio de las negociaciones con los acreedores sería *Diligencia de constancia* (que sería dictada por el secretario judicial) pero, como es sabido a partir de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en la práctica se optó porque el secretario judicial dictara su resolución mediante decreto, aunque, no ha sido hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, en medidas urgentes en materia concursal, cuando se ha

considerarse de modo alguno como una resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia y, por tanto, dichas resoluciones no podían beneficiarse del reconocimiento automático en los restantes Estados miembros, con la finalidad de extender a los mismos los efectos del precurso previstos por el Derecho español (ex art. 5 bis LC), siguiendo los postulados de los artículos 16 y 17 del Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia²²²⁶. En definitiva, si el auto o el decreto del precurso (ex art. 5 bis) hubiera de tener efectos extraterritoriales en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea (ex art. 5 bis LC), no lo será por aplicación del Reglamento CE 2000/1346, como veremos en el epígrafe posterior; además, como como bien apuntaba NIETO DELGADO, la aplicación de la normativa comunitaria es *excluyente* de otras normas nacionales relacionadas con la apertura de procedimientos de insolvencia principales y territoriales y, por ello, no se podrá buscar la extensión de los efectos del precurso a los demás Estados miembros acudiendo a otras normas o disposiciones comunitarias de carácter convencionales o autónomas²²²⁷, por el hecho de que el procedimiento de precurso no esté dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 2000/1346²²²⁸.

incluido expresamente la palabra decreto, concretamente, en el vigente artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal.

²²²⁶ NIETO DELGADO, C., «Comunicación previa del art. 5.3...», op. cit., p. 202; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales...», op. cit., p. 97.

²²²⁷ En contra de esta opinión se pronuncia la profesora PULGAR EZQUERRA que dice que es posible (aunque reconoce que es discutible) hacer valer la eficacia del precurso ex art. 5.3 y posterior artículo 5 bis de la Ley Concursal, en aplicación de otras disposiciones comunitarias (Régimen del Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre [Bruselas I Bis] y/o Reglamento 593/2008, de 17 de junio [Roma]) o normas nacionales de Derecho Internacional Privado. Vid. PULGAR EZQUERRA, J. «Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...», op. cit., pp. 49-53; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, op. cit., p. 617; Garcímartín Alférez también piensa que es discutible si estos procedimientos preconcursales (no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento europeo de insolvencia 2000/1346) quedaban sujetos a los Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre (Bruselas I bis) y/o el Reglamento 593/2008, de 17 de junio (Roma I). Vid. GARCÍMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «El nuevo Reglamento...», [<http://almacenederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia-ii-ambito-de-aplicacion/>], Consultado en septiembre de 2015.

²²²⁸ Vid. NIETO DELGADO, C., «Comunicación previa del art. 5.3...», op. cit., p. 201.

En este sentido, a pesar de que el precurso (ex art. 5 bis LC) se iba configurando –paulatinamente– como un verdadero procedimiento preconcursal, dicho instituto tampoco se encontraba dentro del listado de procedimientos del Anexo A²²²⁹; por todo ello, el *auto* por el cual se dejaba constancia de que el deudor había solicitado del precurso (ex *antiquo* art. 5.3) y, posteriormente el *decreto* dictado por el actual letrado de la Administración de Justicia (ex art. 5 bis LC), no gozaban de dimensión internacional o comunitaria, pues, carecían de efectos extraterritoriales y, por tanto, sus efectos no se podían extender o reconocer en ningún Estado miembro de la Unión Europea, quedando su eficacia limitada al ámbito nacional²²³⁰. Finalmente tenemos que decir que, como bien dice el profesor GARCIMARTÍN ALFÉREZ, no existe certeza de sí y bajo qué condiciones un acuerdo de refinanciación homologado por un juez español en virtud de la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, pueda ser oponible a un acreedor disidente que reclama el cobro de su crédito ante el juez de otro estado miembro; las cuestión es discutible, pero, sobre lo que no cabe duda es que la solución a estas situaciones controvertidas, actualmente, vigente el Reglamento CE 2000/1346, no se puede buscar en el Reglamento de insolvencia actualmente vigente²²³¹. Aunque esta situación, tiene los días contados puesto que, como es de sobra conocido, el próximo 27 de junio de 2017 entrará en vigor el Reglamento UE 2015/848, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia que, para resolver todos los problemas anteriormente expuestos, ha extendido su ámbito de aplicación a los procedimientos preconcursales, y, por tanto, la competencia judicial para abrir

²²²⁹ Vid. NIETO DELGADO, C., «Comunicación previa del art. 5.3...», op. cit., p. 202

²²³⁰ NIETO DELGADO, C., «Comunicación previa del art. 5.3...», op. cit., p. 202; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales...», op., cit., p. 97; Por otro lado, según entendía la profesora PULGAR EZQUERRA: «no se podía garantizar que los efectos conectados al precurso ex *antiquo* art. 5.3 y actual artículo 5 bis de la Ley Concursal y, en particular, la prohibición de solicitud de concurso necesario o la paralización de ejecuciones sobre bienes necesarios para la continuidad profesional o empresarial del deudor (del actual artículo 5 bis 4 LC), fuera oponible en el estado donde se hubiera incoado dicha ejecución, es decir, ante un juez ordinario de otro estado miembro. Vid., PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursabilidad y acuerdos de reestructuración empresarial...*, op. cit. P. 618.

²²³¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales en el Reglamento Europeo de insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 96.

un procedimiento preconcursales con alcance universal le corresponderá exclusivamente a las autoridades del Estado miembro donde el deudor tenga un centro de intereses principales (COMI o CIP); en este caso, los efectos que se desencadenen con la solicitud de concurso (ex art. 5 bis) se extenderá a todos los estados miembros, salvo a Dinamarca, con las excepciones que impone el artículo 5 del Reglamento sobre insolvencia²²³².

1.2. Los efectos extraterritoriales del concurso (ex art. 5 bis LC) tras la aprobación del nuevo Reglamento UE 2015/848, de 20 de mayo

Como es sabido, el pasado 20 de mayo de 2015 se aprobó el Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo²²³³, que ha venido a revisar (y refundir) el viejo Reglamento UE 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia²²³⁴; el nuevo Reglamento sobre procedimientos de Insolvencia coexistirá con otras normas de Derecho Internacional, diversos Derechos procesales, y, determinados principios o directrices en materia de supuestos de insolvencia transfronteriza: como normas de *soft law*²²³⁵.

La reforma llevada a cabo ha sido muy ambiciosa y amplia, pues como se puede observar, se han reformado numerosas cuestiones y, se han introducido casi el doble de los artículos con los que cuenta el vigente Reglamento Europeo 1346/2000²²³⁶, lo que nos indica que no ha sido un mera revisión del Reglamento 1346/2000, sino que se ha producido una *refundición* de los textos

²²³² Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales...», op. cit., p. 97.

²²³³ Vid. El nuevo Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), que entrará en vigor el próximo 26 de junio de 2017 (ex art. 84)

²²³⁴ Aunque, en puridad, no se trata de una mera reforma, sino que, lo que se ha venido a dar en una refundición de los dos textos normativos.

²²³⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursabilidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., p. 618, concretamente la referencia a pie de página n.º 603.

²²³⁶ Se ha pasado de los 47 artículos con los que cuenta el vigente Reglamento (CE) 2000/1346, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, a los 92 artículos con los que cuenta el nuevo Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, cuya entrada en vigor será el próximo el 26 de junio de 2017 (ex art. 84), y que vendrá a sustituir al Reglamento (CE) 1346/2000.

normativos con numerosas novedades²²³⁷. En lo que ahora nos interesa, una de las cuestiones más relevantes que se ha modificado por el nuevo Reglamento (UE) 2015/848 ha sido la extensión del ámbito de aplicación a los denominados procedimientos concursales o híbridos²²³⁸, a diferencia de lo que ocurre con el vigente Reglamento (CE) 2000/1346, de 29 de mayo, el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC) ha pasado a formar parte del listado establecido en el Anexo A, de dicho Reglamento²²³⁹.

En el artículo 1.1 del nuevo Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo, se regula el ámbito de aplicación del dicho Reglamento, y viene a decir lo siguiente:

«El presente reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos públicos, incluidos los procedimientos provisionales regulados en la legislación en materia de insolvencia y en los que, a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación:

²²³⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales...», p. 96.

²²³⁸ Además de la extensión del ámbito de aplicación del Reglamento al procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC), en el nuevo Reglamento 2015/848, de 20 de mayo, también destacan otras novedades introducidas, como: i) clarificar el concepto de denominado Centro de Intereses Principales (COMI o CIP), en el que se refuerza el control judicial sobre el mismo, para que se no se den interpretaciones que den lugar a foros ficticios o improcedentes; ii) se refuerzan los procedimientos principales en relación con los procedimientos secundarios que se pudieran abrir en otros Estados miembros frente al mismo deudor; iii) se introducen reglas sobre información y publicidad para los procedimientos de insolvencia comunitarios; iv) se introduce un nuevo capítulo V, sobre los concursos transfronterizos de los grupos de sociedades.

²²³⁹ También han sido notificados e incluidos en el Anexo A del nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia: Los acuerdos de refinanciación (Disp. Adicional 4^a) Los acuerdos extrajudiciales de pagos y, el concurso (ex art. 5 bis), que como pone de manifiesto el profesor GARCIMARTÍN ALFÉREZ que, presentan algunas dudas a la hora de encajar tales procedimientos con la definición establecida en el artículo 1.1, sobre todo los acuerdos de refinanciación (Disp. Adicional 4^a), y el concurso (ex art. 5 bis LC); con respecto a los acuerdos extrajudiciales de pagos, en la Ley Concursal se deberá adaptar a la definición del artículo 1.1, incluyendo en su articulado algún precepto que permita a los acreedores puedan recurrir el procedimiento por falta de competencia judicial internacional, aunque, a pesar de todos los desajustes que puedan observarse a la hora de adaptar cada uno de los procedimientos comunicados por el Estado español para el nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia, la inclusión expresa de los mismos en el ya conocido Anexo A, purga cualquier vicio, afirma el autor. Vid. en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales...», op., cit., p. 102.

a) *Se desapodere a un deudor total o parcialmente de sus bienes y se nombre a un administrador concursal*

b) *Los bienes o negocios de un deudor se sometan a control o supervisión judicial.*

c) *Un órgano jurisdiccional acuerde o se establezca por ministerio de la Ley una suspensión temporal de los procedimientos de ejecución individual, para facilitar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, siempre que los procedimientos en los que se acuerde la suspensión prevean medidas adecuadas para proteger al conjunto de los acreedores y en caso de que no se alcance un acuerdo, sean previos a uno de los procedimientos a los que se hace referencia en las letras a) y b)*

En los casos en los que los procedimientos a que se refiere el presente apartado puedan iniciarse en situaciones en las que únicamente existe una probabilidad de insolvencia, su propósito será evitar la insolvencia del deudor o el cese de su actividad.

Los procedimientos a que se refiere el presente apartado se enumeran en el Anexo A»

Como podemos observar, según el tenor literal del artículo 1.1 del nuevo Reglamento (UE) 2015/848, el ámbito de aplicación no sólo se aplica a los procedimientos colectivos de insolvencia tradicionales sino que ahora también se extienden, bajo unas determinadas condiciones, a los procedimientos preconcursales o procedimientos híbridos, como así se denominan en el ámbito comunitario, cuya principal finalidad es la prevención del procedimiento concursal²²⁴⁰. Es cierto que si nos fijamos en las condiciones establecidas en los apartados: a) y b) del artículo 1.1 que hemos reflejado arriba, podemos decir que se plantean dudas de si las condiciones allí establecidas se dan en el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC); en primer lugar, en el

²²⁴⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op., cit., p. 619.

procedimiento de precurso no se produce un desapoderamiento²²⁴¹ del deudor sobre sus bienes (ni siquiera parcial) y, además, tampoco se nombra a un órgano de administración concursal para la tramitación del mismo. Por otro lado, tampoco se puede decir que los negocios o actos realizados por el deudor queden bajo control o supervisión judicial durante la tramitación del precurso.

A pesar de las dudas que se puedan suscitar el encaje del procedimiento de precurso en las condiciones establecidas en el artículo 1.1. del Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo, bien es cierto que, como apunta la profesora PULGAR EZQUERRA, lo que no admite dudas²²⁴² es que, en virtud de una opción de política legislativa, les corresponde a las autoridades nacionales notificar qué procedimientos nacionales son los que se quieren incluir en el listado del Anexo A, al que se remiten los artículos 1 y 2.4 del Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo. Como es sabido, España comunicó²²⁴³ a las autoridades comunitarias los siguientes procedimientos: i)

²²⁴¹ En el artículo 2.3 del Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, se fija la definición de deudor no desapoderado: «Cualquier deudor respecto del que se haya abierto un procedimiento de insolvencia que no implique necesariamente el nombramiento de un administrador concursal o la transferencia total de los derechos y funciones de la administración de su patrimonio a un administrador concursal y que, por tanto, permita el deudor seguir controlando total o parcialmente sus bienes y negocios»;

²²⁴² En puridad, como apunta el magistrado especialista en asuntos de lo Mercantil Don Jacinto José PÉREZ BENÍTEZ, la dificultad de interpretación del contenido del artículo 1.1 del nuevo Reglamento sobre procedimientos de insolvencia 2015/848, pretende resolverse con la comunicación realizada por los Estados a la Comisión para su inclusión al Anexo A de la norma, PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Incidencia normativa y jurisprudencia comunitaria sobre insolvencia. El nuevo Reglamento Europeo 2015/848, sobre procedimientos sobre insolvencia, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M^a (dir.), AA. VV., *Las Administraciones Públicas en el concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 816-817. Por ejemplo, los considerandos n.º 12 y 13 del nuevo Reglamento UE 2015/848, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, aclaran el término: ii) «públicos»: explicando que para beneficiarse del Reglamento, la apertura del procedimiento, sea concursal o preconcursal, debe estar sometida a publicidad, de tal manera que los acreedores afectados puedan conocer dicha apertura y tengan la posibilidad de poder insinuar los créditos o recurrir la competencia judicial de la autoridad que la ha declarado o registrado.

²²⁴³ Se eliminan las referencias incluidas en el Anexo A para España que estaban recogidos en dicho Anexo A del Reglamento (CE) 2000/1246, de 29 de mayo: i) La suspensión de pagos; ii) la quiebra y, iii) el concurso de acreedores. Ahora con el nuevo Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia se notifica los siguientes: i) concurso de acreedores; ii) procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación; iii) procedimiento de acuerdos extrajudiciales de pagos; iv) procedimiento de negociación pública

concurso de acreedores; ii) procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación; iii) procedimiento de acuerdos extrajudiciales de pagos; iv) procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio²²⁴⁴.

La inclusión en el Anexo A de los procedimientos notificados por el Estado español, es un gran avance en materia sobre procedimientos de insolvencia transfronterizos, pues, ahora, le será aplicable directamente el Reglamento (UE) 2015/848, de 2º de mayo, sin necesidad que los órganos jurisdiccionales de los diferentes estados miembros tengan que examinar si cumplen los requisitos, pues los mismos han sido aceptados como procedimientos que se encuentran dentro del listado del Anexo A y, de alguna manera encajan dentro de los postulados del artículo 1.1. del nuevo Reglamento²²⁴⁵. Como podemos observar, en cuanto entre en vigor el nuevo Reglamento (UE) 2015/848, de 29 de mayo, el próximo 26 de junio de 2017, los efectos del procedimiento de precursoso tendrá eficacia extraterritorial (fuera de España: en todos los estados miembros de la Unión Europea), es decir, los efectos que se despliegan con la comunicación (ex art. 5 bis) para la consecución de: i) acuerdos de refinanciación colectivos; ii) acuerdos de refinanciación homologados; ii) acuerdos extrajudiciales de pagos; y para alcanzar propuestas anticipadas de convenio, serán reconocidos *ipso iure* en todos los estados miembros, no pudiéndose incoar procedimientos de ejecución individuales

para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio. Por lo tanto, el Reglamento UE 2015/848, no se aplica a los procedimientos concursales que sean secretos o confidenciales. Vid. en términos generales los trabajos de GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «El nuevo Reglamento europeo sobre procedimiento de insolvencia (I), (II), (III) y (IV), en [<http://almacenederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-sobre-procedimientos-de-insolvencia-i/>], (consultado julio 2015). Del mismo autor véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales en el Reglamento europeo de insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 95-103.

²²⁴⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales...», op., cit., p. 102

²²⁴⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., p. 617.

sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional y empresarial del deudor y, además desde que el deudor haya solicitado el precurso (ex art. 5 bis LC) en España, tampoco se podrá abrir un procedimientos principal instado por acreedores en otro estado miembro de la Unión Europea; a pesar de la anterior limitación, es posible que se incoen un procedimientos territoriales frente al deudor (no desapoderado) que se encuentre en situación jurídica de precurso (ex art. 5 bis LC), pero éste tiene la facultad de solicitar la suspensión de dichos procedimientos territoriales (o secundarios), por un periodo no superior a tres meses, siempre y cuando se hayan tomado medidas adecuadas para proteger los intereses de los acreedores locales (ex art. 38.3 Reglamento (UE) 2015/848)²²⁴⁶.

Una de las cuestiones a tener en cuenta para que los efectos que se despliegan con la presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC), sean reconocidos *ipso iure* en todos los estados miembros de la Unión Europea, es que el deudor que ha solicitado el precurso en España, no debe solicitar el *carácter reservado* de la comunicación (ex art. 5 bis 3 LC), puesto que el artículo 1.1. del nuevo Reglamento (UE) 2015/848, incluye sólo y exclusivamente los procedimientos *colectivos públicos*, es decir, aquellos que han sido publicados en el Registro Público Concursal español, quedando fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, los procedimientos secretos o confidenciales: por ejemplo el procedimiento de precurso con carácter²²⁴⁷ (ex art. 5 bis 3 LC). En este caso si el deudor en España opta pos solicitar el precurso con carácter reservado, este procedimiento surtirá sus efectos territorialmente (sólo en España), no pudiendo el deudor oponer los efectos del precurso en ningún Estado

²²⁴⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales...», op. cit., p. 102; PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Incidencia normativa y jurisprudencia comunitaria sobre insolvencia. El nuevo Reglamento Europeo 2015/848, sobre procedimientos sobre insolvencia, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M^a (dir.), AA. VV., *Las Administraciones Públicas en el concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 816-817; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y acuerdos de reestructuración...*, 2^a edición, op. cit., p. 619 y 621; HERRERO DE EGAÑA, J.M^a, «La reforma del Reglamento Europeo...», op. cit., p. 2513.

²²⁴⁷ HERRERO DE EGAÑA, J.M^a, «La reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia», en ROJO-CAMPUZANO (coords.), AA. VV., *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Emilio BELTRÁN (Liber Amicorum)*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, tomo II, Valencia, 2015, p. 2513.

miembro de la Unión Europea y, por tanto, no podría impugnar la apertura de procedimientos principales abiertos en otros Estados miembros²²⁴⁸.

«El presente Reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos públicos incluidos los procedimientos provisionales regulados en la legislación en materia de insolvencia y en los que, a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación»

Por todo ello, el deudor que quiere hacer valer los efectos que se derivan de la presentación de una solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC) en otro estado miembro distinto al español, deberá optar por no solicitar el carácter reservado de la comunicación, porque si opta por solicitar el carácter reservado de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 3 LC), al estar en situación de concurso de forma *confidencial*, éstas comunicaciones quedarán excluidas del Anexo A del Reglamento (UE) 2015/848 y, por tanto, no podrá oponer los efectos que se derivan de la propia solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC) en ningún otro estado miembro de la Unión Europea, puesto que los mismos, en estos casos, sólo tendrán alcance territorial, es decir, en España²²⁴⁹.

Por lo tanto, siempre que un deudor que esté dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848, y pretenda solicitar el concurso (ex artículo 5 bis LC), deberá *no solicitar* el carácter reservado de la comunicación (ex art. 5 bis 3 LC), si quiere oponer —efectivamente— los efectos que se desprenden con la solicitud de concurso en otros estados miembros; por ejemplo, si quiere prohibir que los acreedores incoen procedimientos de ejecución singular frente a bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, en otro estado miembro; tampoco se podrán incoar otros procedimientos principales instados por los acreedores en otros estados miembros, al poder oponer la situación jurídica de concurso en España. Aunque, es cierto que será posible instar

²²⁴⁸ Vid. HERRERO DE EGAÑA, J.M^a., «La reforma del Reglamento...», op., cit., p. 2513.

²²⁴⁹ HERRERO DE EGAÑA, J.M^a., «La reforma del Reglamento...», op., cit., p. 2513; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de reestructuración...*, 2^a edición, op. cit., p. 621.

procedimientos territoriales –o secundarios– en otros estados miembros (donde el deudor tenga establecimientos)²²⁵⁰, pero el deudor, que se encuentra situación jurídica de precurso en España (ex art. 5 bis), podrá solicitar la suspensión de los mismos, siempre y cuando, se tomen las medidas²²⁵¹ adecuadas que garanticen los derechos de los acreedores locales (ex art. 38.3 del Reglamento (UE) 2015/848)²²⁵².

Por lo tanto, como apunta la doctrina, la cuestión que hemos expuesto, sobre la posibilidad de extender los efectos del precurso (ex art. 5 bis) a todos los estados miembros de la Unión Europea, se convertirá en muchas ocasiones en un incentivo esencial para el deudor a la hora de optar por la solicitud de precurso con publicidad en el Registro Público Concursal (ex art. 5 bis LC), evitando la limitación de los efectos al ámbito territorial español, que conllevaría el carácter reservado de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 3 LC).

Con respecto a la garantías de los derechos de los acreedores de otros estados miembros de la unión Europea, afectados por los efectos que se desencadenan con una solicitud de precurso presentada en España (ex art. 5 bis LC), es cierto que los mismos ven como: i) se les prohíbe incoar un procedimiento de ejecución singular frente a bienes o derechos *necesarios* para la continuidad profesional o empresarial del deudor; ii) se les prohíbe instar un procedimiento principal en cualquier estado miembro; iii) si hay algún procedimiento territorial –o secundario– el deudor que se encuentra en la

²²⁵⁰ NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal: algunos aspectos problemáticos», en MARTÍN MOLINA (dirs.), AA. VV., *La aplicación práctica de la nueva Ley Concursal tras un año de vida. El análisis de los especialistas*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 24 y 25.

²²⁵¹ Quizá con la adopción de medidas cautelares idóneas para garantizar los derechos de los acreedores locales del Estado miembro donde se estaba ventilando el procedimiento de insolvencia territorial o secundario.

²²⁵² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales...», op. cit., p. 102 y ss.; también del mismo autor, véase «El nuevo Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia (I), (II), (III) y (IV)», en [<http://almacenederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-sobre-procedimientos-de-insolvencia-i/>] (Consultado en julio de 2015); Gómez Bernardo, N., «Primera aproximación al nuevo Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia», en *RdCyP*, n.º 23, 2015, pássim.

situación jurídica de precurso (ex art. 5 bis), está facultado para solicitar la suspensión del mismo²²⁵³, siempre y cuando se puedan tomar las medidas idóneas para garantizar la protección de los derechos de los acreedores locales (art. 38.3 *in fine* Reglamento 2015/848). En relación a lo anterior y, en contra de lo que sostiene la profesora PULGAR EZQUERRA²²⁵⁴, nosotros entendemos que el precurso (ex art. 5 bis LC) es un verdadero procedimiento (judicial) preventivo del concurso, cuya naturaleza jurídica descansa en los cimientos de la jurisdicción voluntaria; según la profesora PULGAR –en contraste con nuestro argumento– el precurso (ex art. 5 bis) no era –en puridad– un procedimiento, pues no se le acompaña un control *a priori* de los requisitos subjetivos, objetivos y temporales del mismo, sino que dicho control se hace a posteriori, en un eventual concurso posterior, en la sección sexta del concurso, en la denominada calificación del concurso (ex arts. 163 y ss. LC)²²⁵⁵. Es cierto que al no haber ningún control a la hora de conocer de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) por parte del letrado de la Administración de Justicia, los acreedores podrán ver limitados sus derechos (de instar ejecuciones sobre bienes del deudor, o instar el procedimiento de insolvencia principal) por deudores que meramente presenten la solicitud de precurso en España, sin ninguna intención de negociar nada con los acreedores, es decir, que haya utilizado la protección extraterritorial que les otorga la mera solicitud de precurso (ex art. 5 bis) en España, simplemente, con la intención de paralizar y/o suspender los procedimientos territoriales que se pudieran abrir en cualquier otros Estado miembro de la Unión Europea.

Este problema que plantea la profesora PULGAR EZQUERRA²²⁵⁶, sobre la posibilidad de que pudiera producir indefensión a los acreedores locales en los estados miembros, que ven como la presentación de precurso (ex art. 5

²²⁵³ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., p. 621.

²²⁵⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., p. 568.

²²⁵⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., p. 623.

²²⁵⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem*.

bis LC) limita sus derechos en sus respectivos Estados, podría tener solución si se introdujera, como hemos defendido en el epígrafe correspondiente de la presente tesis, un control *a priori* para admitir o no, la solicitud de concurso (ex art. 5 bis LC); es decir, el letrado de la administración de Justicia debía controlar –en el mismo momento de la presentación–, i) la legitimación de quien insta el concurso (ex art. 5 bis); ii) la competencia judicial; iii) que el deudor ha iniciado las negociaciones con los acreedores; iv) cuál es el estado patrimonial en el cual se encuentra el deudor (insolvencia: inminente o actual; o preinsolvencia); v) deberá comprobar que el deudor no ha solicitado ninguna solicitud de concurso anterior y, si la ha presentado, ver que dicha solicitud se ha presentado hace más de un año de la segunda que está presentando (ex art. 5 bis 6), pues si no fuera así, se archivaría el procedimiento, por ser un defecto de la solicitud insubsanable (ex art. 17.1 LJV); y, por último, vi) en los casos en los que el deudor haya solicitado el concurso para negociar las adhesiones a una propuesta convenio anticipado (ex art. 5 bis 1 LC) el letrado de la Administración de Justicia deberá controlar que el deudor solicitante no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones para aprobar una propuesta anticipada de convenio (art. 105 LC). En este caso pienso que el propio deudor en su solicitud debe presentar un mero principio de prueba en el que acredite que no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones para acogerse a la propuesta de convenio anticipado (ex art. 105 LC).

Entendemos que la instauración de un control *a priori* (actualmente, se entiende que el control es *a posteriori* en una eventual apertura de la sección de calificación de un concurso posterior) en el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC), sería una medida idónea para acabar con todos los conflictos que se pudieran plantear en un concurso posteriormente declarado, por lo tanto, ¿por qué controlar los requisitos y los presupuestos del concurso *a posteriori*, si se puede efectuar *ab initio* evitando, con ello, las solicitudes de concurso infundadas o fraudulentas?; si así se hiciera se podría acabar con las solicitudes de concurso (ex art. 5 bis) formuladas en fraude de ley, en las que el deudor sólo busca una «huida hacia delante»: retrasando la solicitud de concurso y

agravando la situación de su estado de insolvencia», sin la más mínima intención de negociar nada con los acreedores; además, dicho control *a priori* no perjudicaría la situación del deudor, ni tampoco la de los acreedores que, como ya es sabido, ante la solicitud de precurso de un deudor (ex art. 5 bis LC), no pueden, ni deben presentar ninguna alegación preventiva realizada *ad cautelam*²²⁵⁷ dirigida frente al órgano jurisdiccional que está conociendo de la solicitud de precurso presentada por el deudor (art. 5 bis), pues, como bien apunta la profesora PULGAR EZQUERRA, el precurso (ex art. 5 bis) no es un proceso contradictorio y, por tanto, si los acreedores plantearan dichas alegaciones contradictorias ante el órgano jurisdiccional que está conociendo del precurso, éstas han de tenerse por no puestas, y ser rechazadas por el letrado de la Administración de Justicia, pues, dichas alegaciones contradictorias podrían prejuzgar al juez que enjuiciara posteriormente la sección de calificación del concurso (arts. 163 y ss. LC). En estos casos, los acreedores podrían incurrir en *mala fe procesal* (ex art. 247.3 LEC), que podrá ser invocada en el posterior proceso *concurso* declarado judicialmente, tras haber intentado el precurso sin éxito. Además, la presentación alegaciones contradictorias por parte de los acreedores en el ámbito del precurso ex art. 5 bis, podría prejuzgar la sección de calificación de un eventual concurso posterior que todavía no se ha declarado judicialmente lo que podría producir ciertas tensiones entre los acreedores que pudieran ser nombrados miembros del órgano de administración concurso y el deudor (Art. 12 Ley de Auditoría)²²⁵⁸.

²²⁵⁷ SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco...», op. cit., pp. 96 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., «Ley 9/2015 de reforma urgente concurso...», op. cit., p. 35; *ibidem.*, *Preconcurso y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 568-569; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 89. El autor también entiende que no deberían hacerse alegaciones preventivas *ad cautelam* ante el juez competente para la declaración del concurso, cuando el deudor esté en situación de precurso, al modo de los *Schutzschrifte* que prevé el Derecho Alemán y que nuestro Ordenamiento ha asumido al regular los denominados: «escritos preventivos» frente a la solicitud de medidas cautelares *inaudita partes* regulados en el artículo 132 de la nueva Ley de Patentes.

²²⁵⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 568-569.

A pesar de la fundada argumentación de la profesora PULGAR EZQUERRA²²⁵⁹, debemos hacer varias precisiones sobre su tesis; en primer lugar, es cierto que, como bien apunta PULGAR, el precurso (ex art. 5 bis) no es un proceso jurisdiccional (declarativo), ni tampoco debe entenderse como un proceso cautelar, que pudiera admitir que los acreedores puedan presentar escritos preventivos *ad cautelam*²²⁶⁰ frente a la solicitud de precurso presentada por el deudor (ex art. 5 bis), sino, que más bien se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria²²⁶¹, por ello, tampoco existe cauce procedimental que permita a los acreedores formular alegaciones contradictorias sobre la solicitud de precurso del deudor; como ya se ha

²²⁵⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, 2ª edición, op. cit., pp. 568-569 y 623.

²²⁶⁰ Al estilo de los denominados «escritos preventivos» regulados en el artículo 132 de la reciente Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, BOE n.º 177, de 25 de julio de 2015. La parte que intuya o prevea la posibilidad de que un actor pida medidas cautelares inaudita partes en su contra, podrá comparecer en forma ante el órgano jurisdiccional competente y presentar escrito preventivo justificando fijando su posición sobre dicha posibilidad, para que dicho órgano jurisdiccional forme un procedimiento sobre adopción de medidas cautelares (arts. 733.1 y 734.3 LEC) con audiencia a las partes, y por supuesto notificando la existencia del escrito preventivo al actor que presumiblemente pretende solicitar dichas medidas cautelares. En el caso del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) no se pueden dar estos escritos preventivos (por parte de los acreedores) puesto que dicho procedimiento no es un proceso cautelar en el que se acuerde una medida cautelar *inaudita partes*, sino que, estamos ante un verdadero procedimiento de jurisdicción voluntaria y el deudor cuando decide ejercitar su facultad de solicitar el precurso, los deudores no pueden hacer nada por evitarlo. En este sentido se ha pronunciado GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., 89.

²²⁶¹ Entienden que el precurso (ex art. 5 bis) es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcuralidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42.

dicho, en caso de que los deudores, las plantearan ante el órgano jurisdiccional que está conociendo de la solicitud de precurso del deudor (ex art. 5 bis), éstas deben tener por no realizadas y, por tanto, rechazadas de plano por el letrado de la Administración de Justicia.

En segundo lugar, el hecho de que se realizaran dichas alegaciones contradictorias o preventivas por parte de los acreedores y, éstas fueran admitidas y unidas al expediente del precurso (ex art. 5 bis), las mismas trascenderían y serían conocidas por el letrado de la Administración de Justicia y el juez de lo mercantil titulares del órgano jurisdiccional que esté conociendo de la solicitud de precurso presentada por el deudor (ex art. 5 bis); en este sentido, hay que decir que estas alegaciones preventivas y contradictorias formuladas por los acreedores pretenderán (intencionadamente) poner de relieve todos los posibles hechos efectuados por el deudor que pudieran merecer la calificación culpable del concurso en una eventual sección de calificación posterior²²⁶². En este caso, los hechos alegados podrían prejuzgar al juez de lo mercantil que por turno de reparto le corresponda al declarar judicialmente el concurso (puesto que, no en todos los partidos judiciales corresponde declarar judicialmente el concurso al órgano jurisdiccional (antecedente) que conoció del precurso ex art. 5 bis), en virtud de las normas de reparto que rijan en cada partido judicial (arts. 68 a 70 LEC).

Por poner un ejemplo, desde el 1 de noviembre de 2012, en el partido judicial de Madrid, el órgano jurisdiccional (antecedente) que conoce del precurso, no declarará el posterior concurso (en caso de que fracasara el precurso) sino que éste se turnará en virtud de las normas de reparto vigentes en dicho partido judicial²²⁶³, cuyo criterio de reparto vigente en los

²²⁶² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de reestructuración...*, 2ª edición, op cit., p. 569. *Ibidem.*, «Ley 9/2015, de reforma urgente...», op. cit., p. 34.

²²⁶³ A la hora de determinar la competencia objetiva para declarar el concurso tras la tramitación del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), la norma de reparto era diferente dependiendo de la plaza judicial donde se tuviera que tramitar el mismo; por ejemplo, en la plaza de Madrid la norma de reparto que regía hasta el 29 de octubre de 2012, era la regla de *prioridad del órgano jurisdiccional antecedente*, que, como es sabido, se seguía a la hora de ver quién era el juez competente para conocer del concurso posterior al procedimiento de

juzgados de lo mercantil, es el criterio de la *cuantía del pasivo* que presenta el concurso en cuestión. Es cierto que, en el partido judicial de Madrid, hasta el 1 de noviembre del año (2012), estuvo en vigor una norma de reparto que otorgaba *prioridad* al juzgado antecedente, es decir, que era competente para conocer del concurso posterior el juzgado que previamente había conocido del precurso (ex art. 5 bis). Pero dicha norma de reparto fue modificada en el año 2012, porque su vigencia podía pervertir otras normas de reparto también aprobadas (como por ejemplo: las que establecían turnos de repartos distintos en función del pasivo que presentaba el concurso solicitado²²⁶⁴). La junta sectorial de los jueces de lo mercantil decidió, por tanto, modificar dicha norma el 29 de octubre de 2012, con efectos del 1 noviembre de 2012²²⁶⁵.

Por todo lo dicho, si el precurso se solicita en Madrid, el juez de lo mercantil que declarará judicialmente el concurso en caso de que el precurso fracase, no será el órgano jurisdiccional antecedente que haya conocido del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), sino que se estará a las normas de

precurso (ex art 5 bis); es decir, en el partido judicial de Madrid, hasta el día 29 de octubre de 2012, el órgano jurisdiccional competente para declarar judicialmente el concurso tras la tramitación del precurso, era el juez de lo mercantil (antecedente) ante el cual se había tramitado el procedimiento de precurso. Posteriormente, la Junta Sectorial de los jueces de lo mercantil de Madrid, modificó dicha norma de reparto el 29 de octubre de 2012 (con fechas efecto 1 de noviembre del mismo año), porque podían pervertirse otras normas también aprobadas como la norma de reparto en función de la cuantía del pasivo, véase sobre esta cuestión en NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis...», op. cit., p. 25.

²²⁶⁴ Como explica el Magistrado especialista en asuntos propios de lo Mercantil Carlos NIETO DELGADO, a principios del año 2012, en la práctica se había venido dando que: «una sucesión numerosa de concursos de importante cuantía de pasivo, se había repartido a un mismo juzgado de Madrid. En palabras del Magistrado, parecía aconsejable explicar que esa norma en ningún caso pretendía buscar una distorsión de la competencia del juez natural predeterminado por la Ley, pues la situación había venido provocada porque numerosos concursos que han venido precedidos por la tramitación del precurso (ex art. 5 bis LC), al no hacerse diferenciación de cuantía alguna, vinieron a recaer a un mismo juzgado. Por lo tanto, al no establecerse para estas últimas solicitudes de precurso distintas clases de reparto en función del montante del pasivo (detalle que de hecho no tiene por qué aparecer en la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC), las solicitudes de concurso posteriormente fueron repartidas todos al mismo juzgado en que se habían tramitado las solicitudes precurso previas. Véase en NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal: algunos aspectos problemáticos», en MARTÍN MOLINA (dir.), en AA. VV., *La aplicación práctica de la nueva ley Concursal tras un año de vida: el análisis de los especialistas*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 25 y 26.

²²⁶⁵ Vid. NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis...», op. cit, p. 25.

reparto que se hayan acordado en cada partido judicial: por ejemplo, en Madrid, rige el criterio de la *cuantía del pasivo* que presenta el concurso²²⁶⁶, por lo tanto, en virtud de dicho criterio el juzgado de lo mercantil que declare el concurso será, en todo caso, distinto del antecedente que ha conocido de la solicitud de precurso²²⁶⁷, y, por tanto, en nuestra opinión, al órgano jurisdiccional al que se le podría estar prejuzgando la sección de calificación ulterior (con las alegaciones contradictorias) sería sólo y exclusivamente al titular del órgano jurisdiccional competente para la declaración judicial de concurso (posterior) y, no, el órgano jurisdiccional antecedente que ha conocido del precurso (ex art. 5 bis), pues, como es sabido, aquél sería el competente para conocer de la sección de calificación que eventualmente se pudiera abrir en el concurso posterior (ex arts. 168 y ss. LC). En dicho concurso, el juez si ha observado que determinados acreedores, han formulado dichas alegaciones contradictorias durante la tramitación de precurso, deberá sancionar a los mismos por mala fe procesal (ex art. 247.3 LEC).

Sin embargo, a nuestro entender, si nos encontráramos en una partido judicial en el que como norma de reparto (en los juzgados de lo mercantil) rige el *criterio de prioridad del juzgado antecedente*, es decir, si fracasa del precurso (ex art. 5 bis), será competente para declarar el concurso el órgano jurisdiccional que ha conocido del mismo precurso (ex art. 5 bis)²²⁶⁸, en este caso al que se estaría prejuzgando sería a dicho juez de lo mercantil competente para la declaración de concurso, y, por tanto, en este caso cabe que nos planteemos si existe la posibilidad de recusar al juez (al tener conocimientos de hechos y circunstancias que hayan aducido los acreedores, con los que se pudieran sembrar la duda razonable de pérdida de imparcialidad del órgano jurisdiccional con respecto al proceso de declaración de concurso que va a

²²⁶⁶ NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis...», op. cit., pp. 25 y 26

²²⁶⁷ NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis...», op. cit., pp. 25 y 26

²²⁶⁸ Por poner un ejemplo, en los Juzgados de lo Mercantil del partido judicial de Oviedo (Asturias), rige en criterio de prioridad del órgano jurisdiccional antecedente, es decir, declara judicialmente el concurso posterior el juez que ha conocido previamente del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC). Vid. MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo...*, op. cit. P. 816.

enjuiciar²²⁶⁹) competente para la declaración de concurso posterior al precurso (ex art. 5 bis) –en caso de que fracasaran las negociaciones en el precurso (ex art. 5 bis)–, pues, el acreedor que formulara esas *alegaciones preventivas o ad cautelam*²²⁷⁰, no permitidas por la Ley²²⁷¹, estaría informando al órgano jurisdiccional de «cuestiones, hechos y circunstancias que, aisladamente considerados, es decir, sin relación con una persona en concreto, serían susceptibles de generar una sospecha razonable respecto de la imparcialidad del órgano jurisdiccional en el que concurren²²⁷²», y, por tanto, en este caso, nos planteamos la posibilidad de que el deudor, pudiera solicitar la *recusación* del juez competente para la declaración de concurso (ex art. 107 y ss. LEC), que es el juez de lo mercantil titular del órgano jurisdiccional que ha conocido del precurso (ex art. 5 bis LC); ante esta cuestión, la profesora PULGAR sugería la posibilidad de sancionar al/a los acreedor/res por mala fe procesal mostrada (ex art. 247 LEC), que sería de plena aplicación al posterior proceso concursal que se declarara, en virtud de la Disposición final quinta de la Ley Concursal. Somos conscientes de que, el que realmente conoce de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis) es el letrado de la Administración de Justicia (art. 5 bis 3), en lugar del juez, pero como ya hemos sostenido, dicha solicitud va encabezada frente al órgano jurisdiccional competente para la declaración de concurso, por tanto, no es tan descabellado que las alegaciones preventivas

²²⁶⁹ GALÁN GONZÁLEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, ed. Tirant Monografías, Madrid, 2005, pp. 27-29.

²²⁷⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit., p. 89. El autor también entiende que no deberían hacerse alegaciones preventivas *ad cautelam* ante el juez competente para la declaración del concurso, cuando el deudor esté en situación de precurso, al modo de los *Schutzschrifte* que prevé el Derecho Alemán y que nuestro Ordenamiento ha asumido al regular los denominados: «escritos preventivos» frente a la solicitud de medidas cautelares *inaudita partes*, regulados en el artículo 132 de la nueva Ley de Patentes.

²²⁷¹ Imaginemos que los acreedores formulan alegaciones preventivas o *ad cautelam* –a conciencia poniendo de relieve todos los hechos realizados, cuya existencia pudieran calificar el concurso como culpable en la sección de calificación– para que el juez tenga mayores elementos de juicio a la hora de enjuiciar la posible responsabilidad concursal en la que pueden incurrir el deudor o sus representantes legales en la sección de calificación del concurso, del concurso que se declarara posteriormente

²²⁷² Vid. GALÁN GONZÁLEZ, C., *Protección de la imparcialidad...*, op. cit., p. 29.

efectuadas por los acreedores cuando el deudor ha solicitado el precurso (ex art. 5 bis), pudieran trascender al juez de los mercantil titular de dicho juzgado competente para la declaración de concurso, y, por tanto, entendemos que podría activarse la facultad del deudor de solicitar la *recusación* de dicho juez que va a declarar el concurso en virtud de los artículos 107 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero²²⁷³.

En conclusión y, a pesar de algunas de las situaciones que se pudieran plantearse en la práctica, en nuestra opinión, tenemos que decir que, desde un punto de vista legal, estas alegaciones preventivas (contradictorias) efectuadas por los acreedores ante una solicitud de precurso están radicalmente prohibidas²²⁷⁴; los acreedores que observan como el deudor solicita la solicitud de precurso, no pueden formular, bajo ningún concepto, alegaciones preventivas o contradictorias (*ad cautelam*) frente a dicha solicitud, puesto que el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) como es sabido es un procedimiento de jurisdicción voluntaria²²⁷⁵ y, como es obvio dicho procedimiento carece de trámite contradictorio, pues no existe contienda alguna

²²⁷³ Vid. GALÁN GONZÁLEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial...*, op. cit., p. 27 y ss.

²²⁷⁴ Sobre esta cuestión así se pronuncia la doctrina, a la que nosotros seguimos SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco...», op. cit., *pássim*; PULGAR EZQUERRA, J., «Ley 9/2015, de reforma urgente concursal...», op. cit., p. 34; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op. cit. 89

²²⁷⁵ Entienden que el precurso (ex art. 5 bis) es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42.

en su tramitación, por ello no es posible que los acreedores formulen alegación alguna frente a la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), pues ante el ejercicio de dicha *facultad* por parte del deudor nace un deber de respeto por parte de los acreedores, que no pueden hacer nada por evitar que el deudor se haya situado en la situación jurídica de concurso (ex art. 5 bis LC); para justificar la limitación que impone la solicitud de concurso (ex art. 5 bis) a todos los acreedores (no les permite formular alegaciones contradictorias para frente la solicitud de concurso, que les permitieran evitar la misma), nos parece preciso traer a colación la tesis del profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ²²⁷⁶, que nos define claramente el ejercicio de facultades o potestades reguladas en el Ordenamiento, refiriéndose, en su día, a los viejos procedimientos judiciales de quita y espera y, el de suspensión de pagos (que es perfectamente aplicable al procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC), al tener la misma finalidad y naturaleza que los dos anteriores), de los que decía que: «Esta facultad de pedir la quita y espera y, la suspensión de pagos, como toda potestad, cuando se ejercita, produce un situación jurídica frente a la que los acreedores no pueden hacer nada y, lo más importante, no pueden evitar²²⁷⁷». También dicho profesor en una obra posterior, refiriéndose, ya entonces, al procedimiento de concurso (ex *antiquo* 5.3 LC²²⁷⁸), vino a definir, desde la óptica de la *teoría general del proceso*, el funcionamiento del ejercicio de las facultades o derechos potestativos al cambio jurídico, que sirve, perfectamente, para explicar la limitación que tienen los acreedores a la hora de hacer alegaciones contradictorias, cuando el deudor ha solicitado el concurso (ex art. 5 bis LC); como decía el profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ: El derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal «establecía, ya entonces, un *derecho potestativo* al cambio jurídico del deudor de solicitar el concurso (ex art. 5 bis), para paralizar y evitar el poder de los acreedores de solicitar el concurso necesario del deudor común.

²²⁷⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 198.

²²⁷⁷ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 198.

²²⁷⁸ Dicho artículo (*antiquo* art. 5.3 LC) fue derogado por la Ley 38/2011, de 1º de octubre, de 2011, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011, que introdujo en nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal.

Frente a este *derecho potestativo* del deudor, los acreedores nada pueden hacer, pues ni les cabe intentar su impugnación, ni mucho menos evitar los efectos que conforme a la Ley produce el ejercicio de tal derecho potestativo²²⁷⁹».

Además, en plena conexión con la tesis del profesor Valentín CORTÉS, también es necesario «engarzar» a las posturas de CORTÉS el concepto de «facultad» acuñado, en su día, por el profesor Juan DAMIÁN TRAVERSO²²⁸⁰, que, desde el punto de vista de la *Filosofía del Derecho*, decía que: «La facultad de hacer que ampara a toda persona, no es sólo facultad de hacer (señorío), sino que es también facultad de exigir, pues, el ejercicio de toda facultad origina el nacimiento de un *deber* de respeto por parte del destinatario (que soporta los efectos de la situación jurídica que se produce al ejercitar la facultad)²²⁸¹, por lo tanto, toda «facultad de hacer» algo conlleva también un «facultad de exigir» a los terceros (destinatarios) que tienen el deber jurídico de soportar el ejercicio de una facultad, es decir, un *deber de respeto* frente a toda facultad que decide ejercitar una persona.

Como síntesis a las importantes aportaciones de los autores citados, hemos de apuntar que la justificación nuclear que impide que los acreedores no tengan derecho a efectuar alegaciones (preventivas o contradictorias) frente a la solicitud de concurso (ex art. 5 bis) se puede fundamentar de la siguiente manera: En primer lugar, afirmamos que el deudor que decide solicitar el concurso (ex art. 5 bis LC), está ejercitando una *facultad* o un *derecho potestativo* al cambio jurídico, cuyo ejercicio produce el nacimiento de una nueva situación jurídica, la de «concurso», frente a la que los acreedores no pueden hacer nada y lo que es más importante, no pueden evitar; es decir, no pueden hacer nada por evitar los efectos que conforme a la Ley produce el ejercicio de tal *derecho potestativo* al cambio (ex arts. 5 bis, 15.3, 22.1 LC). Además, también hemos de afirmar que la presentación de la solicitud de

²²⁷⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op. cit., pp. 171-172.

²²⁸⁰ DAMIÁN TRAVERSO, J., *Filosofía del Derecho*, ed. UNED, Madrid, 1981, p. 77.

²²⁸¹ Vid. DAMIÁN TRAVERSO, J., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 77.

preconcurso: «facultad de hacer» del propio deudor, origina también una «facultad de exigir», lo que conlleva un verdadero *deber de respeto* por parte los acreedores (destinatarios) del deudor en situación jurídica del concurso, que no les permite realizar o formular ningún tipo de alegaciones contradictorias ni de impugnación frente a la solicitud de concurso instada por el deudor (art. 5 bis LC).

Como podemos observar el legislador concursal, ha querido introducir en nuestra Ley Concursal determinadas normas²²⁸², en cuyo tenor literal se establecen facultades (para el deudor) e, indirectamente, también determina deberes (para los acreedores), siendo dicha técnica una manera de *techné* normativa utilizada de forma generalizada por el Poder Público a la hora de legislar normas jurídicas, en general²²⁸³.

2. El futuro del concurso según la propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad, de 22 de noviembre de 2016.

Con el objeto de desarrollar el contenido de la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial²²⁸⁴ (en adelante la Recomendación de 2014), la Comisión Europea ha publicado, el pasado 22 de noviembre de 2016, la Propuesta de Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad²²⁸⁵ (en adelante: la Propuesta), cuyo debate y correspondiente tramitación dará lugar a

²²⁸² En nuestra opinión, siguiendo la idea general de DAMIÁN TRAVERSO, los artículos 5 bis, 15.3, 22.1, y el derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal eran normas a través de las cuales se establecían facultades (para el deudor) e, indirectamente se determinaban deberes para los acreedores, que tenían el deber jurídico de soportar la situación jurídica de concurso y todos sus efectos (ex art. 5 bis LC).

²²⁸³ Vid. DAMIÁN TRAVERSO, J., *Filosofía Del Derecho*, op, cit., p. 77. (...) pero en rigor el poder público lo está amparando y lo que nosotros realmente debemos, está en función de la finalidad social de regular en forma adecuada y segura las transacciones económicas. De Esta manera la *techné* normativa del poder público será, bien establecer deberes, bien establecer facultades, con lo que indirectamente determina deberes

²²⁸⁴ Vid. La Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE), DOUEL 74/65, de 14 de marzo de 2014.

²²⁸⁵ Vid. *The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventing restructuring framework, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures an amending Directive 2012/30/EU*(COM 2016) 723 final.

una Directiva²²⁸⁶ europea sobre reestructuración y segunda oportunidad de empresas que atraviesen por situaciones de insolvencia o preinsolvencia; como es sabido con la publicación de la futura Directiva, la Comisión Europea impone a todos los Estados Miembros una obligación de resultado, *rectius*: «obligación de ejecución» que debe ser cumplida en el plazo determinado, que en este caso, se ha establecido en dos (2) años (art. 34 de la Propuesta de Directiva²²⁸⁷ –).

La futura Directiva que resulte tras los trámites parlamentarios correspondientes vendrá a establecer la exigencia de unos determinados resultados en aras a mejorar los procedimientos de reestructuración y la segunda oportunidad y, que, en todo caso, deberán seguir los diferentes Estados miembros a la hora de abordar las futuras reformas de sus respectivos Derechos concursales (nacionales); por lo tanto, una vez publicada la futura Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad, todos los estados miembros deberán transponer la misma y adaptar sus respectivos Derechos

²²⁸⁶ Como es de sobra conocido, dentro de los actos vinculantes para los Estados miembros, las Directivas europeas se encuentran encuadradas dentro de lo que se conoce como actos típicos comunitarios; las denominadas Directivas europeas no tienen eficacia general, pues sólo se dirigen a los Estados miembros; además, carecen de aplicación directa, es decir, no tienen efectos directos sobre los Estado miembros, sino que impone a los mismos una obligación de resultado (obligación de ejecución e introducción de determinadas medidas necesarias para alcanzar el resultado querido), por lo tanto, cada Estado miembro deberá transponer el contenido de dicha Directiva en el plazo fijado; para ello, los Estados miembros cuentan con plena libertad de la forma y los medios utilizados para adoptar las medidas necesaria para alcanzar el resultado pretendido. De todo lo anterior se deduce que Los Estados miembros pueden hacerse valer de los medios y las formas que crea oportunos para introducir las emdidias que servirán para conseguir los objetivos marcados por la Directiva. Sobre el funcionamiento de las Directivas Europeas, véase el trabajo de LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «El sistema de normas y actos en la unión europea (II)», en MANGAS MARTÍN-LIÑÁN NOGUERAS (autores), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ed. Tecnos, 4ª edición, Madrid, 2004, pp. 366-368.

²²⁸⁷ El artículo 34 de la Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad, publicada el pasado 22 de noviembre de 2016., establece un plazo de dos años para que los Estados transpongan la directiva y, adapten sus respectivos Ordenamientos jurídicos concursales. Desde un punto de vista técnico y, dentro de los actoa vinculantes para todos los Estados miembros de la Unión Europea, las Directivas Comunitarias vienen a ser obligaciones de ejecución, por lo tanto, todos los Estados Miembros tienen la obligación de ejecutar el contenido de la Directiva la reforma en el plazo que imponga la Directiva en cuestión; en caso de que cualquier Estado miembro incumpla tal obligación, supondría un incumplimiento de Derecho comunitario que puede ser sancionado mediante las vías del recurso previstas en el Tratado y con las consecuencias jurídicas que de tal incumplimiento se pueden derivar. Vid. LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «El sistema de normas y actos...», op., cit., p. 367.

concursoales en el plazo de dos años (sobre todo en materia de reestructuración preconcursal y segunda oportunidad), sin perder de vista los fines que se establezcan en la Directiva y, todo ello, en aras a lograr la tan deseada *armonización* de los procedimientos preconcursales dentro del marco europeo²²⁸⁸.

Con respecto al Derecho concursal español, las diversas reformas concursoales llevadas a cabo por el Gobierno durante los tres últimos años (concretamente en los años 2014 y 2015), siguiendo la Recomendación de la Comisión Europea del año 2014²²⁸⁹, parece que han sido insuficientes a la hora de alcanzar los objetivos pretendidos, por ello, la Comisión vuelve a la «carga», publicando una nueva Propuesta de Directiva Europea sobre reestructuración empresarial y segunda oportunidad²²⁹⁰, con el objeto de que todos los Estados miembros adopten las medidas necesarias para alcanzar los *finés* (o resultado) que se propugnen en materia de procedimientos de reestructuración y segunda oportunidad, quedando, por tanto, obligados²²⁹¹ a introducir en sus respectivos sistemas concursoales, nuevas reformas que *completén* y hagan más eficaces los procedimientos preventivos de la insolvencia y el régimen legal de segunda oportunidad.

En definitiva, la esperada Directiva, al ser un acto vinculante²²⁹² para todos los Estados miembros será realmente relevante porque nos ofrecerá las

²²⁸⁸ Vid. LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «El sistema de normas y actos...», op., cit. p. 367.

²²⁸⁸ LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «Ibídém, op., cit., pp. 366-367.

²²⁸⁹ Vid. La Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE), DOUEL 74/65, de 14 de marzo de 2014.

²²⁹⁰ Vid. *The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventing restructuring framework, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures an amending Directive 2012/30/EU*(COM 2016) 723 final.

²²⁹¹ En puridad, los Estados miembros que forman parte de la Unión Europea, tienen un obligación de ejecución, un compromiso de efectar las reformas legislativas en sus respectivos Ordenamientos, siguiendo las recomendaciones, directices y objetivos perseguidos dede las instituciones comunitarias. Vid. LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «El sistema de normas y actos...», op., cit., pp. 366-367.

²²⁹² Vid. LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «El sistema de normas y actos...», op., cit., p. 366.

líneas de reforma que deberán acometer tanto el Estado español como los demás Estados miembros a la hora de cumplir con los pretendidos objetivos invocados en la Propuesta de Directiva europea publicada de 22 de noviembre, cuyos considerandos propugnan una eminente necesidad de *armonizar* el Derecho Concursal en todo el marco europeo, sobre todo en materia de reestructuraciones preconcursales y el régimen de segunda oportunidad (véanse los considerandos: 1-13 de la Propuesta²²⁹³).

2.1. El modelo preconcursal que defiende la Propuesta de Directiva europea de 22 de noviembre de 2016.

Como bien nos ha ilustrado el profesor GARCIMARTÍN ALFÉREZ²²⁹⁴ el artículo 4 de la Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad, de 22 de noviembre de 2016, establece las tres ideas fundamentales en las que descansa el nuevo modelo que defiende la Unión Europea; el modelo proyectado busca: i) la reestructuración preventiva o preconcursal *extra muros* concurso; ii) una intervención mínima de las autoridades judiciales en los procedimientos de reestructuración preconcursal; y, iii) la propuesta no viene a introducir un procedimiento.

Con respecto a la primera idea, hay que decir que la Propuesta exige que los Estados miembros pongan a disposición de los deudores una *moratoria preconcursal*, para que los deudores puedan acogerse a la misma, incluso, aunque no concurra en ellos el presupuesto objetivo del concurso (art. 4.1 y considerando 17 de la Propuesta)²²⁹⁵; según esta última afirmación, hemos de decir que la Propuesta europea va en la línea de lo que hemos venido

²²⁹³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): la moratoria preconcursal», [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal/>] (consultado en diciembre 2016).

²²⁹⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (I)», en [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/>], (Consultado en diciembre 2016).

²²⁹⁵ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad» [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/>], (Consultado en diciembre de 2016).

defendiendo a lo largo de la presente tesis doctoral, a la hora de abordar el análisis del nuestro actual procedimiento de concurso, es decir, la posibilidad de que los deudores se acojan al concurso (ex art. 5 bis LC) cuando se encuentren en situación de insolvencia (ya sea actual o inminente – arts. 2.2 y 2.3 LC–) o, en estado de preinsolvencia, es decir, que aún sean solventes, pero que prevean o pronostiquen, tras un juicio de probabilidad, que no podrán cumplir de forma puntual y regular con sus obligaciones a medio o largo plazo. La posibilidad que defendemos en nuestra tesis sobre la posibilidad de acogerse al concurso en un fase temprana de preinsolvencia, permite al deudor llevar a cabo la reestructuración de su balance, teniendo la posibilidad de negociar tranquilamente, sin ningún tipo de presión (sin solicitudes de concurso necesario y, sin ejecuciones (quedan suspendidas) mientras negocia), lo que coadyuvará al buen fin de las negociaciones para alcanzar la reestructuración concursal pretendida, sin tener la necesidad de entrar al concurso de acreedores. En este sentido, la Propuesta busca primordialmente que las empresas realmente viables puedan acudir a reestructurar de forma temprana incluso, en estado de preinsolvencia, y, por ello, se busca garantizar un marco institucional que pueda permitir al deudor una posible reestructuración temprana de su balance en una fase anterior al concurso de acreedores²²⁹⁶, y, además, dichos deudores no tienen por qué estar dentro del presupuesto objetivo del concurso²²⁹⁷; en este sentido, el texto de la Propuesta busca garantizar un equilibrio entre la maximización del valor de las empresas en situación de insolvencia o preinsolvencia y, los Derechos concursales de los acreedores²²⁹⁸, y, esto puede conseguirse si se entiende al Derecho concursal como el resultado de una negociación hipotética ex ante entre los sujetos afectados²²⁹⁹; esto es lo que el profesor GARCIMARTÍN

²²⁹⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (I)», en [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/>], (Consultado en diciembre 2016).

²²⁹⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Ibídem...», op., cit.

²²⁹⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Ibídem...», op., cit.

²²⁹⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Ibídem...», op., cit.

ALFÉREZ denomina (utilizando la terminología de JACKSON²³⁰⁰) «la cláusula de acción colectiva implícita» que se activa en fase precursal²³⁰¹. En términos generales, podemos decir que se proyecta algo parecido a lo que ocurre con nuestro actual procedimiento de concurso, en el que la norma no establece presupuesto objetivo alguno para poder acogerse al mismo (ex art. 5 bis LC); como ya hemos dicho, ante la ausencia de presupuesto objetivo concreto, al concurso puede acogerse el deudor en estado de insolvencia (ya sea actual o inminente) o, en estado de preinsolvencia, es decir cuando aun siendo solvente prevé, tras un juicio de probabilidad que no podrá cumplir de forma puntual y regular sus obligaciones a medio y largo plazo. El modelo que persigue la Propuesta no exige al deudor la acreditación ni la justificación *ab initio* de su viabilidad empresarial como condición para poder acogerse al espacio de negociaciones²³⁰²; en este sentido, nuestro procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC), tampoco exige la acreditación ni la mera justificación de todos los extremos declarados en la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), pues, como es sabido la norma no regula un control *ab initio* de los extremos declarados a la hora de presentar la solicitud de concurso²³⁰³, sino que se habla de un

²³⁰⁰ JACKSON, T.H., *The logic and limits of bankruptcy law*, Harvard University press, 1986, pp. 89 y ss.

²³⁰¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad» [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/>], (Consultado en diciembre de 2016).

²³⁰² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): la moratoria precursal», [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-precursal/>] (consultado en diciembre 2016).

²³⁰³ A pesar de que la norma no exige la acreditación de todos los extremos de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), nosotros entendemos que los efectos de protección que concede el procedimiento de concurso son tan relevantes (afectan a los terceros de forma inmediata) que, a nuestro juicio, el deudor que quisiera hacerse valer de los mismos, debería acreditar con un mínimo principio de prueba (prueba semiplena o mera justificación todos los hechos y extremos declarados en la solicitud de concurso, como por ejemplo: i) la acreditación de que ha iniciado las negociaciones con los acreedores; ii) la acreditación del estado de insolvencia; iii) la acreditación de no haber solicitado durante los doce meses anteriores una solicitud de concurso; iv) la acreditación de que el cincuenta y uno (51) por ciento de los acreedores titulares de pasivos financieros han apoyado expresamente —a través de un documento— la apertura de las negociaciones encaminadas a suscribir un acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar ni continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia (art. 5 bis 4-IV LC); y v) en el caso de que el deudor haya solicitado el concurso

control a posteriori en el marco de una posterior proceso concursal judicialmente declarado, concretamente, en sede de calificación del concurso.

Como ya hemos comentado, la nueva Propuesta no exige un test o control de viabilidad *ex ante* para que el deudor pueda acogerse a la moratoria preconcursal, puesto que la propuesta presupone que las partes intervinientes (interesadas) en las negociaciones preconcursales son las que se encuentran en mejor condición para determinar la viabilidad del deudor²³⁰⁴, y, si acceden a negociar con el mismo es porque han llegado a la conclusión de que la empresa es perfectamente viable a corto o medio plazo. A pesar de la ausencia de un control *ex ante*, si se prevé, un control *ex post* a través de la confirmación judicial del plan o acuerdo de reestructuración²³⁰⁵.

En segundo lugar, el modelo propugnado por la Propuesta defiende la intervención mínima de toda autoridad judicial en esa fase preconcursal de negociación para alcanzar la reestructuración del pasivo del deudor, solamente se prevé que actúe la autoridad judicial, en las cuestiones que sean estrictamente necesarias, es decir, en los casos en los que sea necesario proteger los derechos individuales de las partes afectadas en virtud del principio de proporcionalidad. Por lo tanto, se permitirá la actuación judicial siempre que sea necesario asegurar que los derechos de las partes afectadas quedan debidamente protegidos (art. 4 de la Propuesta); por ejemplo, como bien apunta el profesor GARCIMARTÍN ALFÉREZ, en los casos en los que se pretenda suspender las ejecuciones singulares o imponer los efectos del acuerdo de reestructuración a los acreedores disidentes²³⁰⁶ (Considerando 18º *in fine* de la

para negociar la búsqueda de adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá acreditar que no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones para presentar propuesta anticipada de convenio (ex art. 105 LC).

²³⁰⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (I)», en [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/>], (Consultado en diciembre 2016).

²³⁰⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (I)», en [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/>], (Consultado en diciembre 2016).

²³⁰⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Ibidem...», *op.*, cit.

Propuesta). Finalmente, decir que la Propuesta no impone el nombramiento de un «mediador» o un supervisor de las negociaciones llevada a cabo por el deudor y los acreedores, sino que esta posibilidad se deja en manos de los interesados, es decir, serán las partes implicadas las que decidan nombrar o no a un mediador o supervisor de las negociaciones. En nuestra opinión, es cierto que durante el procedimiento de precurso, aunque no hay un verdadero proceso, concurren diversos intereses entre el deudor y sus acreedores, por lo que podría ser beneficioso que en dichas negociaciones estuviera presente un facilitador o mediador que intentara acercar a las partes intervinientes en la negociación preconcursal (al estilo del *debtor in possession* americano); ahora bien, desde hace tiempo la doctrina mercantilista siempre ha pretendido que, en fase preconcursal debía primar la negociación del deudor con sus acreedores sin la intervención de ningún tercero e, incluso, sin la intervención de un juzgador, no se entiende como ahora la Comisión Europea pretende impulsar la figura de un mediador para intervenir en las negociaciones del precurso, implicando que las partes tengan que asumir los costes de tal intervención de mediación, a sabiendas de la situación económica por la que atraviesa el deudor. A nuestro juicio, sería más interesante que hubiera un control judicial *ab initio* que fomentar la intervención de un supervisor de las negociaciones en sede de precurso; lo más razonable sería dejar a las partes interesadas negociar y componer una solución convencional durante el espacio temporal de cuatro meses, que permita al deudor reestructurar su pasivo, salir de su estado de insolvencia (actual o inminente) o de preinsolvencia.

Finalmente, en tercer lugar, la Propuesta no opta por un procedimiento formal y reglado con sus correspondientes fases llevado a cabo en sede judicial (con control judicial), sino que, más bien, se invoca una *solución flexible*: «la moratoria preconcursal» en la que las partes interesadas pueden combinar distintos instrumentos: negociación informal, moratoria temporal y acuerdos de reestructuración (art. 4 de la Propuesta), y, además, dichos instrumentos pueden ser a instancia del deudor o, de los propios deudores con el consentimiento de aquél (art. 4 de la Propuesta).

Tras apuntar las tres ideas fundamentales en las que se sustenta el modelo de moratoria por el que apuesta la Propuesta, podemos observar que se apuesta por un modelo parecido al de nuestro procedimiento de precurso (art. 5 bis LC); parece que la Comisión Europea pretende elaborar la moratoria preconcursal siguiendo la misma estructura que el procedimiento de precurso español (ex art. 5 bis LC), por lo que España tiene, en este sentido, gran parte del recorrido realizado, a la hora de adaptar el Derecho concursal a la Directiva europea en las futuras reformas que se realicen. En primer lugar, decir que nuestro precurso (ex art. 5 bis) es un procedimiento judicial preventivo de jurisdicción voluntaria, por lo tanto, es cierto que no nos encontramos ante ningún proceso jurisdiccional; el competente para conocer del precurso es el letrado del Administración de Justicia del Órgano Jurisdiccional competente para conocer de la declaración judicial de concurso del deudor (art. 5 bis 3 LC), que según el tenor literal del precepto se encarga de ordenar la publicación al Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deja constancia de comunicación presentada por el deudor o, en los casos en los que se trate de la negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 231 y ss. LC), la comunicación presentada por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen (ex art. 5 bis 3 LC).

Es cierto que en el precurso (ex art. 5 bis), en principio no hay intervención judicial por parte del Juez-Magistrado de lo mercantil competente para la declaración de concurso (art. 5 bis 1 LC), salvo, en los casos en los que se plantee controversia sobre el carácter necesario del bien o de los bienes indicados por el deudor en su solicitud de precurso, pues, se podrá recurrir el decreto del letrado de la Administración de Justicia ante el juez competente para conocer del concurso, en busca de la declaración de necesario del bien o los bienes indicados por el deudor en su solicitud de precurso (ex art. 5 bis 4-II *in fine* LC); como podemos observar en nuestro actual procedimiento de precurso, al igual que se pretende en la futura *moratoria preconcursal* que quiere instaurar la Propuesta para todos los Ordenamientos de los Estados

miembros, se está asegurando que los derechos de las partes interesadas queden debidamente protegidos (art. 4 de la Propuesta). Como hemos podido adelantar, las nuevas propuestas europeas defienden la idea de la intervención mínima de las autoridades judiciales, pero esto, a nuestro juicio no es algo que perjudique al precurso y a la moratoria que pretende instaurar la futura Directiva, puesto que no se puede olvidar que, tanto el precurso español como pretendida moratoria precurso que se quiere instaurar desde Europa, son procedimientos judiciales de jurisdicción voluntaria, en los que no existe como tal, una controversia inter partes: no existe contenciosidad, no hay deducción de pretensión procesal ni ejercicio de acción, no existe actividad jurisdiccional por parte del Letrado de la Administración de Justicia (tampoco la habría si el Juez de lo mercantil fuera el competente para conocer de la solicitud de precurso), no termina el proceso con sentencia sobre el fondo y, por ende, tampoco se da la autoridad de cosa juzgada, puesto que, como ya hemos repetido hasta la saciedad, el precurso –y también la futura moratoria precurso– están configurados como un verdaderos procedimientos de jurisdicción voluntaria. En este sentido, la propuesta debía seguir la estructura del precurso español, pues, el hecho de que el letrado de la Administración de Justicia conozca de la solicitud de precurso (o, incluso, si se volviera a recomendar la atribución de competencia al juez competente para conocer de la solicitud de precurso) en ningún caso frustra o frustraría las negociaciones precursoales en las que se busque una reestructuración. Por lo tanto, cuando el profesor GARCIMARTIN habla de que la Propuesta se decide por una solución flexible (la moratoria precursoal), a nuestro juicio, parece que, de algún modo, se está proyectando una futura solución análoga a nuestro procedimiento de precurso (ex art. 5 bis)²³⁰⁷.

Finalmente, decir que uno de los principales objetivos del modelo propugnado por la Propuesta de 22 de noviembre consiste en el *reforzamiento*

²³⁰⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad I» [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/>], (Consultado en diciembre de 2016).

de una moratoria preconcursal *extra muros* concurso (como instrumento preventivo del concurso), que es lo que nosotros hemos venido invocando desde el año 2011²³⁰⁸, pues, como ya hemos dicho, en el Derecho concursal español, la pieza clave para remover o prevenir el estado de insolvencia por el que atraviesan los deudores (ya sea a través de la refinanciación o a través de un reestructuración) es el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), entendiendo al mismo como el único instituto preconcursal vigente en nuestro ordenamiento, ya que dentro del mismo se pueden llevar a cabo los negocios jurídicos²³⁰⁹ idóneos para conseguir la remoción de la insolvencia (ex art. 5 bis 1 LC), evitando tener que entrar en el concurso, que ya de por sí deterioraría aún más la situación económica del deudor. Por lo tanto, veremos en un futuro no muy lejano los *finés* que se establecerán en la futura Directiva europea con respecto a la pretendida moratoria preconcursal, para hacernos una idea del alcance y las modificaciones que implementará el Estado español a la hora de abordar las reformas sugeridas en el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis); pero lo que sí queda claro en estos momentos, es que el procedimiento de precurso español (ex art. 5 bis) está sirviendo de ejemplo a las instituciones europeas para fijar unas pautas y unos fines que ofrezcan a los Estados miembros las vías por donde deben transcurrir las respectivas reformas que acometan en materia concursal, sobre todo, en el ámbito de la reestructuración preconcursal y el régimen legal de la segunda oportunidad.

²³⁰⁸ GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del precurso en la reforma de la ley Concursal», en *Diario Económico Expansión*, sección opinión, de 9 de enero de 2011

²³⁰⁹ Los negocios jurídicos a los que hacemos alusión son los que pone a disposición del deudor el artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal: i) la negociación de adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; ii) la negociación de un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª, y art. 71 bis 1 LC); iii) la negociación para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 231 y ss. LC).

2.2. La moratoria preconcursal pretendida por la Propuesta de Directiva, ¿un procedimiento análogo a nuestro procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC)?

Según los recientemente publicada Propuesta de Directiva Europea de 22 de noviembre de 2016, en el ámbito del marco europeo²³¹⁰, la Comisión Europea busca introducir y extender por todo el espacio europeo, un modelo de «moratoria preconcursal²³¹¹» cuya estructura se presenta de una forma análoga a nuestro actual procedimiento de concurso (ex art. 5 bis); a pesar del *nomen iuris* utilizado por la doctrina²³¹² a la hora de definir el modelo que presenta la Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad, de 22 de noviembre de 2016, hemos de decir que el modelo que se pretende instaurar para todos los Estados miembros (según el texto de la Propuesta) no es un mera «moratoria temporal²³¹³» sino que, más bien, se trata de un modelo basado en un procedimiento judicial²³¹⁴ *preventivo* del concurso, cuyo objeto consiste en conceder un espacio temporal de protección donde el deudor pueda

²³¹⁰ Vid. *Directive of The European Parliament and of the council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending directive 2012/30/eu*

²³¹¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): la moratoria preconcursal», [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal/>] (consultado en diciembre 2016).

²³¹² *Ibidem*.

²³¹³ En todo caso creemos que la expresión moratoria preconcursal, no es la más apropiada a la hora de denominar a este futuro procedimiento judicial preventivo; en todo caso la moratoria preconcursal sería uno de los efectos que se desprendan de la puesta en marcha del procedimiento preventivo de concurso, esto es, la moratoria temporal será el espacio temporal que la autoridad judicial concederá, con el objeto de proteger las negociaciones que lleve a cabo el deudor con los acreedores dirigida a alcanzar un acuerdo de reestructuración bajo los efectos del procesales que se d

²³¹⁴ Entendemos que es judicial, porque se pretende que sea controlado y se tramite bajo una autoridad judicial o administrativa; se trata, como explicaremos a continuación, de un procedimiento de jurisdicción voluntaria judicial (al desarrollarse en sede judicial), cuya principal finalidad es la de evitar el concurso. En contra se manifiesta GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad» [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/>], (Consultado en diciembre de 2016). Que entiende que la Propuesta no introduce o propone un procedimiento formal y reglado con sus sucesivas fases, sino más bien habla de una solución flexible que pueden poner en marcha tanto el deudor común como los propios acreedores, dejando de ser un facultad exclusiva del deudor.

llevar a cabo las negociaciones con sus acreedores, para alcanzar un acuerdo de reestructuración que le permita remover su estado de insolvencia «zafándose» de la solución concursal.

Tanto el esquema como la estructura del procedimiento preconcursal que la Comisión pretende instaurar en todo el marco europeo, es, salvo algunas diferencias, idéntica a nuestro actual procedimiento de precurso español (ex art. 5 bis). Por ello, al Gobierno español, cuando le corresponda transponer la futura Directiva, a la hora de «retocar» el artículo 5 bis de la Ley Concursal, tendrá bastante terreno avanzado, puesto que, si se nos permite, parece que la Comisión Europea ha realizado una propuesta de procedimiento preventivo verdaderamente inspirada en nuestro vigente procedimiento de precurso (ex art. 5 bis)

Por otro lado, es interesante apuntar en este preciso momento, que a pesar de que los Estados miembros puedan adaptar –con plena libertad de forma y de medios²³¹⁵– su Ordenamiento jurídico siguiendo las «guías» que se establezcan en la futura Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad, lo que no mutará es la verdadera naturaleza del *procedimiento preventivo del concurso*²³¹⁶ que se establezca, pues seguirá tratándose de un procedimiento judicial preventivo (bajo autoridad judicial) cuya naturaleza recaerá en el ámbito de la jurisdicción voluntaria²³¹⁷ (más informal), en la

²³¹⁵ LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «El sistema de normas y actos...», op., cit., p. 367.

²³¹⁶ A pesar de que el profesor GARCIMARTÍN lo denomina *moratoria preconcursal*, pues, según la opinión de dicho autor la Propuesta de 22 de noviembre no opta por un procedimiento formal y reglado con sucesivas fases bajo el control de una autoridad judicial *ab initio*, al estilo del *Chapter 11* americano, sino que se opta por una *solución flexible* en las que las partes intevinientes negocian, bajo el arco de protección de una moratoria concedida en el procedimiento preventivo que se instaure, para alcanzar un acuerdo de reestructuración (ex art. 4.2 de la Propuesta). A pesar de lo anterior, nosotros defendemos la idea de que lo que se proyecta no deja de ser un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria (se lleve en sede judicial o administrativa), cuya finalidad es eminentemente preventiva. Vid., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad I» [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/>], (Consultado en diciembre de 2016).

²³¹⁷ Entienden que el precurso es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi,

misma línea que nuestro actual procedimiento de precurso (ex art. 5 bis); el precurso (ex art. 5 bis LC) no es una mera notificación²³¹⁸ o comunicación formal del inicio de negociaciones, sino que detrás del precepto se alberga un verdadero *procedimiento judicial preventivo del concurso*, cuya naturaleza descansa en los terrenos de la jurisdicción voluntaria²³¹⁹ (intuimos que en este mismo sentido también avanzaremos a la hora de implementar las recomendaciones que establezca la futura Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad) que sirve para que los deudores puedan remover o prevenir si estado de insolvencia *extramuros concurso*, a través de la formalización de los diferentes negocios jurídicos²³²⁰ que la norma pone a disposición del deudor (ex art. 5 bis 1), evitando, con ello, la entrada al concurso de acreedores. Por lo tanto, la moratoria preconcursal, *rectius*: procedimiento preconcursal proyectado en la Propuesta de Directiva europea, que deberá ser adaptada en

Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42

²³¹⁸ En contra de nuestra opinión se sitúan los siguiente: PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda...», op., cit., p. 72; AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis...*, 2ª edición, op. cit., p. 67; FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda...», op., cit., p. 260; IBÍDEM, «Concurso y contratos del sector público...», op., p. 274; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. «La reforma de la propuesta anticipada de convenio...», op., cit., p. 92; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones para obtener una propuesta adhesiones...», op., cit., pp- 669-670.

²³¹⁹ Vid. Nota a pie de página nº 2017.

²³²⁰ Los negocios jurídicos a los que hacemos alusión son los que pone el artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal a disposición del deudor: i) la negociación de adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; ii) la negociación de un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª, y art. 71 bis 1 LC); iii) la negociación para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 231 y ss. LC).

todos los Estados miembros en el plazo de 2 años desde que se publique, por todos los Estados miembros será, a nuestro juicio, una herramienta clave –al igual que lo es el concurso en el Derecho concursal español– para la reestructuración y la refinanciación preconcursal de empresas que atraviesen por una situación de dificultades económicas fuera del concurso de acreedores.

El objeto del modelo de procedimiento preventivo que pretende fomentar y extender la Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016, es ofrecer un espacio idóneo para que el deudor que se encuentra en situación de iliquidez, pero es, efectivamente, viable, pueda llevar a cabo las negociaciones de un plan de o acuerdo de reestructuración entre el deudor y los acreedores²³²¹. Como podemos observar el modelo de procedimiento preventivo (o preconcursal) que se pretende instaurar desde la Unión Europea, responde al mismo objeto que nuestro actual concurso (ex art. 5 bis LC). En puridad, el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis) es un procedimiento que concede al deudor que decide ejercitar la facultad²³²² para acogerse al mismo, un espacio temporal de tres meses para poder llevar a cabo las negociaciones con los acreedores, encaminadas a la suscripción y/o formalización de los diversos negocios jurídicos que pone la norma a disposición del deudor: i) búsqueda de adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (ex art. 106.1 y ss. LC); ii) la suscripción de un acuerdo de refinanciación (ex art. 71 bis 1, y Disp. Ad. 4ª LC); y iii) la negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos. Además, aunque la norma no lo prevea, dentro del concurso (ex art. 5 bis LC), el deudor también puede/debe llevar a cabo operaciones de reestructuración empresarial (fusiones, escisiones, cesión global de activo y pasivo²³²³), sobre todo porque

²³²¹Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): la moratoria preconcursal», [<http://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal/>] (consultado en diciembre 2016).

²³²² SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones...», op. cit., pp. 87-88. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Expedientes de quita y espera y...», op. cit., p. 198

²³²³ Vid., la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, BOE n.º 82, de 4 de abril de 2009.

estas operaciones pueden insertarse dentro del contenido de un acuerdo de refinanciación como contenido adicional de mismo²³²⁴. En este sentido debemos decir que el acuerdo de refinanciación responde a una especie de negocio jurídico complejo que se negocia en el marco de la autonomía de la voluntad (ex art. 1255 CC) de las partes intervinientes en el mismo, cuyo objeto primordial es que el deudor pueda refinanciar su pasivo, es decir no se habla de financiación a «secas», sino que se busca refinanciar lo ya financiado para que el deudor pueda obtener un balón de oxígeno de liquidez con la que poder hacer frente a sus obligaciones.

Según explica GALLEGO LANAU el contenido anterior es el contenido mínimo de todo acuerdo de refinanciación, pero ello no impide que, además, se puedan incluir en dichos acuerdos otros contenidos complementarios como pudiera ser un plan de reestructuración empresarial mediante una modificación estructural societaria traslativa de patrimonio²³²⁵.

Como es sabido, las empresas que sean viables desde un punto de vista económico, pero que puedan estar atravesando por una situación de crisis, debido a la iliquidez que presenta su balance, necesitan un «espacio temporal idóneo» para poder llevar a cabo, con ciertas garantías de protección, las negociaciones con los acreedores implicados, encaminando las mismas a la suscripción de algún *negocio jurídico* que la norma pone a disposición del deudor para intentar refinanciar o reestructurar su pasivo.

Como se puede deducir de la Propuesta de la Directiva europea de 22 de noviembre, es en este espacio temporal donde la Comisión Europea pretende

²³²⁴ Vid., en este sentido los trabajos de PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdo de refinanciación...*, op. Cit., p. 266 y ss.; GARCÍA-CRUCES, J.A., Y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, pp. 22-25; LARGO GIL, R., «El contenido del acuerdo (II): los acuerdos de reestructuración empresarial», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 153-214; GALLEGO LANAU, M., «El artículo 5 bis de la Ley Concursal y modificaciones estructurales societarias», en *RdCyP*, nº 22, 2015, p. 470-472.

²³²⁵ GALLEGO LANAU, M., «El artículo 5 bis de la Ley Concursal y modificaciones estructurales societarias», en *RdCyP*, nº 22, 2015, p. 471.

situar la futura y esperada «moratoria preconcursal²³²⁶; se trata de un instrumento idéntico al procedimiento de precurso español (ex art. 5 bis LC), pues, en esas situaciones es cuando los deudores se encuentran más expuestos a las ejecuciones singulares instadas por acreedores disidentes o, la posible extinción o terminación de los contratos necesarios para que el deudor pueda continuar en su actividad empresarial²³²⁷; por todo ello, dichos deudores necesitan proteger sus negociaciones con los acreedores para que las mismas no fracasen, y esto es lo que pretende la futura moratoria preconcursal, que procurará instaurar un espacio temporal (con la suspensión de ejecuciones y la imposibilidad de instar la declaración de concurso necesario) de respiro y tranquilidad para que el deudor y sus acreedores puedan culminar las negociaciones dirigidas a la suscripción de un plan o acuerdo de reestructuración del pasivo, que permita al deudor salir de su estado de crisis, sin tener que acudir al proceso concursal (un esquema idéntico al de nuestro procedimiento de precurso –ex art. 5 bis–). Por lo tanto, el objeto de la moratoria es establecer un espacio temporal de protección en el que: i) se suspenden las ejecuciones singulares instadas frente al patrimonio del deudor, ii) se aplaza o suspende el deber de solicitar el concurso y, iii) se produce la suspensión de las cláusulas de terminación contractual vinculadas a la apertura de cualquier proceso de reestructuración del pasivo, las denominadas *ipso facto clauses* de los contratos que puedan ser necesarios para la continuidad de la actividad empresarial²³²⁸.

El régimen legal del modelo de moratoria preconcursal que Europa quiere instaurar por todos los Estados miembros se regula en los artículos 6 y 7

²³²⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): la moratoria preconcursal», [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal/>] (consultado en diciembre 2016).

²³²⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Ibídem...», op. cit.

²³²⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): la moratoria preconcursal», [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal/>] (consultado en diciembre 2016).

de la Propuesta de Directiva europea, que vienen a regular según explica el profesor GARCIMARTÍN ALFÉREZ, tres elementos esenciales que definen a la misma: i) el ámbito procesal y materia de la moratoria preconcursal; ii) la necesidad de intervención judicial; y, iii) la duración de la moratoria²³²⁹.

Según afirma el profesor GARCIMARTÍN es cierto que la moratoria preconcursal proyectada en la Propuesta de Directiva europea de 22 de noviembre es más versátil y ambiciosa que nuestro procedimiento de precurso; en este sentido estamos de acuerdo con la anterior afirmación, aunque nosotros pensamos que la futura moratoria preconcursal más bien sigue el esquema y la estructura de nuestro procedimiento de precurso (ex art. 5 bis). Asimismo, la nueva moratoria preconcursal parece ser más respetuosa con los Derechos preconcursales de los acreedores, que es uno de los problemas que se plantean en el precurso, ya que, cuando el deudor decide ejercitar la facultad de solicitar el precurso (ex art. 5 bis), los acreedores nada pueden hacer y, lo que es más relevante no pueden evitar. En el Derecho español, cuando un deudor se encuentra en la situación jurídica de precurso, los acreedores se ven obligados a soportar dicha situación jurídica hasta que vencen los plazos de tramitación del mismo, es decir, hasta que no vence el plazo de tres meses para negociar, los deudores no pueden instar su declaración judicial de concurso necesario, que, se proveerá como concurso necesario (ex art. 15 LC), tras el vencimiento de mes siguiente hábil, en el caso de que el deudor no haya instado su solicitud de concurso voluntario (ex art. 5 bis 5 LC). Si, tras el vencimiento del mes siguientes hábil, el deudor finalmente insta la declaración judicial de concurso voluntario; sin embargo en la futura moratoria preconcursal parece que se flexibilizan todas las posibilidades con el objeto de respetar los derechos preconcursales de los acreedores y mantener el equilibrio deseado entre éstos y el deudor en fase de moratoria preconcursal.

2.2.1. Efectos de la proyectada moratoria preconcursal

²³²⁹ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Ibidem...», op. cit.

La Propuesta prevé que la puesta en marcha de la moratoria preconcursal, en principio, podrá suspender las ejecuciones singulares que se dirijan frente a los bienes y derecho del deudor, siempre que ello sea *necesario* para permitir que se desarrollen con todas las garantías las negociaciones para alcanzar un acuerdo de reestructuración (art. 6.1 de la propuesta). Parece que esta posibilidad que concede el texto de la Propuesta es bastante versátil y flexible pues, permite adaptar y modular el alcance de la *limitación* (suspensión) del ejercicio del derecho de ejecución forzosa de los acreedores en cada caso concreto; en este sentido, en nuestro procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC) se prevén tres tipos de incidencias sobre las ejecuciones singulares: i) la prohibición de incoación de las ejecuciones singulares; ii) la incoación con efectos limitados (con suspensión ipso iure una vez incoada) y, iii) la suspensión stricto sensu; además se prevén dos límites: a) *el límite objetivo*, que significa que las ejecuciones judiciales o administrativas que tengan por objeto hacer efectivos créditos de Derecho Público no se verán afectadas por las incidencias establecidas en la norma (art. 5 bis 4-6º LC); b) *el límite temporal*, que significa que los efectos de las incidencias o limitaciones anteriormente remarcadas sobre las ejecuciones singulares estarán vigentes por el tiempo que establece la ley, no más de 4 meses (ex arts. 5 bis 4-1º y 5 bis 5 LC). Finalmente decir que el artículo 5 bis 4 de la Ley Concursal española distingue entre ejecuciones (judiciales y extrajudiciales) que recaigan sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (ex art. 5 bis 4-1º) y, ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales que sean promovidas por los acreedores de pasivos financieros que recaigan sobre cualquiera otros bienes (distintos de los necesarios) o derechos que formen parte del patrimonio del deudor (art. 5 bis 4-4º LC). Es cierto que el alcance de las incidencias y limitaciones establecidas en nuestra Ley Concursal no es tan ambicioso como el régimen que propone la Propuesta europea, aunque el artículo 5 bis 4 intenta adaptarse a todas las posibilidades que puedan acontecer frente a la situación de concurso, podría ser deseable que las limitaciones y las incidencias de la situación jurídica de concurso (ex art.

5 bis 4) frente a las ejecuciones pudieran modularse y adaptarse –con plena flexibilidad– en cada caso concreto, para que, como bien apunta el profesor GARCIMARTÍN, se apliquen cuando realmente sea necesario para permitir el desarrollo de las negociaciones de un posible acuerdo de reestructuración con los acreedores (vid., art. 6.1 de la Propuesta).

El texto de la propuesta también dispone que la suspensión de la ejecución prevista alcanza a todos los acreedores sin excepción alguna, incluyendo a los acreedores con privilegio general o especial (art. 6.2 de la Propuesta); a pesar de que la suspensión es general, ésta no afecta a los acreedores que pudieran verse injustamente perjudicados como los acreedores disidentes del acuerdo, cuyos efectos nunca le afectarán.

En este sentido en lo que respecta a nuestro procedimiento de concurso (ex art- 5 bis) también se recoge una posibilidad análoga a la que presenta la Propuesta de Directiva europea de 22 de noviembre; por ejemplo: cuando se ha instado una solicitud de concurso para llevar a cabo negociaciones tendentes a la suscripción de un acuerdo de refinanciación de la Disp. Adicional cuarta (ex art. 5 bis 1 LC), a la hora de que se admita a trámite la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación, el juez competente dictará providencia en la que declarará la suspensión de las ejecuciones singulares hasta que se adopte la resolución judicial por la que acuerde la homologación judicial del acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4^a-5^o y 6^o); esta suspensión de las ejecuciones singulares no afectará a los acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo de refinanciación en cuestión, ya que los mismos no van quedar afectados por los efectos del acuerdo de refinanciación y, por ende, no tiene sentido prohibirles incoar o continuar las ejecuciones singulares en tanto se resuelve la homologación judicial del mismo²³³⁰.

²³³⁰ Vid., en este sentido a MAGDALENO CARMONA, A., Y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op. cit., p. 31; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración...*, op. cit., p. 455; AZOFRA VEGA, F., *La homologación judicial...*, op. cit., p. 195; AZNAR GINER, E., *La reforma concursal del real decreto-Ley 4/2014...*, op. cit., p. 208;

La flexibilidad con la que se presenta la suspensión de las ejecuciones en sede de moratoria preconcursal en el texto de la Propuesta permite, cuando no sea necesaria una suspensión de las ejecuciones generales, que dicha ejecución alcance determinados acreedores, debido a que el resto de acreedores que se vean sometidos a los efectos del acuerdo (verbigracia: un acuerdo de reestructuración) llevado a cabo con el deudor (art. 6.2 de la Propuesta), habiéndose comprometido a no instar ningún tipo de ejecución frente a los bienes o derechos del deudor mientras se ejecuta el acuerdo (*standstill*). Finalmente, decir que el texto de la Propuesta europea prevé que la moratoria podrá ser modificada durante su vigencia para adaptarse o modularse frente a nuevas situaciones sobrevenidas en el transcurso de su vigencia (art. 6.8 y 9 de la Propuesta)²³³¹.

En cuanto a las exclusiones de los efectos de la moratoria que prevé la Propuesta, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de concurso (ex art. 5 bis 4-VI LC), no se encuentran recogidas las ejecuciones que se dirijan a recuperar créditos de Derecho Público (ejecuciones administrativas), también quedarán excluidos de los efectos de la moratoria los créditos de los trabajadores (art. 5.3 de la Propuesta) que, en principio, no estarían afectados por la suspensión de las ejecuciones, salvo que se prevea un mecanismo de garantía equivalente al establecido en la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre de 2008 (ex art. 5.3 de la Propuesta). Por otro lado, la moratoria tampoco afectaría a las garantías financieras que recaigan sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/47 (ex art. 31.1 de la Propuesta), ni a los derechos reales sobre bienes del deudor localizados en otros Estados miembros (art. 5 del Reglamento 1346/2000 de 29 de mayo y artículo 8 del Reglamento 848/2015, de 20 de mayo)²³³².

²³³¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): la moratoria preconcursal», [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal/>] (consultado en diciembre 2016).

²³³² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Ibídem...», op., cit.,

En opinión del profesor GARCIMARTÍN la moratoria preconcursal en este punto de la suspensión de las ejecuciones es muy flexible y ambiciosa, puesto que como dicho autor expone: «se puede dibujar *ad hoc* el perímetro de la moratoria en cada caso concreto e, incluso, se podría volver a modificar el mismo ante nuevas situaciones sobrevenidas durante la vigencia de la misma²³³³.

2.2.2. El deber de solicita la declaración judicial de concurso y las solicitudes de concurso necesarias

El texto de la Propuesta prevé la imposibilidad de incoar cualquier procedimiento concursal ya sea voluntario o necesario (por parte de los acreedores). En este caso se suspende o aplaza la carga procesal de instar la declaración judicial de concurso voluntario por parte del deudor que se ha acogido a la moratoria preconcursal (art. 7.1 de la Propuesta). Además, cuando la moratoria preconcursal se hubiera activado con alcance general, también se suspenderá o aplazará la posibilidad de que los acreedores insten la declaración judicial de concurso necesario (art. 7.2 de la Propuesta). A pesar de las dos reglas generales anteriores, se permitirá que los Estados miembros establezcan alguna excepción, como por ejemplo, en los casos en los que se observe que durante el plazo de la moratoria preconcursal, el deudor se ha quedado sin liquidez (sin capacidad para hacer frente a sus deudas) o, cuando se detecte que el deudor no podrá alcanzar un acuerdo de reestructuración en dicho plazo (moratoria), se permitirá que se active la posibilidad de que se puedan instar tanto las solicitudes de concurso voluntario con necesario (art. 7.3 de la Propuesta), debido a que, ante la imposibilidad de que se materialice acuerdo alguno, lo mejor es acudir al concurso cuanto antes, para dar tratamiento a la situación de insolvencia que persiste en el deudor común.

Como podemos observar la futura moratoria preconcursal sigue los pasos de nuestro vigente procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), en cuanto a que la solicitud de precurso también produce un doble efecto

²³³³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Ibídem...», op., cit.

idéntico al de la moratoria preconcursal pretendida para el marco europeo (art. 7-1º, 2º, 3º de la Propuesta); en primer lugar, en el procedimiento de concurso español, la solicitud que pone en marcha al mismo, produce *ipso iure* el aplazamiento o, la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso voluntario hasta un máximo de seis meses –2+3+1– (ex art. 5 bis 2 LC).

En otro orden de cosas, al igual que ocurrirá en la futura moratoria preconcursal (art. 7.1 de la Propuesta), en nuestro sistema concursal, una vez que el deudor se encuentra en la nueva situación jurídica de concurso (ex art. 5 bis), no procederá (se excluye²³³⁴) la solicitud de declaración de concurso necesario hasta que no venza el plazo establecido en el artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal, ya que, como es obvio, el procedimiento de concurso y el proceso concursal, son dos instrumentos separados, independientes y autónomos que vienen a tener objetos antagónicos, pues, el deudor que se acoge a la situación jurídica de concurso pretende buscar un espacio temporal de protección (en el sentido de la moratoria preconcursal que viene desde Europa) para llevar a cabo las negociaciones con los acreedores tendentes a la suscripción de alguno de los negocios jurídicos²³³⁵ que la norma pone a disposición del deudor para intentar prevenir o remover su estado de insolvencia, evitando tener que entrar en el proceso concursal, que, por lo que se desprende de la práctica forense viene siendo antieconómico (ex art. 5 bis 1). Además, a pesar de que en la norma (tanto en el artículo 5 bis como en el artículo 15.3, no se prevé expresamente la posibilidad de *desistir*²³³⁶ de la solicitud de concurso²³³⁷, y

²³³⁴ Desde un punto de vista procesal la palabra idónea para explicar el efecto «bloqueo» que produce la solicitud de concurso (ex art. 5 bis) frente a las solicitudes de concurso necesario (ex art. 15.3 LC), es la palabra: *exclusión*, cuya posterior consecuencia es la inadmisión *ad limine* de las solicitudes de concurso de necesario.

²³³⁵ Los negocios jurídicos a los que hacemos alusión, son los que el artículo 5 bis 1 de la Ley Concursal pone a disposición del deudor: i) la negociación de adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; ii) la negociación de un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª, y art. 71 bis 1 LC); iii) la negociación para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 231 y ss. LC).

²³³⁶ A pesar de que algún autor ha defendido la idea de poder desistir del procedimiento de concurso, lo cierto es que nos encontramos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que el deudor no puede desistir como si de un proceso jurisdiccional se tratara. Como bien

acudir rápidamente al proceso concursal en el caso de que se constate, durante la tramitación del precurso, que efectivamente el deudor no puede pagar sus deudas por falta de liquidez y, además, resulte poco posible que el mismo

apunta el profesor Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, el desistimiento es una declaración unilateral de voluntad del actor por la que deja por abandonado el proceso, sin que ello suponga renuncia a la acción (art. 20.3-II LEC). Aunque en principio, el desistimiento es perfectamente válido sin necesidad de consentimiento del demandado, pero al quedar la acción imprejuizada de una forma prudente se requiere el consentimiento del demandado cuando éste hubiera sido empleazado para contestar, por si tuviera interés en continuar el proceso y que el mismo sea resuelto por sentencia bajo autoridad de cosa juzgada, Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal. Parte General*, ed. Tirant Lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2013. Según lo que acabamos de observar, en el precurso no se ejercita acción judicial alguna, no existe demandado, ni hay sentencia ni cosa juzgada, por lo tanto difícilmente es encajable el esquema procesal del desistimiento del artículo 20.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civi, y, por ende no se puede hablar de desistimiento en el precurso. A mayor abundamiento, el tenor literal del artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal, impide desistir de la solicitud de precurso para acudir seguidamente a solicitar el concurso; el procedimiento de precurso concede al deudor un espacio temporal de tres meses para negociar con los acreedores cualquiera de los negocios jurídicos que la Ley le pone a disposición. Si trnascorridos esos tres meses el deudor no hubiera conseguido alcanzar acuerdo alguno deberá seguir el dictado del artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal: «*Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgados, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el medidor concursal o, no se encontrara en estado de insolvencia*»; el deudo en la situación jurídica de precurso tiene marcado unos plazos en el artículo 5 bis 5 de la Ley, que deberá seguir, y así lo debe hacer porque se encuentra bajo los efectos de protección que le otorga el procedimiento de precurso, garantizándose que cuando venza el mes siguiente hábil, su solicitud promoverá su solicitud de concurso, que se tramitará como concurso voluntario (ex arts. 5 bis 5 y 14 LC); por lo tanto, no tiene sentido introducir la figura procesal del desistimiento en un procedimiento de jurisdicción voluntaria que durante su tramitación tiene bajo protección al deudor hasta que llegue el vencimiento del mes siguiente hábil para instar su declaración de concurso voluntario (ex art. 5 bis 5). Además, si el deudor se diera cuenta de que al poco tiempo de haber solicitado el precurso no va a ser capaz de alcanzar algún acuerdo con los acreedores, el tiempo que le reste desde ese momento hasta el vencimiento del mes siguen hábil, sería recomendable que lo utilizara para preparar muy bien y con cierta de holgura temporal (y bajo los efectos de protección del precurso – ex art. 5 bis –) la solicitud de concurso que presentará su vencimiento que, en todo caso, se tramitará como concurso voluntario (ex arts. 5 bis 5 y 15.3 LC). Por ello, a nuestro juicio no resulta hablar de desistimiento en el precurso, ya que si durante la tramitación del mismo el deudor no consigue alcanzar un acuerdo con los acreedores y fracasara, la norma tiene previsto un calendario de plazos que el deudor deberá cumplir (carga procesal), si quiere garantizarse que su concurso se tramite, tras el vencimiento del mes siguiente hábil, como concurso voluntario (ex art. 5 bis 5 y 15.3 LC).

²³³⁷ Es cierto que ni el derogado artículo 5.3, ni el vigente artículo 5 bis de la Ley Concursal no preveían expresamente la posibilidad de *desistir* de la solicitud de precurso, lo que era de alguna manera lógico, al ser un procedimiento de jurisdicción voluntaria; a pesar de ello hubo algún pronunciamiento judicial que entendía que si era posible admitir el desistimiento de la solicitud de precurso, acordando el sobreseimiento del procedimiento de precurso, vid. El Interesante Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 9 y Mercantil de Córdoba, de 10 de septiembre de 2009.

pueda llegar a suscribir un acuerdo con los acreedores en el seno del concurso, como así ocurre en el modelo de moratoria preconcursal que se pretende introducir en el marco europeo (art. 7.3 de la Propuesta).

Como ha puesto de manifiesto la doctrina no se concibe la posibilidad de que el deudor desista de su solicitud de concurso, para una vez sobreseído el concurso, instar la declaración de concurso voluntario. No es posible trasladar el esquema del desistimiento (ex art. 20.3 LEC) al procedimiento de concurso, puesto que estamos ante un genuino procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el que: i) no se interpone escrito de demanda, sino solicitud; no se ejercita acción, ii) no se deduce pretensión procesal alguna, sino pedimentos; iii) no haya actividad jurisdiccional; iv) no haya partes conocidas controvertidas, no hay contenciosidad; v) no hay sentencia ni autoridad de cosa juzgada. Lo que pretendemos decir es que no hay un verdadero proceso y, por ende, no cabe hablar de desistimiento del proceso ya iniciado como acertadamente apunta FERNÁNDEZ TORRES²³³⁸. En el caso del concurso no existe un proceso y, además faltan los elementos necesarios y esenciales para poder trasladar la institución del desistimiento al mismo (art. 20.3 LEC).

Sin embargo, como hemos puesto de manifiesto en el capítulo correspondiente, si era posible que, el deudor que durante la tramitación del concurso conseguía remover la insolvencia, presentara otra segunda solicitud (escrito) que deje sin efectos su solicitud de concurso inicial (revocando la solicitud de concurso)²³³⁹, comunicando al juzgado que está tramitando su solicitud de concurso, que ha conseguido salir del estado de

²³³⁸ FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda...», op. cit., p. 264. En contra a la opinión de la autora destaca el Auto de Juzgado de Primera instancia n.º 9 y de Lo Mercantil de Córdoba, de 11 de mayo de 2009, que se mostraba partidario en admitir el desistimiento de la inicial solicitud de concurso.

²³³⁹ En este sentido lo argumenta PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^aJ., «La negociación del convenio anticipado de acreedores como causa de suspensión del deber de instar el concurso, en *Diario La Ley*, n.º 7264, sección tribuna, 19 de octubre 2009, pp. 1-4. Cuya autora, considera que es muy útil y conveniente informar al juzgado con un segunda comunicación, *rectius*: solicitud, en la que se comunique al juez que ha desaparecido la situación de insolvencia y, como consecuencia, no existe ya la carga de instar la declaración de concurso, al haberse removido el presupuesto objetivo, debido al éxito de la refinanciación conseguida.

insolvencia y, que, comunica que sale de la situación jurídica de precurso, no teniendo, por tanto, la carga de instar su declaración de concurso voluntario (ex art. 5 bis 5). Este escrito o segunda solicitud en el que se comunica al juzgado que no se quiere agotar los plazos máximos del precurso (ex art. 5 bis LC)²³⁴⁰, al haberse superado el estado la insolvencia y que, desde ese preciso momento, dicho deudor pretende salir de la situación jurídica de precurso, ya que al darse un carencia sobrevenida del presupuesto objetivo: el estado de insolvencia (debido a la remoción de la misma), también se «disipa» la carga de instar la declaración de concurso voluntario y, en definitiva carecería de sentido obligar al deudor a permanecer en la situación jurídica de precurso para solicitar, tras el vencimiento del mes siguiente hábil (art. 5 bis 5), la declaración judicial de concurso voluntario si no concurre el presupuesto objetivo para ello²³⁴¹. Esta segunda solicitud no se prevé en la norma (art. 5 bis LC), pero puede ser una solución idónea para dejar sin efecto la primera solicitud de precurso (revocación de la misma, en lugar de hablar de *desistimiento*), y, un buen instrumento para recopilar y conseguir todo tipo de pruebas que permitan defender e invocar la buena fe del deudor en las actuaciones llevadas a cabo, en caso de que posteriormente, se tuviera que enfrentar a un posible pieza de calificación del concurso (arts. 163 y ss. LC)²³⁴²; no es descabellado lo anterior, en el sentido de que toda vez que se consigue refinanciar, cabe la posibilidad que al poco tiempo la empresa pueda volver a encontrarse en estado de insolvencia y, por lo tanto, el deudor, tuviera la carga procesal de instar su solicitud de concurso voluntario (art. 5.1 LC)²³⁴³.

En otro orden de cosas, observamos que la flexibilidad que predomina en el modelo de moratoria prevista en el texto de la Propuesta, podría considerarse

²³⁴⁰ GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones...», op., cit., p. 671. Cuyo autor entiende que, en todo caso, los plazos del precurso son plazos máximos (ex art. 5 bis 5).

²³⁴¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^aJ., «La negociación del convenio anticipado...», op., cit., pp. 1-4.

²³⁴² PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^aJ., «La negociación del convenio anticipado...», op., cit., pp. 1-4.

²³⁴³ Vid. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^aJ., «Ibídem...», op., cit., pp. 1-4.

un gran avance en nuestro procedimiento de precurso, puesto que, el deudor que se acoge al precurso, no puede acudir al concurso voluntario en cualquier momento durante la tramitación del precurso, sino que tendrá que agotar los plazos previstos en el artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal²³⁴⁴.

En lo que sí que coinciden ambos procedimientos (moratoria preconcursal y precurso) es que la puesta en marcha de ambos supone la *exclusión* de las solicitudes de concurso necesario instadas por terceros legitimados distintos del deudor (art. 15.3 LC). Por lo tanto, una vez formulada la solicitud de precurso será excluidas (inadmisión *ad limine*: consecuencia de la exclusión) a trámite las solicitudes de concurso necesario instadas por acreedores hasta que no transcurran tres (3) meses (ex art. 15.3 LC).

La incoación de la moratoria preconcursal proyectada por la Comisión Europea, también suspende, *rectius*: excluye las solicitudes de concurso necesario, siempre y cuando, la moratoria se haya adoptado con carácter general (ex art. 7.2 de la Propuesta). En este caso parece que la suspensión (exclusión) de las solicitudes de concurso necesario prevista en el texto de la propuesta de Directiva, se impone con efectos limitados, ya que sólo se activa cuando se haya adoptado la moratoria con carácter o alcance general (art. 7.2 de la Propuesta). En este punto nos mostramos en línea con lo defendido por el profesor GARCIMARTIN que entiende que nuestra regulación ofrece, en este sentido, una mejor solución²³⁴⁵. A nuestro juicio, también creemos que, en aras a

²³⁴⁴ Un ejemplo claro que se presenta en nuestra Ley concursal es cuando se incoa el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y ss. LC) El deudor que se encuentra negociando un acuerdo extrajudicial de pagos no podrá ser declarado en concurso, en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5 bis de la Ley Concursal (art. 235.4 LC), cuya regla a nuestro juicio se aplica también a toda negociación llevada a cabo en el seno del precurso. Por lo tanto, el deudor preconcursado, aunque no consiga materializar ningún acuerdo con los acreedores para: i) alcanzar adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; ii) alcanzar un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª y art. 71 bis 1 LC); o, iii) alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y ss. LC), deberá agotar los plazos del artículo 5 bis 5 de la Ley Concursal, para poder instar la declaración judicial de concurso voluntario.

²³⁴⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): la moratoria preconcursal», [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal/>] (consultado en diciembre 2016).

lograr el espacio idóneo para llevar a cabo las negociaciones encaminadas a la suscripción de un acuerdo con los acreedores, es preferible el automatismo que predica el artículo 15.3 de la Ley Concursal que dispone que, desde la presentación de la solicitud de concurso y, hasta que no transcurran tres (3) meses, se excluirán (se inadmiten) las solicitudes de concurso necesario instadas por los acreedores. Por lo tanto, La Comisión Europea deberá reconsiderar este extremo en sede de negociación y tramitación de la Propuesta de Directiva europea, ya que como bien apunta GARCIMARTÍN si se mantiene este texto, podría penalizar a los deudores más moderados que sólo piden la suspensión de las ejecuciones de ciertos deudores, porque, por ejemplo, hubieran suscrito un pacto *standstill* convencional con los demás acreedores, se puede ver sometido a un solicitudes de concurso necesario durante la negociación del acuerdo de reestructuración en el seno de la moratoria preconcursal²³⁴⁶.

2.2.3. La desactivación de las cláusulas automáticas de resolución contractual por procedimientos concursales: la ineficacia de las *ipso facto clauses*

La moratoria preconcursal que pretende fomentar la comisión, también producirá incidencias en las reglas contractuales; concretamente en las denominadas cláusulas de resolución automática por situaciones concursales previstas, sobre todo, en los contratos *de obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento*, aunque se prevén algunas excepciones²³⁴⁷. El fundamento de la ineficacia una vez que se ha adoptado la moratoria preconcursal proyectada radica en que si se permitiera la vigencia de este tipo de cláusulas en el momento de la negociación preconcursal, podría frustrar la culminación de las

²³⁴⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): la moratoria preconcursal», [<http://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal/>] (consultado en diciembre 2016).

²³⁴⁷ En principio el alcance es general, es decir, alcanzaría a todos los contratos con obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento existen algunas excepciones a la regla general, sobre todo en el ámbito financiero cuando exista una regla europea especial que disponga otra cosa, como por ejemplo la directivas que trae a colación el profesor GARCIMARTÍN: (Directiva de firmeza 98/26, de 19 de mayo; la Directiva de garantía financieras (Directiva 2000/47), de 6 de junio de 2002) y el Reglamento EMIR (Reglamento 648/2012 de 4 de julio de 2012), cuyas excepciones pueden plantear diversos problemas en relación a ciertos contratos financieros no cubiertos por esa normas europeas especiales

negociaciones a la hora de alcanzar el tan deseado acuerdo de reestructuración, ya que si en el momento de adopción de la moratoria preconcursal se resuelven automáticamente contratos que son verdaderamente esenciales para la actividad empresarial del deudor, difícilmente podrá llevar a buen puerto las negociaciones con los acreedores, al no poder seguir con su propia actividad empresarial. Es muy importante que durante la moratoria preconcursal se conserve el valor de la empresa en funcionamiento (*going concern*), para conseguir el consentimiento y el apoyo de los acreedores a la hora de alcanzar un acuerdo que materialice el deseado acuerdo de reestructuración, será imprescindible mantener o conservar el valor de la empresa en funcionamiento (*going concern surplus*).

La Propuesta decide que este tipo de cláusulas contractuales, normalmente fijadas en contratos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, devienen ineficaces una vez que se solicite, se decrete o se adopte la moratoria preconcursal (art. 7.5 de la Propuesta), ya que el hecho de que se pueda solicitar la moratoria preconcursal no significa que se puedan suspender, resolver terminarse o modificarse los contratos con obligaciones recíprocas con obligaciones pendientes de cumplimiento suscritos por el deudor.

Otra de las cuestiones novedosas que resalta de la futura moratoria es la sorprendente incidencia que puede tener la misma con respecto a las cláusulas de resolución automática contractual vinculadas a incumplimientos anteriores a la solicitud de la moratoria preconcursal; en concreto el artículo 7.4 de la Propuesta dice que durante la vigencia de moratoria preconcursal, no podrán resolverse, suspenderse, terminarse o modificarse los contratos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en el momento con el inicio de la moratoria preconcursal (art. 7.4 de la Propuesta). Sobre esta novedad, los Estados miembros cuenta con cierto margen para limitar esta posibilidad únicamente a los contratos que sean efectiva necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Por otro lado, también es posible que durante la vigencia de la moratoria preconcursal, es decir, tras la

iniciación de la misma, se puedan resolver, o extinguir contratos por incumplimientos posteriores a la apertura de la moratoria preconcursal (Considerando 21º, art. 7.6 de la Propuesta).

Capítulo 8º: El precurso en el Derecho comparado

Teniendo en cuenta que el precurso español previsto en el artículo 5 bis de la Ley Concursal es un peculiar y singular procedimiento preventivo del concurso de acreedores, cuya naturaleza se encuentra en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, hemos intentado elaborar un breve comparación con otros tres «procedimientos» de otros Ordenamientos jurídicos de Derecho comparado que, a nuestro juicio, a pesar de ciertas diferencias, se podrían asemejar al objeto y la operatividad de nuestro procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC).

1. Preliminar. La singularidad del precurso español.

Como es sabido el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) es un peculiar procedimiento preventivo del concurso de acreedores, vigente en nuestro Ordenamiento jurídico desde el año 2009²³⁴⁸, y que con el paso de los años y, tras las reformas acometidas durante los años 2013 a 2015, no queda duda de que se ha consolidado como un verdadero procedimiento preventivo

²³⁴⁸ El artículo 10.1 del Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, BOE n.º 78, 31 de marzo de 2009, introdujo el procedimiento de precurso (ex *antiquo* art. 5.3 LC), que posteriormente fue derogado en el año 2011, por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, BOE n.º 245, de 11 de octubre, que introdujo el nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal, que regulaba un renovado procedimiento de precurso. Posteriormente, el artículo 5 bis fue objeto de diversas reformas legislativas en busca de consolidar un auténtico procedimiento preventivo que, efectivamente, ayudara a las empresas a reestructurar o refinanciar su pasivo evitando con ello el proceso concursal, que por fuerza, en un gran número de ocasiones –según los datos estadísticos– siempre las aboca a la liquidación concursal. Las reformas que se han llevado a cabo desde el año 2013 hasta el año 2015, y que han ido modificando el contenido del artículo 5 bis de la Ley Concursal, son las siguientes: Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE n.º 233, de 28 de septiembre de 2013; El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo de 2014, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y de refinanciación de deuda empresarial, BOE n.º 58, de 8 de marzo de 2014, que recibió refrendo parlamentario mediante la promulgación de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y de refinanciación de deuda empresarial, BOE n.º 238, de 1 de octubre de 2014; El Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, BOE n.º 217 de 6 de septiembre de 2014, convalidado por la vía parlamentaria mediante la promulgación de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, BOE n.º 125, de 26 de mayo; y el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, BOE n.º 51, de 28 de febrero de 2015 que fue convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, BOE n.º 180, de 29 de julio.

del concurso, cuyo objeto radica en la obtención de un *spatium temporis*²³⁴⁹ de protección de tres meses más uno (3+1 meses), donde el deudor pueda llevar a cabo las negociaciones con sus acreedores con todas las garantías, al margen de toda ejecución y solicitud de concurso necesaria, que le permitan conseguir materializar alguno de los negocios jurídicos que prevé la norma (ex art. 5 bis 1 LC): i) acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Adicional 4ª—); un acuerdo extrajudicial de pagos (231 y ss. LC); o, las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, con los que conseguir refinanciar o reestructurar su deuda empresarial. Las especialidades y la singularidad que presenta nuestro procedimiento de precurso ex art. 5 bis, hace que no haya muchos procedimientos análogos o semejantes en otros ordenamientos jurídicos de Derecho comparado. A pesar de ello, y de las diferencias patentes, existen a nuestro juicio tres procedimientos que, en puridad podrían «emparentarse» con nuestro vigente procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), es decir, podría decirse que son procedimientos preventivos similares que comparten algunas notas características dentro de sus respectivos regímenes legales, aunque presentan patentes diferencias que hacen que no sean procedimientos o instrumentos idénticos. Se trata de: i) *Il Concordato preventivo in bianco, con riserva o, «prenotativo»* (ex art. 161.6º LF) del

²³⁴⁹ Seguimos la terminología que introdujeron varios autores en la doctrina italiana, vid., por todos a la prestigiosa profesora PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (reformas en el derecho comparado y crisis económica), la solución dictada por el legislador italiano», en GARCÍA-CRUCES (dir.), AA. VV., *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el Derecho comparado y crisis económica*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 275; o, también, véase al magnífico Magistrado-Presidente de la Corte d'apello di Roma (Italia), Luciano PANZANI, en PANZANI, L., «Decreto speciale-concordato in bianco». <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/speciale-decreto-sviluppo-il-concordato-bianco>, 14 de septiembre de 2012, (consultado en marzo de 2013).

La expresión *spatium temporis* a la que nos referimos arriba se refiere al espacio de protección y de «tranquilidad» de tres meses más uno (3+1 meses), que permite al deudor y a los acreedores llevar a cabo con ciertas garantías, y al margen de toda ejecución o solicitud de concurso necesario instada por terceros legitimados distintos del deudor (art. 3.1 LC), las negociaciones encaminadas o dirigidas a la refinanciación o la reestructuración de su deuda empresarial, mediante la suscripción y materialización de los siguientes negocios jurídicos (ex art. 5 bis 1 LC): i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Ad. 4ª); ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC); y, iii) adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC).

ordenamiento jurídico italiano, también conocido como: «Preconcordato»; ii) el denominado *schutzschirm* o «paraguas protector» del ordenamiento jurídico alemán; y, iii) el *Debtor in possession* (DIP) norteamericano. Estos tres procedimientos o instrumentos referenciados son, a nuestro juicio, los procedimientos de Derecho comparado que más se asemejan, salvo diferencias insalvables, a nuestro procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC).

A continuación, trataremos deshacer una breve comparación, entre los mismos y nuestro procedimiento de precurso (art. 5 bis LC), señalando las características comunes y las diferencias notables entre los mismos.

2. Der «Schutzschirm» alemán versus precurso español (ex art 5 bis LC)

El «*Schutzschirm*» alemán, también conocido como «paraguas protector» fue introducido en la «*Insolvenzordnung*» alemana mediante una de las más importantes reformas en el Derecho concursal alemán, llevada a cabo por la *Ley para facilitar el saneamiento empresarial*, de 7 de diciembre de 2011, también conocida como (reforma o Ley «ESUG»), cuya entrada en vigor se produjo el primero de marzo del año 2012. La promulgación de dicha Ley fue un gran avance en el Derecho alemán, sobre todo, en la disciplina del saneamiento y la reestructuración de empresas viables que atravesando por un estado de crisis empresarial (sobrendeudamiento o preinsolvencia), confiaban en sanear o reestructurar su pasivo en el marco de un procedimiento de insolvencia²³⁵⁰.

Los artículos 270 y siguientes de la «*Insolvenzordnung*», regulan el denominado «*Schutzschirm*» que, de alguna manera, su esquema operativo está inspirado, salvando las diferencias, en el «*debtor in possession*» (DIP) norteamericano²³⁵¹. El «*Schutzschirm*» alemán se configura, al igual que ocurre con la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC)²³⁵², como una *facultad* exclusiva

²³⁵⁰ SCHMIDT, K., «Comentario al art. 270 y ss. InsO, en *Kommentar Insolvenzordnung*, 18ª edición, n.º 10, Munich, 2013, p. 5; *Ibidem.*, «¿Desbanca el Derecho concursal al Derecho de sociedades? Disputas societarias, *Deb-to-Equity-Swap and Take over*», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 306.

²³⁵¹ Vid. SCHMIDT K., «¿Desbanca el Derecho Concursal...», *op.*, *cit.*, p. 306.

²³⁵² Por todos, *vid.*, SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de las ejecuciones en el marco...», *op.*, *cit.*, pp. 87 y ss.

del propio deudor, que es el único legitimado para solicitar los efectos de protección que proporciona el mismo²³⁵³.

En este sentido, dicho instrumento se presenta de forma análoga al precurso español (ex art. 5 bis), que también es considerado por la doctrina²³⁵⁴ como una facultad exclusiva del propio deudor común, pues, él es el único que puede solicitar el precurso (ex art. 5 bis 1 LC). El «*Schutzschirm*» alemán no responde a un procedimiento judicial²³⁵⁵ en el mismo sentido que lo es el precurso (art. 5 bis LC), sino que, más bien estaríamos ante un *instrumento accesorio de protección* (instrumento en función de un proceso jurisdiccional posterior²³⁵⁶) que el deudor puede solicitar junto a su solicitud de concurso, solicitando a su vez un plazo (no será superior a tres meses²³⁵⁷) para presentar un plan de insolvencia que en la práctica ya está casi elaborado en el momento de la solicitud de concurso. Los efectos de protección del «*Schutzschirm*» se activan en el periodo interino que va desde que se insta la solicitud de la declaración judicial de concurso y su declaración formal (art. 270 b 2 InsO)²³⁵⁸; en ese ínterin temporal, en el que todavía no ha sido declarado

²³⁵³ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, 2ª edición, op., cit., p. 145.

²³⁵⁴ Vid., por todos a SENÉS MOTILLA, C., «Ibidem...», op., cit., pp. 87 y ss.

²³⁵⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, 2ª edición, op., cit., p. 144.

²³⁵⁶ Entendemos que el «*Schutzschirm*» alemán es un instrumento accesorio instrumental del proceso concursal que se declarará posteriormente, es decir, se trata de un herramienta accesorio e instrumental en función del proceso concursal posterior, que se concreta en un plazo de protección, cuya extensión será delimitada discrecionalmente por el juez, en que el deudor quedará protegido de toda ejecución (se suspenden las mismas) para que el deudor pueda elaborar en un espacio de protección el plan de insolvencia que llevará a cabo con sus principales y más importantes acreedores, y que normalmente suele tener casi confeccionado en el momento de la solicitud de declaración del concurso, que es cuando se solicitan los efectos del «*Schutzschirm*» (que se pueden activar desde que se solicita la declaración de concurso hasta que formalmente se declara ésta). El primer efecto de protección se concreta en la concesión por parte del juez, de una moratoria o plazo temporal para que el deudor tenga la posibilidad de presentar en dicho plazo, el plan de insolvencia y, durante ese plazo, se suspenderán todas las ejecuciones individuales de los acreedores frente al patrimonio del deudor que está tratando de declararse en concurso, con la posibilidad de presentar un plan de insolvencia que posteriormente se someterá a la homologación del juez, una vez se haya declarado judicialmente el concurso. Como podemos observar el «*Schutzschirm*» es un instrumento que se activa en el periodo interino que se da desde que el deudor solicita la declaración judicial de concurso hasta que finalmente es declarada formalmente por el juez competente.

²³⁵⁷ Vid. Art. 270 b Abs.1 InsO.

²³⁵⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op., cit., p. 144.

formalmente el concurso: i) se activará la moratoria temporal (máximo tres meses) que concederá el tribunal para que el deudor termine de elaborar el plan de insolvencia que será presentado, tras el vencimiento del plazo fijado (*deadline*), a su correspondiente homologación judicial, ii) se podrá activar la paralización o suspensión de todas las ejecuciones individuales ejercitadas por los acreedores frente al deudor. Es cierto que el principal efecto protector derivado del «*Schutzshkrim*» es la paralización de las ejecuciones individuales de todos los acreedores, pero esta suspensión o paralización no se produce de forma similar al «*automatic stay*» norteamericano²³⁵⁹, es decir, no se activa *ipso iure* y en todo momento por imperio de la Ley como ocurre en el *chapter 11 U.S.C.*²³⁶⁰, sino que la paralización o la suspensión de ejecuciones que se desprenden de la solicitud del «*Schutzschirm*» se decretará por el juez, siempre y cuando, el mismo entienda que se cumplen los requisitos legalmente establecidos y la reestructuración de la compañía sea posible y efectivamente viable²³⁶¹, pues si el juez se cerciora que no es así, no concederá la paralización o suspensión de las ejecuciones al deudor que solicita el escudo protector.

El *Schutzschirm* alemán es una herramienta que no está reservada al deudor que se encuentre en estado de *iliquidez* (ex art. 17 InsO) sino que se encuentre en un estado de sobreendeudamiento (Sec. 19^a) o, incluso, se reserva para el deudor que se encuentra en estado de preinsolvencia (Sec. 18^a), es decir, que aún es solvente, pero que, tras un juicio de probabilidad, pronostica o prevé que a medio/largo plazo no podrá cumplir de forma regular y puntual con sus obligaciones, pero en ningún caso servirá para. Sobre esta cuestión observamos que el *Schutzschimr* se aleja al presupuesto objetivo del precurso (ex art. 5 bis 1), pues, al procedimiento de precurso se pueden acoger los deudores en estado de insolvencia (ya sea actual o inminente), como los deudores que se

²³⁵⁹ Vid sobre el funcionamiento del «*automatic stay*» del *chapter 11 U.S.C.* en el ordenamiento jurídico estadounidense, en GODOY, E.A., y BADILLO ABASOLO, V., «Los procedimientos judiciales de quiebra de los individuos en Estados Unidos», en GARCÍA BARTOLOMÉ, D./PACCHI, S./PÉREZ DEL BLANCO, G., (Coords.), AA. VV, *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016, pp. 628 y ss.

²³⁶⁰ Vid., la Sección 362 (a), *chapter 11 U.S.C.* art. 362.

²³⁶¹ SCHMIDT, K., «Comentario al art. 270 y ss...», op., cit., 1919.

encuentren en estado de preinsolvencia, es decir aquellos que aun siendo solventes que, tras un juicio de probabilidad, prevén que a medio o largo plazo no podrán cumplir de forma puntual y regular con sus obligaciones. Sin embargo, el *Schutzschirm* alemán, no está reservado para los deudores que se encuentran en estado de insolvencia, por lo tanto, observamos que dicha herramienta o instrumento sólo servirá para deudores que se encuentren dentro del presupuesto objetivo y, que sean efectivamente viables, puesto que, si el deudor no presenta en su plan de insolvencia un mínimo atisbo de viabilidad empresarial, el deudor no podría acogerse a la protección que le brinda el «*Schutzschirm*».

Durante el plazo –no superior a tres meses (art. 270.b Abs. 1 InsO)– que conceda el juez para presentar el plan de insolvencia (que en todo caso se activará dentro del plazo interino que va desde la solicitud, hasta la declaración formal del concurso) el deudor trabajará en la elaboración del plan de insolvencia con sus acreedores más importantes y significativos, mientras que el órgano de administración del deudor conserva las funciones de gestión y administración de la compañía (*debtor in possession*), bajo la supervisión de un revisor provisional «*sachwalter*», sin que sea necesario nombrar a un tercero como administrador concursal «*insolvenzverwalter*». Asimismo, podemos observar, una de las principales diferencias entre el «*Schutzschirm*» alemán (arts. 270 y ss. InsO) y el precurso español (ex art. 5 bis LC) se encuentra en que el primero opera una vez que el deudor ha solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia, aunque no se haya declarado formalmente, por lo tanto, entendemos que, en realidad, no funciona como el precurso (ex art. 5 bis LC), que si es un procedimiento preconcursal, que se desarrolla, en todo caso, *extra muros* concurso, antes de que eventualmente se solicite la declaración judicial de concurso. El *schutzschirm* se puede considerar como un instrumento accesorio e instrumental que sirve para preparar con garantías el proceso de insolvencia que se declarará ulteriormente, ya que permite al deudor preparar en el plazo límite (o *deadline*) que fije el juzgador (ex art. 270b Abs, 1 InsO), un

plan de insolvencia con sus principales y más importantes acreedores²³⁶², que, posteriormente será homologado judicialmente en el seno del posterior proceso de insolvencia.

A pesar de que ya hemos manifestado de que ambos instrumentos no son idénticos, es cierto que, en este sentido, el *Schutzschirm* nos recuerda –a grandes rasgos– a la tramitación de nuestro procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), sobre todo, en el caso en el que deudor opte por acogerse al precurso con la intención de alcanzar (negociar) las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (ex art. 106 y ss. LC); tras el transcurso de los tres meses de protección que concede el precurso (ex art. 5 bis 5), el deudor, haya conseguido las adhesiones o no, tendrá la carga procesal de instar su declaración de concurso en el mes hábil siguiente, a no ser que ya lo haya solicitado el mediador concursal o, no se encuentre en estado de insolvencia art. 5 bis 5 *in fine* LC). Al igual que ocurre en el «*Schutzschirm*», si el deudor consigue las adhesiones suficientes a la propuesta de convenio anticipado y, ésta es finalmente admitida a trámite, el deudor podrá entrar en el proceso concursal posterior, con una propuesta de convenio anticipado que podrá ser aprobada judicialmente en poco tiempo, lo que le permitirá entrar en el concurso para salir de él de forma rápida con un convenio que garantice, de alguna forma, la refinanciación y la viabilidad del deudor en el marco del proceso concursal. Por lo tanto, entendemos que sólo en esta modalidad se asemejaría –con ciertas diferencias insalvables– el desarrollo del precurso al del «*Schutzschirm*» alemán, puesto que, las demás modalidades del precurso (ex art. 5 bis 1 LC) en las que se negocia con los acreedores para: i) alcanzar un acuerdo de refinanciación (ex art. 71 bis 1 y Disp. Ad. 4ª LC) o, ii) alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), la materialización y formalización de ambos negocios jurídicos no se lleva a cabo en el marco de un proceso concursal²³⁶³ como así ocurre en el

²³⁶² PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op., cit., p. 144.

²³⁶³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op., cit., pp. 144-145.

«*Schutzschirm*», sino que se llevan a cabo en un ámbito preconcursal, al margen, en todo caso, del proceso concursal (art. 5 bis LC).

Tras todo lo anterior, podemos llegar a la conclusión de que el «*Schutzschirm*» es un instrumento vinculado a las situaciones de preinsolvencia de los deudores que pretendieran presentar una propuesta del plan de insolvencia en un proceso concursal posteriormente declarado. Su verdadero funcionamiento se concreta en lo siguiente: el deudor en estado de sobreendeudamiento o, en estado de preinsolvencia solicita de la declaración judicial de concurso junto a un informe elaborado por un experto concursal: podría ser un auditor, asesor, o persona de cualificación equivalente (art. 270.b Abs. 1 InsO), en el que se plasme y se justifique que el deudor se encuentra en estado de sobreendeudamiento o, en estado de preinsolvencia y, además, se justifique, de algún modo, que el saneamiento de la compañía es perfectamente viable (art. 270 b Abs 1 InsO)²³⁶⁴.

Junto a la solicitud del concurso y el informe del experto concursal, el deudor que quiere acogerse al «*Schutzschirm*», también solicitará: i) seguir gestionando y administrando su patrimonio «*debtor in possession*»²³⁶⁵, bajo la supervisión de un supervisor provisional o «*sachwalter*» (art. 270b Abs. 1 InsO), mientras transcurre la moratoria temporal que concede el juez –que en ningún caso superará los tres meses (art. 270b Abs. 1 InsO)– para que el mismo siga trabajando en la propuesta del plan de insolvencia (con sus principales acreedores); ii) la fijación de un plazo límite o «*deadline*» que, en ningún caso, puede superior a tres meses (art. 270b Abs 1 InsO), para someter la propuesta del plan de insolvencia a su correspondiente homologación judicial en el marco de un proceso concursal. Por lo tanto, en ese periodo interino que fija el juez en el que ya se ha solicitado la declaración judicial de concurso, pero todavía no se ha declarado formalmente, es cuando tiene lugar el efecto de protección más importante del «*schutzschirm*», es decir, el juez decidirá si en dicho plazo se

²³⁶⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op., cit., pp. 145.

²³⁶⁵ Vid. SCHMIDT, K., «¿Desbanca el Derecho concursal...», op., cit., p. 306; PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op., cit., pp. 144-145.

paralizan o suspenden las ejecuciones individuales que hayan instado los acreedores frente al patrimonio del deudor, siempre y cuando, se cumplan todos los presupuestos legalmente establecidos para ello y, no haya lugar a duda de que al reestructuración del deudor es totalmente viable²³⁶⁶, pues si no lo fuera, el juez podría no decretar la paralización o suspensión de las ejecuciones individuales (decisión discrecional del juez). Como podemos observar la paralización o suspensión de las ejecuciones individuales no es en todo caso automática y en todo caso, como ocurre con el «*automatic stay*» del Derecho Norteamericano²³⁶⁷, que se dan *ipso iure*²³⁶⁸, y en todo caso (art. 362 (a) y (b) 11 U.S.C.)

En el caso, del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), las reglas de la suspensión de las ejecuciones se regulan, también, de una forma un tanto peculiar, pues, desde la presentación de la solicitud de precurso no se podrá incoar ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (ex art. 5 bis 4 I LC); tampoco se podrá incoar o, en su caso quedará suspendidas las ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales promovidas por acreedores de pasivos financieros a los que se refiera la Disp. Ad. 4ª de la Ley Concursal sobre cualesquiera otros bienes no necesarios, siempre y cuando, el deudor acredite documentalmente que al menos el 51 por ciento de los acreedores titulares de pasivos financieros apoyan la apertura de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia (art. 5 bis 4 IV LC). En el caso español, los acreedores con garantía real podrá ejercitar la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía, sin

²³⁶⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op., cit., pp. 144-145.

²³⁶⁷ GODOY, E.A., y BADILLO ABASOLO, V., «Los procedimientos judiciales de...», op., cit., pp. 628 y ss.

²³⁶⁸ Vid. GODOY, E.A., y BADILLO ABASOLO, V., «Los procedimientos judiciales de...», op., cit., p. 629. Cuyos autores exponen la dinámica de la paralización automática «*automatic stay*» (362 (a) (3) 11 USC.) que, en todo caso, se hace efectiva de manera automática e inmediata por imperativo del derecho, una vez se presentan la solicitudes, ya sean voluntarias o involuntarias (o necesarias.)

perjuicio de que, una vez iniciado el proceso, éste quede paralizado hasta que no se produzca algunas de las situaciones previstas en el artículo 5 bis 4 I de la Ley Concursal (incoación de ejecuciones con efectos limitados)²³⁶⁹. Finalmente, decir que régimen legal previsto para la suspensión de las ejecuciones singulares instadas por los acreedores (ex art. 5 bis 4 LC), no se aplicará a las ejecuciones (judiciales o extrajudiciales) que tengan por objeto hacer efectivo créditos de derecho público (art. 5 bis 4 VI LC)²³⁷⁰.

Para finalizar decir que el «*Schutzschirm*» alemán no se debe considerar un procedimiento o un instrumento preventivo del concurso de acreedores, sino que, más bien, se configura como una herramienta de protección y de garantía del deudor preinsolvente (Secc. 18^a) o sobreendeudado (Secc. 19^a), es decir, se trata de un instrumento accesorio e instrumental en función de un proceso jurisdiccional posterior: el concurso de acreedores —, que quiere acudir al proceso concursal con un propuesta de plan de insolvencia que le ayude a entrar en el concurso para homologar judicialmente la propuesta en poco tiempo dentro del marco del concurso de acreedores, lo que le permitirá salir del mismo en un tiempo relativamente corto y con un convenio concursal homologado que le permita llevar a cabo la ejecución del saneamiento pretendido y, por ende, garantizando la viabilidad del propio deudor en el tráfico jurídico; esta forma de abordar la reestructuración o el saneamiento de

²³⁶⁹ Desde la presentación de la comunicación no podrá iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias: a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1; b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; c) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; e) o tenga lugar la declaración de concurso. Vid., sobre el tratamiento procesal de las ejecuciones instadas por acreedores con garantía real en los trabajos de GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op., cit., pp. 94-95 cuyo autor los incardina, acertadamente, en el grupo de ejecuciones que incoan, aunque *con efectos limitados...*; SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco...», op., cit., pp. 107-108; MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales...*, op., cit., pp. 59-60; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración...*, 2^a edición, op., cit., p. 588; Ídem., «la Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares...», op., cit., p. 38; MORENO SERRANO, E., «Ejecuciones de bienes necesarios y negociación de un acuerdo de refinanciación», en *RdCyP*, n^o 22, 2015, pp. 489-491.

²³⁷⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis...», op., cit., p. 90.

las empresas nos recuerda, salvando las distancias, a nuestro procedimiento de concurso cuando el deudor opta por la modalidad de acogerse al mismo para negociar con los acreedores las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, que si es admitida, podrá ser aprobada judicialmente de forma rápida en el proceso concursal posterior, que le permitirá al deudor, al igual que ocurre el «*Schutzschirm*», con un convenio concursal aprobado que le permita salir del proceso concursal en un tiempo relativamente corto garantizando la refinanciación y la viabilidad empresarial del deudor.

3. Las instituciones de tratamiento de la preinsolvencia en Italia

3.1. Il concordato preventivo in bianco o con riserva (prenotativo) italiano (art. 161. 6° LF)

En el año 2012, el Gobierno italiano promulgó el D.L 83/2012, de 22 de junio de 2012, convalidado por la Ley 134/2012, cuya entrada en vigor se produjo el 11 de septiembre de 2012, que vino a introducir un instrumento de gran trascendencia para la composición anticipada de la crisis de los deudores en el ordenamiento jurídico italiano (a través de una intervención tempestiva y a la vez protegida²³⁷¹), inspirado en el ya conocido procedimiento de *reorganization* previsto en el *Chapter 11 del Bankruptcy Code*²³⁷²; se trata de la solicitud de «Preconcordato» o, «*concordato preventivo in bianco o con riserva*» (también denominado prenotativo)²³⁷³, regulado en el artículo 161, apartado 6º de la *Legge Fallimentare* que, debido a la flexibilidad del procedimiento que se introduce, y, a todas las posibilidades que introdujo dicho instrumento, se ha convertido en un instrumento relevante para las empresas italianas viables que

²³⁷¹ PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (reformas en el Derecho Comparado y crisis económica): La solución dictada por el legislador italiano», en GARCÍA-CRUCES (dir.), en AA. VV., *Las soluciones negociadas como respuestas a la insolvencia empresarial*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 272-276.

²³⁷² En este sentido se pronuncia PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como...», op., cit., p. p. 274.

²³⁷³ En la doctrina también algunos autores lo han denominado técnicamente: *domanda di concordato in bianco o con riserva*, vid. PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como...», op., cit., p. 274, concretamente, véase la nota a pie de página nº 28.

quieran alcanzar un acuerdo con sus acreedores, reestructurando su pasivo y conservando la empresa en el tráfico jurídico. Por ello el legislador italiano ha puesto mucho empeño en establecer procedimientos concursales judiciales basados, esencialmente, en: i) en la prevención, ii) en la negociación protegida entre deudor y acreedores y, iii) en el mantenimiento de la gestión de la empresa en manos del deudor («*debtor in possession*»), como ha sido el caso del novedoso y paradigmático *concordato con riserva* (ex art. 161.6 LF)²³⁷⁴, que, durante estos últimos años, ha sido objeto de estudio y análisis por la doctrina científica italiana, proliferando numerosos trabajos científicos sobre dicha facultad del deudor insolvente²³⁷⁵.

²³⁷⁴ Cfr. PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como...», op., cit., p. 274

²³⁷⁵ Sobre la *domanda di concordato con riserva o prenotativa*, o *concordato in bianco*, o *preconcordato* (ex art. 161.6° LF) véase por todos los siguientes trabajos de la doctrina especializada italiana, PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como respuesta...», op., cit., pp. 272-285 concretamente, véase la nota a pie de página nº 28; PACCHI, S., «El acuerdo para salir de la crisis: un instrumento para cualquier deudor. Descripción de los principios básicos del derecho concursal italiano: normativa vigente y futuras reformas», en GARCÍA BARTOLOMÉ, D./PACCHI, S./PÉREZ DEL BLANCO, G., (dirs), AA. VV., *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016, p. 457-460; PANZANI L., «Speziale Decreto sviluppo il concordato in bianco», en *Il Fallimentarista*, 14 de septiembre de 2012; TERRANOVA, G., «Il concordato con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 1, 2013, pp. 6-8; LAMANNA, F., « Il C.D decreto sviluppo: primo commento sulla novità en materia concursuale», *il fallimentarista.it*, nº 26 de mayo de 2012, pp.1-2; FABIANI, M., «Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotiva di concordato preventivo», en *Il fallimento*, nº 3, 2013, pp. 1051-1061; *Ibidem.*, «Vademecum per la domanda prenotiva di concordato preventivo», en *Il caso.it*, doc. nº 313, 2012, pp. 1-15; VELLA P., «Il controllo giudiziale sulla formazione della prededuzione e la nullità o ineficacia atti prodromici o interni al concordato», en (Corso di formazione della Corte suprema di cassazione), Roma, 11 ottobre de 2012, (Aula Giallombardo della Corte Di casazione): «Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n.º 134 del 2012)», pp. 1-38; CECCHERINI, E., «Il concordato preventivo con prenotazione», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciale*, nº 2, 2013, p. 316-334; AMBROSINI S., «Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivos alla luce della riforma del 2012», en *Il caso.it*, documento n.º 306, 2012, pp. 1-9; AMBROSINI, S., «La disciplina della domanda di concordato preventivo nella minireforma del 2015», en *Blog.ilcaso.it*, 21 de agosto de 2015, pp. 1-17; MONTANARI, M., «La protezione del patrimonio nel concordato preventivo», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.º 5, 2013, pp. 673-678; FINARDI, D., «La figura del (pre) comisario giudiziale nel concordato della riforma 2015 e riflessi sulla C.D., mobilità gratuita», en *Crisi d'impresa e fallimento*, 28 ottobre 2015; LIBERO NOCERA, I., «Pre-concordato: modalità, effetti e peculiarità processuali del nuevo strumento concordatario», en *Gli approfondimenti: il sole24ore.com*, n.º 1, enero 2014, pp. 65-79; FALCONE, G., «Profili problematici del concordato con reserva», en *il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.º 3-4, 2013, p. 392-420; GALARDO, M., «Il concordato preventivo in bianco o pre-concordato», en *magazine costozero*, 17 de mayo de 2013; ROLFI, F., «Decreto speciale sviluppo: la general intensificazione dell'automatic stay», *il fallimentarista*, 3 de agosto de 2012; CASONATO, S., «La gestione dell'impresa nel concordato preventivo con reserva tra

Parece que el legislador italiano siguiendo rigurosamente las recomendaciones de Europa, está haciendo mucho hincapié en establecer procedimientos concursales de *reorganización* empresarial para incentivar, de algún modo, que los deudores acudan de forma tempestiva a resolver su situación de insolvencia o, incluso, de preinsolvencia, evitando los procedimientos estrictamente liquidatorios²³⁷⁶, cuya operatividad quedaría para los casos en los que los procedimientos preventivos fracasaran, y no quedaría otro remedio que acudir al procedimiento concursal para liquidar ordenadamente, si ello fuera posible.

Con dicho instrumento (que tiene características similares al precurso ex art. 5 bis de la Ley Concursal española), el deudor puede presentar la solicitud de *concordato preventivo* con reserva, preanunciando al juez su intención de adoptar una solución concordataria para la cual, solicita la atribución de un *spatium temporis* protegido de toda acción ejecutiva o cautelar²³⁷⁷. Cuando el deudor formula la solicitud de *preconcordato*, deberá adjuntar los estados financieros relativos a los últimos tres ejercicios de la empresa, reservándose la presentación –a un momento posterior– de: i) la propuesta de convenio, ii) el plan de viabilidad y, iii) toda la documentación restante, en un plazo entre sesenta (60) y ciento veinte (120) días fijado por el juez que conozca de la solicitud²³⁷⁸; además dicho plazo temporal de protección en el *preconcordato* puede verse prorrogado por el juez competente por otros sesenta (60) días (máximo) por causas justificadas²³⁷⁹. Según la doctrina más especializada, parece que lo que el legislador de 2012 vino a denominar como *pedido de concordato* (art. 161.6º LF), más bien se trataba de una auténtica *declaración de*

cura e accanimento terapeutico», en *il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.º 5, 2014, pp. 573-602; FARINA, P., «Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari», en XX

²³⁷⁶ PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como...», op., cit., p. 268.

²³⁷⁷ En este sentido se pronuncia PACCHI, S., «Las soluciones negociadas...», op., cit., p. 272.

²³⁷⁸ FABBIANI, M., «Vademecum per la domanda prenotativa di concordato...», op., cit., p. 12.

²³⁷⁹ PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como...», op., cit., p. 268.

intenciones en la que el deudor²³⁸⁰, con su solicitud de *preconcordato* (art. 161.6º LF) comunicaba su intención de hacerse valer de un instrumento de composición de la crisis, renunciando, a su vez, que se va a optar por alcanzar una solución concordataria cuya negociación se llevará a cabo en la moratoria o espacio temporal que el juez de concede, tras evaluar su propia competencia para al conocer de la solicitud de *preconcordato*²³⁸¹.

Como se puede observar en el «*preconcordato*» italiano, al igual que ocurre en el *preconcurso* español (ex art. 5 bis), con la solicitud de *concordato preventivo con reserva* a la que se debe adjuntar una copia de los estados financieros de los últimos tres ejercicios, se obtiene una moratoria temporal de entre dos a cuatro meses (60-120 días), según la discrecionalidad del juzgador que conozca dicha solicitud, para negociar con sus acreedores. Dicho plazo puede ser prorrogable por un plazo máximo de otros sesenta (60) días, siempre que existan motivos que lo justifiquen²³⁸².

Cuando finalice el plazo el deudor deberá presentar toda la documentación que falte para la admisión a trámite del *concordato*. Como podemos observar el *preconcordato italiano* (ex art. 161. 6º LF) en estos extremos es idéntico al procedimiento de *preconcurso* español (ex art. 5 bis), ya que en el *preconcurso* (ex art. 5 bis LC), al presentar la solicitud de *preconcurso* por parte del deudor común, éste también puede obtener un moratoria temporal de 3 meses más uno (4 meses), para que el deudor pueda negociar con sus acreedores durante los tres primeros meses y, en el caso de haya transcurrido dicho plazo de tres (3) meses y el deudor no haya conseguido materializar un acuerdo con sus acreedores para: i) alcanzar adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; ii) alcanzar un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Ad. 4ª LC); o, iii) alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss. LC), tendrá la *carga procesal* de instar su declaración de *concurso voluntario* en el mes hábil siguiente, a menos

²³⁸⁰ Vid. PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como...», op., cit., p. 279

²³⁸¹ Vid. PACCHI, S., «Ibidem...», op., cit., p. 279.

²³⁸² PACCHI, S., «Ibidem...», op., cit., p. 278.

de que, en su caso²³⁸³, ya lo hubiera instado el mediador concursal (una vez intentado, pero alcanzado, el acuerdo extrajudicial de pagos –arts. 231 y ss. LC–) o, no estuviera en estado de insolvencia (art. 5 bis 5 in fine LC).

Teniendo en cuenta de que la solicitud de precurso (ex art. 5 bis LC) se debe presentar dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha en la que el deudor conoció o debió conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 LC), el deudor si lo presenta en los primeros días de ese plazo de dos meses, podrá obtener una moratoria máxima de hasta seis (6) meses (2+3+1 meses), de forma parecida a lo que ocurre cuando un deudor italiano presenta *il «preconcordato»* o la *domanda prenotativa di concordato con riserva* (ex art. 161.6° LF), con la que puede obtener una moratoria máxima de hasta seis meses o ciento ochenta (180) días, es decir, seis (6) meses. La única diferencia entre ambos sistemas es que en el *preconcordato italiano* (ex art. 161.6° LF) la extensión del plazo de protección o moratoria (entre 60 y 180 días) depende de la discrecionalidad del juez que conozca de dicha solicitud, mientras que, en el precurso español (ex art. 5 bis LC), la extensión máxima de hasta seis meses de la moratoria precurso se activa *ex legem*, es decir, siempre y cuando el deudor presente la solicitud de precurso en los primeros días dentro del plazo de dos meses posteriores a la fecha en la que conoció o debió conocer su estado de insolvencia (arts. 5 bis 2 y 5.1 LC).

Por lo tanto, al igual que ocurre en el precurso (ex art. 5 bis LC), el deudor italiano que insta una solicitud de *preconcordato* (art. 161-6° LF), consigue un espacio temporal para negociar con los acreedores y preparara la solicitud de concordato preventivo o, incluso, la posibilidad de intentar

²³⁸³ En los casos en los que se haya intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (ex arts. 231 y ss. LC), el mediador concursal nombrado para el procedimiento (ex art. 232.1 LC), tiene legitimación activa para instar el concurso consecutivo si constata que durante las negociaciones los acreedores que representen la mayoría del pasivo, que puedan verse afectados por el acuerdo, deciden no continuar con las negociaciones con el deudor, y éste continua en estado de insolvencia (ex arts. 236.4 y 3.1 LC). O, cuando la propuesta no fuera aceptada, y el deudor siguiera incurso en estado e insolvencia, el mediador también tendrá legitimación para instar la declaración de concurso de forma inmediata, que, también será declarada judicial mente de forma inmediata (arts. 238.3 LC y 3.1 LC).

alcanzar un *accordo di ristrutturazione dei debiti* (ex art. 182 LF)²³⁸⁴, tras el vencimiento de la moratoria fijada (161.6º LF). Una de las ventajas que presenta el preconcordato (ex art. 161.6º LF), es que durante la moratoria temporal (de 60 o 120 días), se despliegan el más importante efecto de protección del preconcordato: la suspensión de las ejecuciones instadas por los acreedores frente al patrimonio del deudor; por lo tanto, la petición de preconcordato, concede la moratoria temporal o *spatium temporis* y, suspende las ejecuciones durante el plazo de protección que conceda el juez competente. Junto a la solicitud no es necesario incluir una propuesta o borrador definitivos, sino que, tras el vencimiento del plazo concedido, el deudor deberá presentar la propuesta o el plan del acuerdo de reestructuración que se pretende, mediante una especie de *automatic stay*, parecido al que se da en el procedimiento de reorganización norteamericano (*Chapter 11 USC*).

Es cierto que antes de la reforma del año 2012, se podía pensar que la *audiencia prefallimentare* (ex art. 15.8º LF) podría ser una fase preliminar en la que el deudor italiano pudiera intentar elegir cuál sería el procedimiento concursal sería el idóneo para dar solución a su situación de insolvencia²³⁸⁵, pero, desde el año 2012, esta posibilidad viene recogida en el artículo 161.6º de la *Legge Fallimentare*, en la que el deudor, como ya hemos dicho, solicita al juez un *spatium temporis* de «reflexión activa²³⁸⁶», que le será concedido²³⁸⁷ para decidir cuál de los dos instrumentos concordatarios será el instrumento más idóneo a sus necesidades, tras el vencimiento de la moratoria temporal: i) solicitud de concordato preventivo o, ii) solicitud de *accordo di ristrutturazione dei debiti*; además, en este procedimiento, la norma permite al deudor (facultad del propio deudor) pasar de uno a otro instrumento concordatario, es decir, puede pasar a optar por un concordato preventivo a un *accordo di ristrutturazione*

²³⁸⁴ PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como...», op., cit., p. 277.

²³⁸⁵ PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como...», op., cit., p. 280.

²³⁸⁶ Así lo denomina PACCHI, S., «Ibidem...», op., cit., p. 280.

²³⁸⁷ La concesión del plazo temporal de 60 a 120 días y la prórroga que en su caso se pudiera dar (máximo 60 días), será concedida por el juez que conoce de la solicitud, pero también, puede rechazar la misma si trascendieran actuaciones o hechos con relevancia penal.

dei debiti (art. 182 LF), y viceversa, arrastrando los efectos conseguidos con la solicitud de concordato con *riserva o in bianco*²³⁸⁸. Lo anterior contrasta con lo que ocurre en el procedimiento de precurso español (ex art. 5 bis LC), puesto que en el procedimiento español el deudor puede solicitar dos *pedimentos acumulados* en una única solicitud de precurso (art. 5 bis 1 LC), es decir, como ya hemos dicho en el lugar correspondiente, el deudor puede solicitar el precurso comunicando que va a negociar un acuerdo de refinanciación homologado (Disp. Ad. 4ª) y, en caso de que dicho intento fracasara, el deudor podría optar por conseguir, al menos, las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (art. 106 y ss. LC), por lo tanto, en este caso, podría darse un situación parecida a la que pudiera ocurrir en el preconcordato (art. 161.6 LF): la posibilidad de optar por uno u otro instrumento concordatario²³⁸⁹.

El deudor que se acoge al preconcordato conserva su poder de gestión y administración sobre los activos de la sociedad, es decir, lleva a cabo los actos de gestión y administración ordinaria de la sociedad sin necesidad de que el juez le autorice²³⁹⁰, se produce una suerte de «*debtor in possession*» como en el procedimiento de reorganización norteamericano regulado en el *chapter 11 del Bankruptcy Code*. Es cierto que en el precurso, el deudor también se puede considerar un *deudor en posesión* como afirma GURREA MARTÍNEZ²³⁹¹, pero, en este caso, el deudor no necesita solicitar este beneficio al juez que está conociendo de la solicitud de precurso (art. 5 bis LC), como sí ocurre en el *chapter 11*, donde el deudor debe solicitar la protección que concede esta figura al juez competente para que esta se active; pero en el precurso tampoco se controla por el juez si el deudor ha realizado un acto extraordinario que debiera

²³⁸⁸ Así lo han defendido PALUCHOSWSKY, A., en su intervención in *Il corso di Alta formazione di Diritto Fallimentare*, celebrado en Siena en 2013, cit., por PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como...», op., cit., p. 280.

²³⁸⁹ PACCHI, S., «Ibidem...», op., cit., p. 280.

²³⁹⁰ PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como...», op., cit., p. 281.

²³⁹¹ GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la legislación concursal española...», op., cit., p. 31.

estar sujeto a la autorización del juez, puesto que la norma (ex art. 5 LC), no prevé ninguna limitación al deudor en situación de precurso, sino que, más bien, en el sistema español, se establece un control a posteriori, cuya conducta extraordinaria podrá ser analizada en la sección calificación del eventual concurso posterior (arts. 163 y ss. LC).

A pesar de lo anterior, el deudor acogido al preconcordato con reserva italiano (art. 161.6 LF), a la hora de realizar cualquier acto extraordinario que se extralimite de la mera actividad de gestión ordinaria de la sociedad, deberá contar con la autorización del juez, por lo tanto se puede decir que el deudor lleva por sí mismo su propia gestión y administración de sus bienes, pero dicha gestión estará sometida a control por el tribunal en los casos que el deudor realice actos extraordinarios²³⁹².

Por otro lado, el deudor que se ha acogido al preconcordato tendrá la obligación de suministrar información durante la duración del plazo temporal que le conceda el juez, estando este último informado mensualmente de la situación financiera y de todas las actuaciones extraordinarias que realice el deudor.

3.2. La convenzione di moratoria ex art. 182 septies de la Legge Fallimentare versus procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC)

3.2.1. Consideraciones generales sobre la institución

La reforma concursal italiana llevada a cabo mediante la promulgación del Decreto-Ley 83/2015, de 27 de junio, cuya disposición normativa fue posteriormente convalidada por la Ley 132/2015, de 6 de agosto, que vino a introducir algunas reformas novedosas con la finalidad de potenciar y dotar de mayor eficiencia a los nuevos instrumentos de naturaleza comercial (extrajudiciales) para la superación de la crisis empresarial, con el objeto de que el deudor y los acreedores pudieran encontrar un tratamiento eficaz a la situación de crisis por la que atraviesa el deudor, obteniendo con ello, una la

²³⁹² Vid. PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como...», op., cit., p. 281.

solución efectiva a sus problemas económicos frente a sus acreedores²³⁹³. Como apuntaba el profesor NIGRO, esta mini reforma del año 2015, da un giro de ciento ochenta grados a la tendencia seguida por la reforma del año 2005, donde se establecían marcadas limitaciones en los mecanismos de solución concertada de la crisis de la empresa, volviendo a dar verdadera relevancia a la autonomía de la voluntad privada del deudor y, como en el caso de los *accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari* (art. 182 septies LF) donde también, ahora, cobra especial importancia la autonomía de la voluntad privada de los acreedores, en este caso, concretamente, de los acreedores financieros²³⁹⁴.

Entre las novedades introducidas por la Ley 134/2015, de 6 de agosto, destaca la introducción de una moratoria temporal, la denominada *convenzione di moratoria*²³⁹⁵ (ex art. 182 septies V-VI LF), pactada exclusivamente por el deudor y sus acreedores financieros (el acuerdo de moratoria sólo se puede

²³⁹³Vid. LIBERO NOCERA, I., «La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione», en *il diritto fallimentare*, n° 5, 2016, p. 1089-1091; FALCONE, G., «Recientes evoluciones del Derecho "Preconcurso" italiano: el acuerdo de reestructuración con acreedores financieros y el acuerdo de moratoria», en *RdCyP*, 24, 2016, p. 581; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op., cit., pp. 206 y ss.

²³⁹⁴ NIGRO, A., «Gli Accordi di ristrutturazione con intermediari...», op., cit., p. finanziari e le convenzioni di moratoria», en *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, ottobre 2015, ISSN: 2282-667X, p. 1; BIANCA, M., «La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. ° 6, noviembre-diciembre, 2015, pp. 529-536.

²³⁹⁵ Sobre la *convenzione di moratoria* italiana (ex art. 182 septies V-VI LF), véanse los interesantes y completos trabajos científicos de, NIGRO, A., «Gli Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op., cit., pp.1-11; QUATTROCHIO, M.L., «L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina», en *ildirittodegliaffari.it*, 18 ottobre 2015; INZITARI, B., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei», en *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, n.° 6, nov-dic, 2015, pp. 517-529; VAROTTI, L., «Artículo 182 septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», en *Crisi d'impresa e Fallimento*, 18 de agosto de 2015, pp. 1-12; FALCONE, G., «Recientes evoluciones del Derecho preconcursal italiano: el acuerdo de reestructuración con acreedores financieros y el acuerdo de moratoria», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, pp. 581-586; FALCONE, G., «La nuova disciplina delle convenzioni di moratoria e l'intervento del professionista attestatore», en *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, n.º 6, nov-dic, 2015, pp. 562-572; LIBERO NOCERA, I., «La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione», en *Il diritto Fallimentare*, n.º 5, 2016, pp. 1089-1130; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op., cit., pp. 206-211; CALÒ U., y PEDE G., «Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria con intermediari finanziari (art. 182 septies LF)», en *Il Diritto Bancario.it*, febrero 2016, [<http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/gestione-crisi-dimpresa/nuovo-accordo-ristrutturazione-debiti-e-convenzione-moratoria-intermediari-finanziari>].

utilizar con los acreedores financieros²³⁹⁶ – art. 182 *septies* V y VI LF –), para llevar a cabo las negociaciones dirigidas a alcanzar o formalizar, durante esa moratoria temporal, un acuerdo de reestructuración, el novedoso «*accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari*» (ex art. 182 *septies* LF), que se configura como una tipología especial del *accordo di ristrutturazione dei debiti* (art. 182 bis LF)²³⁹⁷, integrándose²³⁹⁸ en la disciplina general del artículo 182 bis de la *Legge fallimentare* y, cuyas negociaciones se llevan a cabo en el seno de la denominada *convenzione di moratoria*.

Una vez que el deudor y sus acreedores financieros han pactado la vigencia temporal del *accordo di moratoria* (art. 182 *septies* V y VI LF), éstos podrán llevar a cabo, durante el periodo prefijado, las negociaciones para alcanzar y formalizar un *accordo di ristrutturazione* (art. 182 *septies* I-IV LF). La *convenzione di moratoria* puede entenderse como una herramienta interesante para aquellos deudores que pretendan pactar o constituir con sus acreedores financieros un «*standstill agreement*²³⁹⁹», que, como es sabido, se trata de una «espera» o periodo de tiempo prefijado entre los intervinientes (deudor y acreedores financieros²⁴⁰⁰), en el que las partes se comprometen a negociar de

²³⁹⁶ Vid. NIGRO, A., «Gli Accordi di ristrutturazione con intermediari...», op., cit, p. 7, cuyo autor habla de la cualidad subjetiva delle controparti del debitore, che debbono essere creditori finanziari; BIANCA, M., «La nuova disciplina del concordato e degli accordi...», op., cit., p. 536.

²³⁹⁷ Vid. NIGRO, A., «Gli Accordi di ristrutturazione con intermediari...», op., cit., p. 2; BROGI, R., «Il nuovo art. 182 *septies* LF: «I rapporti tra l'impresa in crisi ed il mondo bancario», in *Cedam*, junio 2015, p. 1.

²³⁹⁸ INZITARI, B., «Gli accordi di ristrutturazione con intermdiari finanziari...», op. cit., p. 519.

²³⁹⁹ QUATTROCHIO, M.L., «L'accordo di ristrutturazione...», op., cit.; FALCONE, G., «La nuova disciplina delle convenzioni di moratoria...», op., cit., p. 564.

²⁴⁰⁰ Un ejemplo paradigmático de «*standstill agreement*» ha sido el que ha tenido lugar en España en el año 2016, entre las partes intervinientes en un procedimiento refinanciador llevado a cabo por el grupo empresarial Abengoa y sus acreedores, en el que las partes, dentro del contenido del convenio de refinanciación que se presentó para su correspondiente homologación judicial, constituyeron un pacto de *standtill* convencional por el que se comprometían y obligaban a: «(...) los acreditantes han acordado esperar para ejercer ciertos derecho y acciones con respecto a la sociedades durante un periodo de siete (7) meses». «(...) La finalidad del presente acuerdo es regular los términos en los que las partes convienen en prorrogar la Deuda hasta el 28 de octubre de 2016 inclusive». En lo que respecta a las posibles reclamaciones de las deudas existentes, las partes intervinientes en aquel convenio refinanciador, también se obligaron a abstenerse de actuaciones tales como: «(...) reclamar (...) el pago de cualquier importe adeudado por cualquier sociedad del Grupo en concepto de amortización corriente o de pagos anticipados del principal o

buena fe para alcanzar un acuerdo satisfactorio que permita la formalización efectiva de un *plan de reestructuración o negocio*, presentado por el deudor y las entidades financieras (acreedores profesionales o estratégicos)²⁴⁰¹. En la práctica habitual, durante la vigencia de los pactos *standstill* convencionales, los acreedores financieros normalmente se suelen comprometer a: i) no exigir el pago del principal –a su correspondiente vencimiento o de forma anticipada– ; ii) no declarar el vencimiento anticipado de las obligaciones; iii) no iniciar ni proseguir cualquier actuación judicial –incluida la solicitud de concurso necesario–, o extrajudicial contra la sociedad o cualquier otra del grupo; iv) no ceder de manera directa o indirecta su posición contractual. Por otro lado, durante la vigencia del *standstill*, el deudor se obliga a: i) no solicitar la declaración de concurso voluntario; ii) realizar todas las actuaciones que posibiliten y faciliten la refinanciación de deuda de la sociedad dedicando todos los medios necesarios para ello; iii) no constituir cargas o gravámenes, ni contraer endeudamiento adicional; iv) no transmitir ni disponer de sus bienes o activos; v) no realizar pagos a favor de socios, ni proceder al pago de obligaciones antes de su vencimiento²⁴⁰², etc.

Otra de las novedades que introdujo dicha reforma es la posibilidad de utilizar la «capacidad de arrastre» o «*cramdown*» de los efectos del «*accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari*» (ex art. 182 *septies* I LF) a los acreedores financieros disidentes o no participantes en el mismo, superando con ello, el ya conocido «principio de relatividad de los contratos» (ex arts. 1372 y 1411 *Codice Civile*)²⁴⁰³. Algunos autores han afirmado que la aplicación del

de pago de intereses en virtud de los Instrumentos de Deuda afectada» (apartado i); «*iniciar ninguna acción para ejecutar (...) cualquier deuda afectada*» (apartado iii); «*presentar o (...) continuar (...) cualquier reclamación o demanda de medida de ejecución relativa a los Instrumentos de deuda afectada* (apartado iv)». Vid. El Auto del Juzgado de lo Mercantil, n.º 2 de Sevilla, de seis de abril de 2016, n.º 360/2016, concretamente el Fundamento de Derecho cuarto, sobre el contenido concreto del acuerdo sometido a homologación.

²⁴⁰¹ VICENT CHULIÁ, F., «Desapalancamiento y Ley Concursal: en torno a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de refinanciación», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 25.

²⁴⁰² Vid. VICENT CHULIÁ, F., «Desapalancamiento y Ley Concursal...», op., cit., p. 25.

²⁴⁰³ FALCONE, G., «Recientes evoluciones del derecho preconcursal italiano: el acuerdo de reestructuración con acreedores financieros y el acuerdo de moratoria», (traducido por Javier

artículo 182 *septies*, supone *derogación* tácita de los artículos 1372 y 1411 del *Código civile*, aunque, otros como VAROTTI, entienden que la aplicación del artículo 182 *septies*, en ningún caso produce la derogación de dichos preceptos, puesto a la hora de formalizar las mayorías para formalizar el *accordo di ristrutturazione* con los bancos (ex art. 182 *septies*), no se trata de extender los efectos del contrato o de concluir un acuerdo a favor del acreedor que no se ha adherido al acuerdo, sino que se trata de la aplicación del principio de la mayoría, que el legislador introduce a un grupo de sujetos que tienen intereses comunes (para la gestión de un bien común), siento totalmente coherente con los principios del ordenamiento que prevén que la voluntad de la mayoría debe prevalecer sobre la voluntad de la minoría, por lo tanto no podemos considerar que se produce una derogación de los artículos 1372 y 1411 del Código Civile, cuando se busca la formación de la mayoría para formalización del acuerdo²⁴⁰⁴.

La posibilidad de utilizar la «capacidad de arrastre» o «*cramdown*», superando el «principio de la relatividad contractual» no se estableció de forma general para todos las modalidades de *accordi di ristrutturazione* (para la tipología general: de «*gli accordi di ristrutturazione*» –art. 182 *bis* L.F– sigue operando el «principio de relatividad de los contratos»²⁴⁰⁵), sino que solamente es aplicable la nueva modalidad introducida por el artículo 9 de la Ley 134/2015²⁴⁰⁶, de 6 de agosto, los «*accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari*» regulados en el novedoso artículo 182 *bis septies* de la *Legge Fallimentare*. La extensión de los efectos del acuerdo de reestructuración a los acreedores financieros disidentes o no participantes en el acuerdo, no se

Megías López), en *RdCyP*, n.º 24, 2016, pp. 590-591; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op., cit., p. 206.

²⁴⁰⁴ VAROTTI, L., «Artículo 182 *septies*. *Accordi di ristrutturazione con intermediari...*», op., cit., pp. 3-4.

²⁴⁰⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op., cit., p. 207. Por lo tanto, en los *accordi di ristrutturazione* generales del art. 182 *bis* de la *Legge Fallimentare*, el acuerdo sólo vincula a los acreedores que han adherido al acuerdo pero, a lo que no se han adherido no se les puede extender los efectos y se les deberá satisfacer íntegramente en las condiciones inicialmente fijadas para los no adheridos.

²⁴⁰⁶ El artículo 9 de la Ley 134/2015, de 6 de agosto, titulado: «*Crisi d'impresa con prevalente indebitamento verso creditori finanziari*», introdujo en la *Legge Fallimentare* el actual artículo 182 *septies*.

produce de forma *automática* y, tampoco afecta todos los acreedores disidentes o no participantes indistintamente – sean o no acreedores financieros –, sino que, lo que viene a decir la norma es que el deudor podrá pedir que los efectos del acuerdo de reestructuración se extiendan también a los acreedores no adheridos al acuerdo, siempre y cuando, pertenezcan a la misma categoría que los acreedores financieros adheridos («*cramdown*»); en este caso, para que la «capacidad de arrastre» opere es necesario que concurran varios requisitos o presupuestos²⁴⁰⁷, concretamente, se exige que se den los siguientes: i) posición jurídica homogénea o –*rango del crédito*– y, ii) intereses económicos homogéneos a lo efectivamente establecido en el marco del convenio (pudiéndose identificar dichos intereses con las clases del concordato preventivo²⁴⁰⁸). Además de las anteriores condiciones, también es necesario acreditar: iii) que los acreedores financieros no adheridos hayan estado en todo momento informados de la situación económico patrimonial por la que atraviese el deudor, del contenido del acuerdo de reestructuración y, por supuesto, de sus efectos (gran importancia de la publicidad en estos casos de superación del «principio la relatividad contractual»); en puridad, los acreedores disidentes o no participantes a los que se le quieren extender los efectos del convenio, deben haber estado en posición y condiciones de haber podido participar en el acuerdo; iv) asimismo, dichos acreedores, al extenderseles los efectos del acuerdo de reestructuración, no deben resultar satisfechos en una medida menor a la que hubiera resultado de otra alternativa posible, viable. El control de los cuatro requisitos que se deben cumplir para que opere la «capacidad de arrastre» en el acuerdo de reestructuración con entidades o acreedores financieros se lleva a cabo por el tribunal competente en

²⁴⁰⁷ Vid. NIGRO, A., «Gli Accordi di ristrutturazione con intermediari...», op., cit., p. 4; LIBERO NOCERA, I., «La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione», en *Il diritto Fallimentare*, n.º 5, 2016, p. 1109.

²⁴⁰⁸ Así lo ha entendido la doctrina especializada VAROTTI, L., «Artículo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», en *Crisi d'impresa e fallimento*, 18 de agosto de 2015, 6; FALCONE, G., «Recientes evoluciones del Derecho preconcursal...», op., cit., p. 581; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op., cit., p. 207.

sede de homologación del acuerdo, por lo que el juez que vaya a homologar el convenio presentado, a la hora de evaluar si se dan los requisitos o presupuestos para que opere el «*cramdown*» sobre los acreedores financieros disidentes o no participantes, estará haciendo un control *a priori*, comprobando el grado de satisfacción de los acreedores no adheridos a los que se les pretende extender los efectos del acuerdo, realizando dicha comprobación antes del acto de homologación²⁴⁰⁹; en este sentido, según advierte PULGAR²⁴¹⁰, el juez tiene una tarea difícil de precisar, puesto que, si el convenio no recoge ninguna otra propuesta alternativa posible que sea más beneficiosa para los acreedores a los que se pretende extender los efectos del convenio, por lo tanto, como advierte, le espera un difícil tarea, pues deberá analizar mentalmente e imaginar si pudiera existir alguna alternativa posible que equilibre todos los intereses en juego y que conceda una mayor satisfacción a los acreedores financieros a los que se les pretende extender los efectos fijados en el acuerdo de reestructuración. Esta comprobación *ex ante* realizada por el *giudice* italiano en los *accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari*, se podría identificar con la que realiza el juez español a la hora de evaluar *ex post* el «sacrificio patrimonial justificado», a la hora de proceder a la homologación de los acuerdos de refinanciación homologados de sistema concursal español (Disp. Ad. 4ª LC)²⁴¹¹.

3.2.1. La convenzione di moratoria desde la perspectiva del precurso español

Como hemos adelantado, el legislador italiano ha introducido en los apartados V y VI del artículo 182 *septies* de la *Legge Fallimentare*, mediante el D.L. n. 83 del 27 de junio de 2015, el denominado acuerdo de moratoria («*convenzione di moratoria*»), que como hemos indicado, consiste en que el deudor y los *acreedores financieros* pactan de mutuo acuerdo una *moratoria temporal*

²⁴⁰⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op., cit., p. 208.

²⁴¹⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op., cit., p. 208.

²⁴¹¹ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op., cit., p. 208.

estableciendo un plazo de vigencia determinado, con el objeto de crear un *spatium temporis* «de tranquilidad» al margen de toda ejecución y de solicitudes de concurso necesario, en el que el deudor y sus acreedores profesionales puedan llevar a cabo las negociaciones para buscar la solución más adecuada²⁴¹² e intentar resolver los problemas económicos por los que atraviesa el deudor frente a sus acreedores financieros²⁴¹³.

En la doctrina especializada, alguna autora²⁴¹⁴ ha querido equiparar, en cierta medida, la *convenzione di moratoria* con el procedimiento de precurso español (ex art. 5 bis LC), aduciendo que la primera se trata de un procedimiento autónomo y provisional, cuyo origen se sitúa en el pacto de *standstill* convencional (*standstill agreement*), pero, en todo caso, distinto del *accordo di ristrutturazione* general u ordinario (ex art. 182 bis LF) o, del *concordato preventivo* (ex art. 160 LF)²⁴¹⁵. En la misma línea que la profesora PULGAR algún autor entiende que, la *convenzione di moratoria* es un auténtico *hybrid proceeding*²⁴¹⁶, pero a nuestro juicio entendemos que la moratoria di convenzione no puede equipararse a un procedimiento puramente *híbrido* como el procedimiento de precurso (art. 5 bis LC); en este sentido, es cierto que el acuerdo de moratoria pactado convencionalmente entre el deudor y sus acreedores financieros se garantizan un espacio temporal de «tranquilidad» similar al que se concede en el precurso con la mera presentación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 1 LC), pero, a pesar de ello, en nuestra

²⁴¹² VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», en *Rivista della Banca e del Mercato Finanziario*, II, 2015, pp. 65-75. FALCONE, G., «La nuova disciplina delle convenzioni di moratoria e l'intervento del professionista attestatore», in *il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.º 6, 2015, p. 564;

²⁴¹³ FABBIANI, M., «Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi, in *fallimento*, 2014, pp. 965 y ss.; cuyo autor fue uno de los primeros comentaristas en analizar en profundidad la herramienta (contractual o negocial) de la *convenzione di moratoria* (ex art. 182 septies V-VI LF), tras la promulgación del decreto 83/2015, de 27 de junio; VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», en *Rivista della Banca e del Mercato Finanziario*, II, 2015, pp. 65-75.

²⁴¹⁴ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op., cit., p. 208.

²⁴¹⁵ Vid., la naturaleza, la estructura y el procedimiento del *concordato preventivo* en el importante trabajo del maestro SATTA, S., *Diritto Fallimentare*, ed. Cedam, Padova, 1974, pp. 367 y ss.

²⁴¹⁶ VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari...», p. 67-75.

opinión, entendemos que la *convenzione di moratoria* (ex art. 182 septies V y VI LF) no es un procedimiento y, mucho menos, se puede decir que se trate de un procedimiento de la misma naturaleza (*hybrid proceeding*) que el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC), puesto que el hecho de que tengan algunas características similares (que iremos viendo a continuación), no significa que tengan la misma naturaleza ni la misma finalidad; desde nuestra humilde opinión, entendemos que, en puridad, son dos instrumentos distintos. El precurso es un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria²⁴¹⁷, cuya principal finalidad es la preventiva del concurso de acreedores, mientras que el *acuerdo de moratoria* italiano (ex art. 182 septies LF) no es, en realidad, un procedimiento, sino que más bien estamos ante instrumento de clara naturaleza negocial²⁴¹⁸ o contractual²⁴¹⁹, en el que las partes intervinientes pueden, incluso, constituir un pacto de *standstill* convencional²⁴²⁰. En el mismo sentido, como acertadamente ha expuesto algún otro autor, en puridad, desde un punto de vista estructural, el acuerdo de moratoria (ex art. 182 septies V-VI LF) se podría

²⁴¹⁷ Así lo vienen a entender lo siguientes autores, véase a SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación...», op., cit., p. 8;

²⁴¹⁸ BIANCA, M., «La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.º 6, noviembre-diciembre, 2015, pp. 529-544; « »

²⁴¹⁹ FALCONE, G., «Recientes evoluciones del derecho preconcursal italiano...», op., cit., p. 582.

²⁴²⁰ FALCONE, G., «La nuova disciplina delle convenzioni di moratoria...», op., cit., p. 564.

considerar como uno de los más antiguos instrumentos de composición extrajudicial de la crisis empresarial: *pacta de non petendo ad tempus*²⁴²¹. La única diferencia importante que debemos señalar entre ambas figuras es que el *pactum de non petendo* puede ser *in perpetuum*, mientras que la el *acuerdo de moratoria* (ex art. 182 septies LF) tiene que ser siempre y, en todo caso, temporal (*ad tempus*), quedando la determinación de la extensión temporal de la misma, a la voluntad de las partes interesadas en pactar la moratoria²⁴²².

En primer lugar el acuerdo de moratoria (ex art. 182 septies V y VI LF) es un nueva herramienta que pueden utilizar los deudores que pretenden formalizar un acuerdo de reestructuración sólo y exclusivamente con sus acreedores financieros (pues la misma no tiene cabida con cualquier otro acreedor)²⁴²³. Cuando el deudor tiene todas sus deudas o, al menos la gran mayoría de la mismas frente a uno o varios acreedores financieros (bancos e intermediarios financieros), este puede optar por solicitarles el *acuerdo de moratoria* (ex art. 182 septies V LF), en que las partes intervinientes fijan convencionalmente un plazo temporal (moratoria) para llevar a cabo la negociación del acuerdo de reestructuración, y así, poder buscar –con cierta tranquilidad– una solución a la crisis que atraviesa el deudor debido a las deudas que mantiene con la banca (el acuerdo de moratoria sólo es posible con acreedores financieros, dice el artículo 182 septies V LF: «(...) *una o piú banche o intermediari finanziari...*»). El problema de este acuerdo de moratoria es que sólo es posible llevarlo a cabo con acreedores financieros y, por tanto, existiría el potencial riesgo de que cualquier otro acreedor (no financiero) pudiera hacer «dinamitar» las negociaciones que lleva a cabo el deudor con sus acreedores

²⁴²¹En este sentido vid. NIGRO, A., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria», en *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, Ottobre 2015, ISSN 2282-667X, p. 7.; LIBERO NOCERA, I., «La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa...», op., cit., p. 1095.

²⁴²² LIBERO NOCERA, I., «La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa...», op., cit., p. 1102.

²⁴²³ Vid. NIGRO, A., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op., cit., p. 7; VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op. cit., pp. 69 y ss.

estratégicos o profesionales, al ejecutar sus posiciones frente al patrimonio del deudor o, incluso, al instar la declaración judicial de *fallimento*, aunque como pone de manifiesto la profesora PULGAR EZQUERRA, si eso ocurriera dicha solicitud de *fallimento* no sería admitida a trámite por el juez competente, si éste detecta que una o varias entidades financieras han admitido acudir al acuerdo de moratoria (en la que las partes pueden constituir un pacto *standstill* convencional²⁴²⁴). En este sentido, no acogemos la opinión de la profesora PULGAR, puesto que, en primer lugar, el acreedor no financiero que no se ha adherido al acuerdo, tiene un derecho legítimo de poder instar la solicitud de declaración de *fallimento* (art. 6 LF), no existiendo ninguna norma que le impida instarlo durante la vigencia temporal del *acuerdo de moratoria* (ex art. 182 *septies* V LF), y, además, en segundo lugar, el hecho de que, inicialmente, los acreedores financieros hayan aceptado concederse una moratoria convencional (entra las partes intervinientes) para alcanzar y materializar el acuerdo de reestructuración, no significa que, siempre y en todo caso, sea aceptado y finalmente suscrito por los acreedores intervinientes. Por lo tanto, como hemos podido ver, a pesar de la opinión de la profesora PULGAR²⁴²⁵, en la *convenzione di moratoria*, existe el riesgo «latente» de que acreedores no financieros no participantes en la negociación del acuerdo pudieran ejecutar sus posiciones frente al patrimonio del deudor o, incluso, instar la solicitud de declaración de *fallimento*. Como podemos observar, lo que ocurre en el acuerdo de moratoria italiano (ex art. 182 *septies* V LF) no pasa en el precurso español (ex artículo 5 bis LC), ya que cuando un deudor decide ejercitar la facultad o potestad de solicitar el precurso, el deudor se coloca en una nueva situación jurídica: «la situación jurídica de precurso», frente a la que los acreedores nada pueden

²⁴²⁴ Sobre el *standstill agreement* que el deudor y los bancos o intermediarios financieros pueden pactar en el seno de la *convenzione di moratoria* ex artículo 182 *septies*-, vid. QUATTROCCHIO, M.L., «L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina, en *ildirittodegliaffari.it.*, 19 ottobre 2015; FALCONE, G., «La nuova disciplina delle convenzioni di moratoria e l'intervento del professionista attestatore», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciale*, n.º 6, noviembre-diciembre, 2015, p. 564; VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op. cit., pp. 69 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op., cit., p. 209.

²⁴²⁵ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op., cit., p. 209

hacer y, lo que es más relevante, no puede evitar²⁴²⁶. Lo más importante es que cuando un deudor se ha acogido a la situación jurídica de precurso (ex art. 5 bis), los acreedores no pueden instar la declaración de concurso necesario, pues, durante el «plazo de protección» de tres meses que concede el precurso, las solicitudes de concurso necesario quedan *excluidas*, es decir, no son admitidas *ad limine* (ex art. 15.3 LC), cosa que no ocurre en el acuerdo de moratoria italiano (art. 182 *septies* V y VI LF).

Por otro lado, también hay que decir Los efectos del *acuerdo de moratoria* también vinculan a los acreedores financieros no adheridos siempre que el *acuerdo de moratoria* se alcance con el mismo porcentaje que se requiere para alcanzar el *accordo di ristrutturazione*, es decir la mayoría cualificada: el setenta y cinco (75) por ciento de los créditos financieros²⁴²⁷ y, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) que estos últimos hayan sido informados en todo momento del acuerdo alcanzado; hayan estado en condiciones de poder participar de buena fe, si hubieran querido; y, la participación de un profesional que cumpla los requisitos del artículo 67. 3º d) de la *Legge fallimentare*, para poder ejercer de *curatore* y, cuya función en la moratoria sería la de comprobar o certificar la homogeneidad de la posición jurídica y de los intereses económicos de los acreedores interesados en la moratoria (art. 182 *septies* IV LF)²⁴²⁸.

Por lo tanto, debemos decir que el artículo 182 *septies* de la *Legge fallimentare* distingue entre el *acuerdo de moratoria* que se configura como un plazo de espera determinado, pactado –en exclusiva– por el deudor y los bancos e intermediarios financieros y, las negociaciones para alcanzar un *accordo di ristrutturazione* que afecta a todo acreedor y no sólo a los acreedores

²⁴²⁶ Vid., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal...», op., cit., pp. 171-172. Cuando el deudor decide ejercitar la facultad de solicitar el precurso, está ejercitando su «derecho potestativo a paralizar y evitar el poder de los acreedores de solicitar el concurso necesario. Frente al ejercicio de ese derecho potestativo del deudor, los acreedores nada pueden hacer, pues ni les cabe intentar su impugnación, ni mucho menos evitar los efectos que conforma a la Ley produce el ejercicio de tal derecho potestativo».

²⁴²⁷ VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op. cit., pp. 70 y ss; FALCONE, G., «La nuova disciplina delle “convenzioni di moratoria”...», op., cit., p. 564.

²⁴²⁸ FALCONE, G., «Ibidem...», op., cit., p. 564.

financieros o profesionales. A pesar de ello, ambos están conectados y operan entre la práctica compartiendo algunos requisitos o exigencias que debe concurrir para que se puedan llevarse a cabo en la *praxis*. En primer lugar, debe darse una homogeneidad entre los acreedores afectados por el *accordo di ristrutturazione* y los efectos del *accordi di moratoria*. Para comprobar que se cumple tal exigencia en el *acuerdo de moratoria*, el legislador ha previsto la intervención de un profesional que cumpla los requisitos legalmente establecidos para actuar como un *curatore fallimentare* (ex art. 67.4º d. LF), para comprobar que se da la homogeneidad en la posición jurídica y, en los intereses económicos de los acreedores (control ex ante) (art. 182 septies V LF)²⁴²⁹, mientras que la verificación de la concurrencia de dichas exigencias en los *accordi di ristrutturazione*, son llevadas a cabo por el *iudice* en el acto de homologación del acuerdo (control ex post). Es cierto que existen algunas similitudes entre el acuerdo de moratoria (ex art. 182 septies V-VI LF) y el procedimiento de precurso español (ex art. 5 bis LC)²⁴³⁰, pero también existen entre ambos instrumentos diferencias patentes que nos permiten afirmar que ambas instituciones tienen distinta naturaleza y por lo tanto, no son un instrumento idéntico.

En primer lugar, el *acuerdo de moratoria italiano* no es un procedimiento como tal, sino que más bien es un herramienta que sirve para integrar un procedimiento de reestructuración empresarial de tipología especial dentro de los *accordi di ristrutturazione* (ex art. 182 bis LF), a través de una moratoria temporal, que garantiza, de algún modo, la negociación efectiva entre el deudor y los bancos e intermediarios financieros a los que debe, para alcanzar el acuerdo de reestructuración de deuda (art. 182 septies I-IV LF); por lo tanto, el régimen que nos introduce el artículo 182 septies de la *Legge Fallimentare*, tenemos dos instrumentos de naturaleza negocial-contractual, es decir, por un

²⁴²⁹ Vid. VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op. cit., pp. 69 y ss.

FALCONE, G., «Ibídem...», op. cit., p. 568-569.

²⁴³⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración...*, op. cit., pp. 210-211.

lado el acuerdo de moratoria y, por otro lado, el acuerdo de reestructuración propiamente dicho. Sin embargo, el precurso español es un procedimiento judicial (de jurisdicción voluntaria) cuya finalidad es evitar el concurso de acreedores; la formulación de la solicitud de precurso por parte del deudor común pone en marcha procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que el deudor se coloca en la situación jurídica de concurso, en la que cuenta con una *moratoria temporal* o plazo de protección de tres meses, que nace de la propia norma (ex art. 5 bis 5 LC), para que el deudor pueda llevar a cabo las negociaciones con todos sus acreedores (sin excepción), para alcanzar: i) un acuerdo de refinanciación; ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (ex art. 231 y ss. LC) o, iii) las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (ex art. 106 y ss. LC) –art. 5 bis 1 LC–. Por lo tanto, el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) no sólo sirve para alcanzar un acuerdo de reestructuración con acreedores financieros (como es el caso de acuerdo de moratoria), sino que como hemos anunciado anteriormente, también sirve para alcanzar distintos tipos de acuerdos según las necesidades y perspectivas de viabilidad del deudor precurso.

Mientras que en el precurso la extensión temporal de tres meses de la moratoria temporal viene predeterminada por la norma (ex art. 5 bis 5 LC), en el *acuerdo de moratoria* italiano la extensión temporal de la misma no viene predeterminada por la Ley, sino que la misma es prefijada por las partes interesadas en la moratoria: el deudor y los bancos e intermediarios financieros –acreedores profesionales o estratégicos– (ex art. 182 *septies* V LF).

Como se puede observar el precurso español se configura como una facultad exclusiva del deudor o, un derecho potestativo al cambio jurídico que, en todo caso queda en manos del deudor, es decir, el deudor decide si quiere ejercitarlo o no, y, en el caso de ejercitar dicha facultad, los acreedores nada puedan hacer y, lo más importante, no puede evitar. En el caso del acuerdo de moratoria italiano (ex art. 182 *septies*), la moratoria temporal no nace por imperativo legal en el seno de un procedimiento de jurisdicción voluntaria incoado por el deudor ante un órgano jurisdiccional (ex art. 5 bis 1

LC), sino que la misma nace de la autonomía de la voluntad de la partes interesadas en la existencia de la misma (puede nacer o no), es decir, la moratoria italiana nace de la autonomía de la voluntad privada, pactada entre el deudor y los bancos e intermediarios financieros, los denominados acreedores profesionales o estratégicos (ex art. 182 *septies* V); aunque en el régimen legal previsto para el acuerdo de moratoria no se prevé qué ocurre si cualquiera de los *acreedores no financieros* deciden ejecutar sus posiciones o, incluso, solicitar la declaración de *fallimento*, pudiendo hacer fracasar con ello las negociaciones llevadas a cabo por el deudor y los acreedores financieros interesados.

Como ya hemos dicho, en el acuerdo *di moratoria italiano*, durante la vigencia de la moratoria temporal prefijada, las partes tienen la posibilidad de introducir un pacto de *standstill* que sirva a las partes intervinientes para encontrar la solución más adecuada a la situación de crisis por la que atraviesa el deudor. En el precurso español, también existe la posibilidad de introducir un «*standstill* convencional» entre el deudor y sus acreedores financieros, tal y como se desprende del artículo 5 bis 4 IV *in fine* de la Ley Concursal, en el que se dice que: «no podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, ya sean judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal sobre cualquiera otros bienes o derechos no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, siempre que se acredite documentalmente que al menos el 51 por ciento de los acreedores de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia» (ex art. 5 bis 4 IV *in fine* LC); como se puede observar el último inciso de este precepto es, en puridad, un auténtico *standstill* convencional entre el deudor y los acreedores titulares de pasivos financieros. También es posible que el deudor pueda introducir dentro del contenido de un acuerdo de refinanciación que se pretenda homologar judicialmente (Disp. Ad. 4ª LC), una

cláusula en la que se inserte un auténtico pacto de *standstill agreement* entre las partes firmantes del convenio como así ocurre en la práctica forense²⁴³¹.

La formulación de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis 1 LC), produce o despliega una serie de efectos sustantivos y procesales que relatamos a continuación: i) en primer lugar, se aplaza o se suspende la *carga procesal* de solicitar la declaración del concurso voluntario (ex art. 5 bis 2 LC); ii) en segundo lugar, desde que se presenta la solicitud de precurso y, durante el plazo o moratoria de protección de tres meses que concede el precurso para negociar con los acreedores, el deudor puede obtener la suspensión de determinadas ejecuciones, según explicamos a continuación: no se podrá iniciar las ejecuciones judiciales o extrajudiciales que recaigan sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor y, cualquiera otra ejecución singular (judicial o extrajudicial), instada por los acreedores titulares de pasivos financieros, que recaigan sobre otros bienes, además, en su caso, también el deudor podría obtener la suspensión de las ejecuciones que estén en curso (ex art. 5 bis 4 LC); iii) en tercer lugar, una vez que el deudor decidía presentar la solicitud de precurso y, hasta que no transcurrían tres meses desde la formulación de la misma, las solicitudes de declaración de concurso necesario instadas por terceros legitimados distintos

²⁴³¹ Destaca el ejemplo paradigmático de «*standstill agreement*» que ha tenido lugar en España en el año 2016, entre las partes intervinientes en un procedimiento refinanciador llevado a cabo por el grupo empresarial Abengoa y sus acreedores, en el que las partes, dentro del contenido del convenio de refinanciación que se presentó para su correspondiente homologación judicial, constituyeron un pacto de *standtill* convencional por el que se comprometían y obligaban a: «(...) los acreditantes han acordado esperar para ejercer ciertos derecho y acciones con respecto a la sociedades durante un periodo de siete (7) meses». «(...) La finalidad del presente acuerdo es regular los términos en los que las partes convienen en prorrogar la Deuda hasta el 28 de octubre de 2016 inclusive». En lo que respecta a las posibles reclamaciones de las deudas existentes, las partes intervinientes en aquel convenio refinanciador, también se obligaron a abstenerse de actuaciones tales como: «(...) reclamar (...) el pago de cualquier importe adeudado por cualquier sociedad del Grupo en concepto de amortización corriente o de pagos anticipados del principal o de pago de intereses en virtud de los Instrumentos de Deuda afectada» (apartado i); «iniciar ninguna acción para ejecutar (...) cualquier deuda afectada» (apartado iii); «presentar o (...) continuar (...) cualquier reclamación o demanda de medida de ejecución relativa a los Instrumentos de deuda afectada (apartado iv)». Vid. Con detenimiento el Auto del Juzgado de lo Mercantil, n.º 2 de Sevilla, de seis de abril de 2016, n.º 360/2016, concretamente el Fundamento de Derecho cuarto, sobre el contenido concreto del acuerdo sometido a homologación.

del deudor se excluían, es decir, no se admitían *ad limine*, hasta que no transcurrieran los tres meses que dispone la norma (art. 15.3 LC).

Los efectos sustantivos y procesales que se despliegan con la formulación de la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 2º y 4º, y art. 15.3 LC), en ningún caso se encuentran regulados en el *acuerdo de moratoria* italiano (ex art. 182 *septies* V-VI LF), por lo tanto, aunque estamos hablando de una moratoria temporal libremente pactada por los interesados (deudor y acreedores financieros), ésta no se activa de la misma manera que la moratoria temporal que concede la Ley en el seno del procedimiento de concurso (ex art. 5 bis 1 LC), ya que, mientras que la moratoria de tres meses de «protección» del concurso se le concede al deudor por imperativo de la Ley, es decir, de forma automática por el mero hecho de presentar la solicitud de concurso (ex art. 5 bis 1 LC), el acuerdo de moratoria es pactado de *motu proprio* por las partes interesadas en la moratoria, es decir, el deudor y los bancos o los intermediarios financieros, que son los que realmente pactan y prefijan la extensión temporal de la misma (autonomía de la voluntad de las partes). Por todo lo argumentado podemos decir que el *acuerdo de moratoria* italiano no constituye por sí mismo un procedimiento judicial en la misma línea que el concurso español (ex art. 5 bis), sino que más bien es una herramienta (negocial²⁴³²) de composición extrajudicial de la crisis de las empresas que posibilita al deudor obtener un espacio temporal para negociar aisladamente con los bancos e intermediarios financieros, en aras a conseguir dar solución a su situación de crisis, mediante la formalización de un *accordo di ristrutturazione* (ex art. 182 *septies* I-IV LF). La moratoria del derecho italiano no se constituye de manera automática, sino que para que para que la misma quede válidamente constituida deberán concurrir los mismos porcentajes que en el *accordo di ristrutturazione*: la mayoría cualificada de un setenta y cinco (75) por ciento de

²⁴³² Sobre el acentuado carácter negocial del acuerdo de moratoria (ex art. 182 *septies* LF), véase el trabajo de Vid. NIGRO, A., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op. cit., p. 7; VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op. cit., pp. 69 y ss.; BIANCA, M., «La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.º 6, noviembre-diciembre, 2015, pp. 529-536.

los créditos financieros²⁴³³, además de los presupuestos legalmente exigidos y, sólo en ese caso, la moratoria se puede extender también a acreedores financieros disidentes o no participantes –una suerte de «capacidad de arrastre» o «*cramdown*»– (art. 182 septies V-VI LF)²⁴³⁴.

Finalmente, el legislador italiano también optó por integrar dentro el régimen de los *accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari* (ex art. 182 septies LF), el Derecho penal, concretamente los artículos 236 y 236 bis de la *Legge fallimentare*, cuyos contenidos fueron coherentemente reformulados para ser aplicados también a los *accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari*²⁴³⁵, a la hora de sancionar el delito de falsedad de informes y certificaciones presentadas por el deudor, que anteriormente venían aplicándose solamente al *concordato preventivo* (art. 160 LF), pero que tras la reforma, se aplican también a los *accordi ristrutturazione con intermediari finanziari* y al *acuerdo di moratoria* (ex art. 182 septies LF). En primer lugar, el artículo 236 bis dispone que son penalmente relevantes: las manifestaciones o exposiciones falsas o, incluso, la omisión de referencia a informaciones relevantes contenidas en la certificación del art. 182 septies. En segundo lugar, el artículo 236 de la *Legge Fallimentare*, también fue modificado y reformulado con la reforma, pues ahora, dicho precepto sanciona al empresario que haya simulado créditos inexistentes en todo o en parte, con único propósito de obtener la homologación judicial de *accordo di ristrutturazione con intermediarios finanziari* o, bien cuando el acuerdo o el consenso de los intermediarios financieros para constituir el acuerdo de moratoria se hubiera atribuido actividad inexistente, con la única intención de influir en la formación de la mayoría cualificada necesaria para el acuerdo de moratoria (ex art. 236 LF).

²⁴³³ Vid. NIGRO, A., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op., cit., p. 7; VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op. cit., pp. 69 y ss.; LIBERO NOCERA, I., «La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa...», op., cit., p. 1102.

²⁴³⁴ LIBERO NOCERA, I., «Ibidem...», op., cit., p. 1102.

²⁴³⁵ Vid. NIGRO, A., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari...», op., cit., p. 10; INZITARI, B., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari...», op., cit., pp. 527-528; FALCONE, G., «Recientes evoluciones del derecho "preconcurzal..."», op., cit., p. 583;

Un vez que ha sido fijado el término para la extensión de la moratoria por los interesados en la constitución de la misma (el deudor en crisis y los bancos e intermediarios financieros frente a los que el deudor tenga deudas), los bancos y los intermediarios financieros *no adheridos* a la *convenzione di moratoria* podrán oponerse a la misma en el plazo de treinta (30) días desde la comunicación de la moratoria acordada²⁴³⁶, acompañada de la relación del profesional nombrado en virtud del artículo 67.3 d *Legge fallimentare* (ex art. 182 septies VI LF). La comunicación debe hacerse mediante carta certificada o, mediante correo electrónico certificado; En el caso de que los bancos y los intermediarios se opongan a la moratoria, podrán solicitar en sus escritos de oposición que no se les extiendan los efectos que se desprendan de la *convenzione di moratoria*. Posteriormente, el tribunal resolverá la oposición planteada, mediante decreto motivado, verificando la subsistencia de las condiciones exigidas por la norma para que se pueda constituir la *moratoria temporal*, que son las mismas exigencias que se exigen para la homologación de los *accordi di ristrutturazione*²⁴³⁷ (art. 182 septies IV LF), es decir, que deben concurrir la siguientes condiciones: a) los acreedores no adheridos tengan la misma posición jurídica e intereses homogéneos respecto de los acreedores financieros adheridos; b) que hayan sido informados en todo momento y de forma completa sobre la situación patrimonial, económica y financiera del deudor y, sobre el acuerdo y sus efectos, y que hayan tenido la posibilidad de poder participar en el acuerdo de buena fe, si hubieran querido optar por ello; c) que dichos acreedores no sean satisfechos un una proporción menor que si se hubiera utilizado otra alternativa posible a la hora de negociar (art. 182 septies IV LF)²⁴³⁸. El decreto dictado por del tribunal, resolviendo la oposición planteada por los acreedores no adheridos es recurrible ante la *Corte de*

²⁴³⁶ INZITARI, B., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari...», op., cit., p. 527; FALCONE, G., «La nuova disciplina delle convenzionidi moratoria...», op., cit., p. 567.

²⁴³⁷ NIGRO, A., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari...», op., cit., p. 9; FALCONE, G., «La nuova disciplina delle convenzioni di moratoria...», op., cit., p. 567.

²⁴³⁸ FALCONE, G., «La nuova disciplina delle convenzionidi moratoria...», op., cit., p. 567.

apelación, en virtud del contenido del artículo 183 de la *Legge Fallimentare* (art. 182 septies VI LF)²⁴³⁹.

A modo de conclusión, entendemos que, a pesar de los esfuerzos realizados por la doctrina²⁴⁴⁰ a la hora de intentar asimilar tanto los *accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari* como la *convenzione di moratoria* (ex art. 182 septies LF) al procedimiento de concurso (ex art. 5 bis LC), en realidad, ambos instrumentos son dos cosas bien distintas; tanto el acuerdo di ristrutturazione con intermediari finanziari como el acuerdo di moratoria (ex art. 182 septies LF) tienen una eminente naturaleza negocial²⁴⁴¹ o contractual, no pudiéndose equiparar al concurso (ex art. 5 bis LC), puesto que este último es un verdadero procedimiento judicial preventivo del concurso cuya naturaleza descansa en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. El apartado VII del artículo 182 septies-, dispone, de forma común a los *accordi di ristrutturazione* y los acuerdos de moratoria, «que en ningún caso, como consecuencia de ambos tipos de acuerdos, podrá imponerse a los acreedores financieros no adheridos, la ejecución de las nuevas prestaciones, la concesión de líneas de crédito, el mantenimiento de la posibilidad de utilizar líneas de crédito existentes o la prestación de financiación nueva», añadiendo que, «a los efectos del presente artículo no será considerada nueva prestación la continuación en la concesión del disfrute de los bienes objeto de contratos de arrendamientos financieros ya estipulados» (ex art. 182 septies VII LF)²⁴⁴². Por todo lo anterior, se entiende que

²⁴³⁹ INZITARI, B., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari...», op., cit., p. 527.

²⁴⁴⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración...*, op., cit., p. 208 y ss.

²⁴⁴¹ Sobre el acentuado carácter negocial del acuerdo di moratoria (ex art. 182 septies LF), vid. Vid. NIGRO, A., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op., cit., p. 7; VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op. cit., pp. 69 y ss.; BIANCA, M., «La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. ° 6, noviembre-diciembre, 2015, pp. 529-536.

²⁴⁴² FALCONE, G., «La nuova disciplina delle “convenzioni di moratoria”...», op., cit., p. 566.

ambas figuras tienen naturaleza negocial²⁴⁴³ y, por tanto, son puros contratos entre las partes²⁴⁴⁴.

4. «Debtor-in-possession» (DIP) norteamericano versus precurso (ex art. 5 bis LC)

4.1. El funcionamiento del *debtor in possession* en el marco de los procedimientos de reorganización estadounidenses (Chapter 11 USC).

El proceso concursal español, en la gran mayoría de los casos, se convierte en un escenario no tanto de conservación y de reorganización de empresas sino que, más bien, en el noventa y cinco (95) por ciento de las ocasiones parece responder a un procedimiento para liquidar empresas, ante la imposibilidad de alcanzar un convenio que consiguiera remover el estado de insolvencia del deudor²⁴⁴⁵, que garantizara la refinanciación (o reestructuración) y la viabilidad de la compañía a corto/medio plazo. Resulta un tópico afirmar que, uno de los principales obstáculos para conseguir que los procedimientos concursales se tramiten por la solución del convenio es, en gran medida, el alto coste económico, temporal y reputacional (estigma) que conlleva el hecho de ser declarado en concurso²⁴⁴⁶, al estar en estado de insolvencia – síntoma de la falta de cultura concursal de los empresarios, predominante en nuestro país^{2447 – 2448}.

²⁴⁴³ BIANCA, M., «La nuova disciplina del concordato...», op., cit., pp. 529-536.

²⁴⁴⁴ Así se pronuncia FALCONE, G., «Recientes evoluciones del derecho “preconcurso” italiano...», op., cit., p. 582.

²⁴⁴⁵ La Ley Concursal es propensa a entender que un convenio concursal formalizado en el seno del proceso concursal puede ser más satisfactorio para los intereses de los acreedores que acudir a una liquidación ruinoso y desordenado del deudor, puesto que si no se da una liquidación ordenada, lo más probable es que la satisfacción a los acreedores como función esencial del concurso. A pesar de lo anterior, surgen nuevas tendencias como la que defiende Aurelio GURREA MARTÍNEZ, que entiende que el legislador concursal español debía abolir la preferencia del convenio en lugar de la liquidación, pues, existen casos en los que una liquidación ordenada podría ofrecer una mayor satisfacción a los acreedores que el propio convenio, que posteriormente se pueda incumplir. Vid., su trabajo GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la legislación concursal española: una propuesta de reforma a partir de la experiencia comparada y de un análisis económico del Derecho concursal», en <https://ssrn.com/abstract=2798561>, (consultado julio 2016), pp. 2, 9-10 y 18-19.

²⁴⁴⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración...*, op. cit., p. 649.

²⁴⁴⁷ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma de la Ley Concursal», en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), AA. VV., *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2012, p. 660; en contra de la opinión del profesor Emilio BELTRÁN,

Los empresarios acuden tarde al concurso por el «temor» o, la «estigmatización» que les produce la declaración judicial de concurso; por ello, alargan hasta la «agonía» el momento de la presentación de la solicitud de concurso, retrasando su declaración de concurso por todos los medios, incluso mediante préstamos concedidos por los socios, con las consecuencias que ello conllevaría en un posterior escenario concursal; tras un tiempo «dando tumbos», finalmente el deudor decide solicitar el concurso demasiado tarde, presentándose al proceso concursal con una situación económica financiera ruinosa, en muchas ocasiones, difícilmente recuperable en el seno del concurso que, irremediamente, irá abocado a la liquidación. Por el contrario, en el Ordenamiento jurídico estadounidense se regulan procedimientos concursales cuyos objetos se dirigen a la reorganización y conservación de compañías que estén atravesando por difíciles situaciones de crisis financiera²⁴⁴⁹, cuya finalidad para por la posibilidad (oportunidad) que se le da al deudor de reorganizarse, mediante la presentación de un propuesta de pago de sus créditos a sus

últimamente se han alzado alguna voz que insiste en que «el estigma, los altos costes económicos, temporales y de reputación del deudor (factores sociológicos o culturales), que hacen que la tasa de concursos por número de empresas se inferior a otros países, no es problema de la falta de cultura concursal de los empresarios españoles, sino que más bien responde a una falta de entendimiento, por parte del legislador español, de los fundamentos económicos del concurso de acreedores, así como el papel que desempeña el Derecho concursal en el diseño de la estructura económica y financiera de las empresas, en el acceso y el coste del crédito, en el grado de emprendimiento, innovación y competitividad de la empresas, y, más genéricamente, en la promoción del crecimiento económico», véase el trabajo de GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la legislación concursal española...», op., cit., p.: una propuesta de reforma a partir de la experiencia comparada y de un análisis económico del Derecho concursal», en <https://ssrn.com/abstract=2798561>, (consultado julio 2016), pp. 2, 9-10 y 18-19. Dicho autor propone la abolición de la preferencia del convenio a la liquidación, sobre todo porque entiende que pueden darse casos en que una liquidación ordenada pueda satisfacer en mayor medida a los acreedores que un convenio que, posteriormente, pudiera ser incumplido.

²⁴⁴⁸ En contra se pronuncia GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la...», op., cit., pp. 2, 9-10. Dicho autor se muestra contrario a entender que la escasa de utilización del concurso de acreedores por las empresas españolas sea provocado por la ya reiterada falta de cultura concursal predicable de los empresario; más bien sería al contrario, puesto que la falta de cultura concursal es predicable del propio legislador que no entiende bien los fundamentos económicos del concurso de acreedores, así como el papel que desempeña el concurso de acreedores en el diseño de la estructura económica y financiera de las empresas, en el acceso de coste del crédito, en el grado de emprendimiento, innovación y competitividad de las empresas, y, más genéricamente, en el crecimiento económico».

²⁴⁴⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., p. 649.

acreedores (normalmente con un quita determinada), en un tiempo determinado para poder pagar todas las deudas, intentando mantener a la empresa que se sitúa bajo la figura del deudor sin posesión²⁴⁵⁰.

A esta finalidad responde el procedimiento regulado en el *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*, que nació con el objeto de reestructurar empresas en situación de crisis financiera, todo ello gracias al mercado de «financiación post-concursal²⁴⁵¹» vigente en el derecho norteamericano, esencialmente, a través de dos figuras jurídicas: el *debtor-in-possession financing* (*section 364 USC*)²⁴⁵² y, en mucha menor medida, a través de otra institución mucho más lenta denominada «*cash collateral*²⁴⁵³», y, cuyo origen, debemos situarlo en los antiguos procedimientos de reorganización utilizados por la industria ferroviaria norteamericana durante todo el siglo XIX, donde se desarrollaron los grandes proyectos ferroviarios de la época que, sin duda, resultaron esenciales

²⁴⁵⁰ Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución: crisis económica, crédito, familia y concurso*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 105.

²⁴⁵¹ Sobre la importancia de la financiación postconcursal en los sistemas de insolvencia: la recomendaciones de los organismos internacionales y sus elementos fundamentales, véase el trabajo de BUIL ALDANA, I., «La financiación de empresas en situación concursal: una visión española basada en el *debtor-in-possession financing* del sistema norteamericano de insolvencias», en *RdCyP*, n. ° 14, 2011, pp. 377-378; También véase las recomendaciones elaboradas por The World Bank, *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor Right System*, 2001, principio n° 18; y Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional, *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, 2006, Recomendaciones n° 63-68, citadas por dicho autor.

²⁴⁵² BUIL ALDANA, I., «La financiación de empresas en situación concursal...», op., cit., pp. 380 y ss.

²⁴⁵³ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., p. 652; de la misma autora véase también «La financiación de empresas en crisis», en <http://eprint.ucm.es/14638/>, marzo 2012 (consultado septiembre 2015). Como comenta la profesora PULGAR EZQUERRA, el *cash collateral* es otra figura de refinanciación que conlleva un procedimiento mucho más lento que el *debtor-in-possession*, puesto que el deudor puede acogerse a esta figura para utilizar libremente el disponible de las cuentas corrientes con activos líquidos que tuviera pignoradas en garantía de un préstamo preconcursal, con consentimiento del acreedor pignoraticio y, bajo la posterior autorización del juez, que comprobará si el acreedor pignoraticio que ha suscrito el acuerdo de *cash collateral* con el deudor recibe la protección adecuada (*adequate protection*).

para el verdadero desarrollo de las estructuras económica y territoriales de todo el mundo²⁴⁵⁴.

Por ello, tras la figura del *debtor-in-possession* (DIP) previsto en el marco del *chapter 11* (*section 1108* USC) norteamericano, donde se regulan los procedimientos de reorganización empresarial de las personas jurídicas, es posible obtener la denominada financiación post-concursal a través de la figura del *debtor-in-possession financing* (*section 364* USC)²⁴⁵⁵. En el sistema concursal americano, el deudor puede solicitar en su propia solicitud de concurso voluntario (*voluntary petition*), la obtención de nueva financiación –que previamente ha acordado con una entidad financiera dispuesta concederle financiación a sabiendas de que la empresa va a solicitar el concurso– para disponer de ella durante la tramitación del concurso, bajo los efectos de protección del *debtor-in-possession*, obteniendo con ello la liquidez oportuna que le permitirá al deudor hacer frente al circulante (*day to day*), para evitar el deterioro o los daños que se pudieran generar sobre sus activos; en este sentido, al conseguir esa oportuna liquidez, también podrá hacer frente a los problemas de inversión durante la tramitación del procedimiento concursal, ya que, como suele ser habitual, los acreedores no suelen inyectar capital a los deudores dentro del proceso concursal. Finalmente, el procedimiento de solicitud de dicha financiación se resuelve definitivamente en unos quince (15) días, previa audiencia, entre el deudor y el comité de acreedores²⁴⁵⁶.

Como podemos observar la figura del *debtor-in-possession financing*, y, en menor medida, los acuerdos de *cash collateral*²⁴⁵⁷, son las figuras con la que las compañías sujetas a un procedimiento de reorganización del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*, resuelven con eficacia los problemas de liquidez y de inversión

²⁴⁵⁴ Un apunte completo y fundamental de los orígenes de *debtor-in-possession-financing* (DIP financing) en BUIL ALDANA, I., «La financiación de empresas en situación concursal...», op. cit., pp. 378-380 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., p. 650; Buil

²⁴⁵⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., p. 649-650; BUIL ALDANA, I., «La financiación de empresas en situación concursal...», op. cit., pp. 377-378

²⁴⁵⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., p. 649 y ss.

²⁴⁵⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., p. 652.

durante la tramitación del concurso²⁴⁵⁸ y, a su vez, tutela los intereses de los acreedores²⁴⁵⁹, a la vez otorgan. Además, el sistema americano permite al deudor y sus acreedores, sobre la base de la autonomía de la voluntad, estructurar, la financiación durante el concurso: la forma, los plazos de devolución y las garantías de que se rodee aquella (*section 364 USC*), incluso, permitiéndoles dotar a aquella de un grado superior de privilegio a la hora de facilitar el repago o la recuperación de esa financiación, colocando a los acreedores financieros que conceden financiación en un situación concursal de *máxima prioridad*, incluso frente a las garantías reales²⁴⁶⁰. Ello ha dado lugar una importante y relevante mercado de los *debtor-in-possession-financing* post-concursal, hasta la fecha inexistente en otros modelos de Derecho comparado²⁴⁶¹.

En el Ordenamiento jurídico norteamericano, cuando un deudor persona jurídica quiere dar solución a los problemas financieros por los que atraviesa, puede intentar buscar una solución a su situación de crisis, acudiendo al *procedimiento concursal de reorganización empresarial* regulado en el conocido *chapter 11* del *U.S. Bankruptcy Code*²⁴⁶². En puridad, el procedimiento regulado en el *chapter 11 USC* es un *auténtico procedimiento concursal* que presenta una doble finalidad: i) la *conservativa* y, ii) la *reorganizativa*²⁴⁶³ de la compañía

²⁴⁵⁸ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., p. 648; ídem., «La financiación de empresas...», op. cit., *passim*; BUIL ALDANA, I., «La financiación de empresas en situación concursal...», op. cit.

²⁴⁵⁹ VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari...», op. cit., p. 72.

²⁴⁶⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., p. 651

²⁴⁶¹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., pp. 136-137; también, por otro lado véase el trabajo de GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la legislación concursal española...», op. cit., p. 31, donde dicho autor habla de que la figura del *debtor-in-possession* no está regulada en el Derecho concursal español, e indica, a nuestro juicio erróneamente, una posible equiparación del *debtor-in-possession* con el precurso ex artículo 5 bis de la Ley Concursal.

²⁴⁶² JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, ed. La Ley, monografía nº 16 RdCyP, p. 71; Enciso Alonso-Muñomer, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales*, ed. La Ley, monografía nº 6, 2007, RdCyP, p. 53.

²⁴⁶³ Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 71; Enciso Alonso-Muñomer, M., *La judicialización de los...*, op. cit., p. p. 53.

mediante la presentación de un *plan de reorganización*, cuyo contenido puede consistir en la reestructuración del pasivo de la compañía mediante la «venta» o el traspaso del patrimonio de la sociedad concursada a sus propios acreedores, quienes en cobro de sus créditos obtienen parte del accionariado de la compañía en proceso de reorganización²⁴⁶⁴, o, también puede consistir en la venta de la compañía como un todo –en funcionamiento– (*going concern value*) o, a través de un procedimiento de liquidación, si ésta fuera más eficiente para satisfacer a los acreedores (*section 1123 USC*)²⁴⁶⁵, garantizando, en ese caso, un mayor grado de satisfacción a los acreedores utilizando la cláusula del «mejor interés de los acreedores» –o como se denomina en la Ley: *the «best interest test»*– (artículo 1129 (a) (7) USC)²⁴⁶⁶.

Dicho procedimiento de reorganización incoa con la presentación de la solicitud del deudor o, de los acreedores (*voluntary petition* o *involuntary petition*). A dicha solicitud de apertura del procedimiento instada por el deudor, se puede acompañar del *plan de reorganización* elaborado por el mismo, en el caso de contar, en dicho momento, con el borrador definitivo; no obstante, la Ley concede al deudor un plazo de cuatro meses (120 días) para presentar el plan de reorganización definitivo, y, de seis meses (180 días) para solicitar la aceptación del plan de reorganización a los acreedores²⁴⁶⁷, en ambos casos,

²⁴⁶⁴ BEBCHUK, L., «Chapter 11», *The new Plagrove Dictionary of Economics and the law*, vol. 3, 1998, pp. 218 y ss.; JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, ed. La Ley, monografía n.º 16 *RdCyP*, p. 71.

²⁴⁶⁵ Vid., *Section 1123 USC*, donde se prevén todos los posibles contenidos del plan de reorganización

s. Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71.

²⁴⁶⁶ La implementación de la cláusula del Derecho concursal norteamericano del «mejor interés de los acreedores (*best interest test*) en el Derecho concursal español, es una de las propuestas que elaboró Aurelio GURREA MARTÍNEZ, al entender que este tipo de que a través de esta cláusula se podía garantizar un mayor grado de satisfacción de los acreedores y la minimización ex ante del coste de deuda. Esta cláusula de «*Best interest test*», permitiría a los acreedores impugnar el convenio siempre y cuando, acrediten que su satisfacción haya sido claramente menor que si se hubiera acudido a la liquidación, incentivando (indirectamente) con ello, que sólo alcancen convenios aquellas empresas cuyo valor en funcionamiento (*going concern value*) sea superior a su valor en liquidación», Vid. GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la legislación concursal española...», op., cit., p. 19.

²⁴⁶⁷ Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71.

desde que se presentó la solicitud del deudor. En el caso de que el deudor no presente el *plan de reorganización* dentro de los plazos anteriormente indicados, de forma subsidiaria, podrán ser los acreedores o el administrador nombrado los que tengan *expedita* la posibilidad de presentar un plan de reorganización elaborado por ellos mismos (*section 1121 Bankruptcy Code*)²⁴⁶⁸.

Un vez instada la solicitud de apertura del procedimiento y, el tribunal competente haya aceptado la misma declarando judicial el concurso (*order of relief*), el deudor seguirá manteniendo intactos sus poderes de gestión, administración y posesión sobre su patrimonio –no se le desapodera en ningún caso– sino que estaría bajo el efecto de la figura del *debtor-in-possession*²⁴⁶⁹, que se aplica estrictamente al deudor sujeto al *Chapter 11* (*section 1108 US Bankruptcy Code*)²⁴⁷⁰, que se puede entender como una especie de ficción legal o jurídica²⁴⁷¹ que entra en juego *ipso iure* una vez que el tribunal dicta la orden declarando la apertura del procedimiento instado por el deudor (*section 1108 US Bankruptcy Code*)²⁴⁷². Como es sabido, dicha figura viene a permitir al deudor, administrador o dueño, conservar el control, la gestión y la posesión de los activos de la compañía durante toda la pendencia o tramitación del procedimiento concursal, sin la necesidad de que intervenga un síndico o

²⁴⁶⁸ Vid. JACQUET YESTE, T., *Ibidem...*, op., cit., p. 71.

²⁴⁶⁹ BAIRD, D.G., *Elements of Bankruptcy*, ed. Foundation Press-Thomson Reuters, New York, 2010, p. 76; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op. cit., pp. 134-137 y 649-650

²⁴⁷⁰ La figura del *debtor-in-possession* (*section 1018 11 USC*) norteamericana también puede aplicarse a los para aquellos procedimientos en los que se exija un interventor judicial o en otros capítulos de la *Bankruptcy Code*, como por ejemplo para el caso de la liquidación (*chapter 7 USC*) o cuando el deudor es un persona física y acude al procedimiento de reorganización del (*chapter 13 USC*)

²⁴⁷¹ Así, en este sentido véase CARLO-ALTIERI, G.A., «Crisis económica, reorganización de empresas bajo el capítulo 11 del Código de Quiebra estadounidense, críticas y reformas necesarias al sistema de administración concursal de Estados Unidos», en GARCÍA-CRUCES (dir.), AA. VV., *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 204.

²⁴⁷² Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71;

²⁴⁷² Vid. JACQUET YESTE, T., *Ibidem...*, op., cit., p. 71;

trustee (en los casos de liquidación – *section* 1107 7 USC – o – *chapter* 13 –)²⁴⁷³, que sustituya al administrador social (*section* 1104 y 1107 USC)²⁴⁷⁴.

El deudor que ha puesto en marcha el procedimiento de reorganización (*chapter* 11 USC) y, se encuentra bajo la figura del *debtor in possession* (*section* 1108 11 USC), podrá realizar las operaciones de curso ordinario (*day to day*) de la compañía sin necesidad de que éstas sean autorizadas por el tribunal, mientras que para las operaciones o actuaciones *extraordinarias* que pretenda realizar bajo la cobertura del *debtor-in-possession* –ajenas al tráfico ordinario de la sociedad– deberán ser, en todo caso, aprobadas por el Tribunal competente²⁴⁷⁵. El deudor bajo el *debtor-in-possession* puede solicitar al tribunal competente, el nombramiento de un «sindico en propiedad» para gestionar y administrar la compañía en sustitución de los dueños, por causas justificadas, como: fraude, mala gestión, deshonestidad o, pérdida de confianza²⁴⁷⁶. Además, en los casos en los que así se precisara, el deudor bajo el *debtor-in-possession* podrá solicitar el nombramiento de un examinador (*chapter* 11 USC 1104), o, incluso, si el deudor prevé que no podrá ofrecer –en los 120 días de plazo– un plan de reorganización viable que sea posteriormente aceptado por los acreedores, podrá solicitar al tribunal competente que proceda a la reconversión del procedimiento de reorganización en un procedimiento de liquidación (*chapter* 7 USC)²⁴⁷⁷. Por otro lado, el deudor, además de convertirse en un *deudor en posesión*, también queda bajo los efectos de la importante y necesaria protección del «*automatic stay*²⁴⁷⁸», es decir, desde el inicio del procedimiento

²⁴⁷³ BAIRD, D.G., *Elements of Bankruptcy...*, op., cit., p. 12. BUIL ALDANA, I., «La financiación de empresas en situación concursal...», op., cit., pp. 381 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op. cit., p. 136.

²⁴⁷⁴ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op. cit., p. 136.

²⁴⁷⁵ Vid. CARLO-ALTIERI, G.A., «Crisis económica, reorganización de empresas bajo el capítulo 11...», op., cit., p. 204.

²⁴⁷⁶ *Ibidem.*, p. 204.

²⁴⁷⁷ Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71; CARLO-ALTIERI, G.A., «Crisis económica, reorganización de empresas bajo el capítulo 11...», op., cit., p. 204.

²⁴⁷⁸ Vid. Sobre el «*automatic stay*» en GODOY, E.A., y BADILLO ABASOLO, V., «Los procedimientos judiciales de quiebra de los individuos en Estados Unidos», en GARCÍA BARTOLOMÉ, D./PACCHI, S./PÉREZ DEL BLANCO, G. (dirs.), AA. VV., *Estudios sobre*

quedarán suspenderán todas la acciones ejercitadas (o se prohibirá la incoación de cualquier acción que los acreedores pretendan ejercitar durante la tramitación del procedimiento) por los acreedores (*section 362 11 USC*)²⁴⁷⁹, para garantizar que el deudor pueda negociar, al margen de toda ejecución, con los acreedores la aceptación del *plan de reorganización*, sin la presión que supondría la prosecución y pendencia de ejecuciones frente al patrimonio del deudor.

Una vez que el procedimiento está en curso, la partes interesadas, es decir, el deudor y sus acreedores, serán convocados a una reunión donde se examinarán las cuestiones relevantes de la situación económico financiera de la compañía para la aprobación del *plan de reorganización*, que podrá ser objeto de modificaciones hasta el momento en que se proceda a su aprobación judicial²⁴⁸⁰; en el contenido del plan se podrá incluir cualquier instrumento financiero que sirva para ejecutar y llevar a cabo el mismo, organizando los créditos por clases homogéneas o intereses similares²⁴⁸¹. Asimismo, para que el Juez que está conociendo de la *reorganization* acceda a aprobar el plan de reorganización definitivo que haya presentado el deudor, éste deberá acreditarle que los acreedores disidentes que no hayan aceptado el plan, percibirán, al menos, lo que hubiera percibido en una eventual liquidación²⁴⁸², es decir, que el deudor deberá acreditar que los acreedores que no se han adherido al *plan de reorganización*, han sido satisfechos, al menos con lo que hubieran recibido si hubieran acudido a la liquidación, es lo que el *Bankruptcy Code* norteamericano entiende como: «el mayor interés del acreedores» o the «*best interest test*»

Derecho de la Insolvencia, ed. Eolas, León, 2016, pp. 628-635; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración...*, op., cit., p. 650; JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71; ENCISO ALONSO-MUÑOMER, M., *La judicialización de los...*, op. cit., p. 53.

²⁴⁷⁹ GODOY, E.A., y BADILLO ABASOLO, V., «Los procedimientos judiciales de quiebra...», op., cit., pp. 628 y ss.; ENCISO ALONSO-MUÑOMER, M., *La judicialización de los...*, op. cit., p. 58-59; JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71;

²⁴⁸⁰ Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71-72

²⁴⁸¹ Vid. JACQUET YESTE, T., *Ibidem...*, op., cit., p. 71-72

²⁴⁸² Vid. JACQUET YESTE, T., *Ibidem...*, op., cit., p. 71-2

(section 1129 11 USC)²⁴⁸³; en el mismo sentido, el deudor deberá acreditar, además, que al plan de reorganización que propone, no le seguirá un procedimiento de liquidación o, un nuevo procedimiento de reorganización (art. 1129 USC), por lo que el plan de reorganización debe ser, en todo caso, perfectamente viable en el corto/medio plazo, garantizando la reorganización de la compañía y, la conservación de la misma en el tráfico jurídico.

A la hora de proceder a la aprobación del *plan de reorganización* propuesto, éste se entenderá aceptado por todas las clases de acreedores que no queden afectadas por el plan, por ello, no es necesario que el deudor obtenga la aceptación expresa de estas clases de acreedores²⁴⁸⁴. Sin embargo, para que se pueda aprobar el plan, será imprescindible que el mismo haya sido aceptado por todas las clases de acreedores afectadas por el plan de reorganización, dicha aceptación se producirá cuando concurra un porcentaje superior a la mitad de los acreedores, es decir, dos tercios (2/3) partes del total del pasivo que representa cada clase de acreedores (*section 1126*)²⁴⁸⁵. En caso de que no se alcance dicho porcentaje, el tribunal haciendo uso de la denominada «capacidad de arrastre», podrá extender los efectos del plan de reorganización a las clases de acreedores afectadas por el plan que no lo hayan aceptado (*cramdown*)²⁴⁸⁶, siempre y cuando, haya manifestado su aceptación al menos una de las clases de acreedores afectadas por el plan de reorganización y, ninguna de las clases afectadas no hayan recibido ningún pago antes de que se satisfagan por completo los créditos de las clases preferentes que han votado en contra del plan²⁴⁸⁷.

²⁴⁸³ Sobre el *best interest test* (section 1129 11 USC) de los acreedores en los procedimientos de reorganización empresarial en los Estados Unidos, véase BUIL ALDANA, I., «la financiación de empresas en situación concursal...», op., cit., pp. 379 y ss.; GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la legislación concursal española...», op., cit., p. 19. Dicho autor explica el funcionamiento del «*best interest test*» y su necesaria implementación a nuestro Derecho concursal español.

²⁴⁸⁴ Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 72.

²⁴⁸⁵ Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71.

²⁴⁸⁶ Vid. JACQUET YESTE, T., *ibídem...*, op., cit., p. 71.

²⁴⁸⁷ Vid. JACQUET YESTE, T., *ibídem...*, op., cit., p. 71.

4.2. ¿Similitudes entre el *debtor-in-possession* norteamericano y el procedimiento de precurso español (ex art. 5 bis LC)?

En la doctrina científica española más actual, no han faltado algunas voces²⁴⁸⁸ que han planteado la posibilidad de implementar la figura del «*debtor-in-possession*» en el sistema concursal español, suprimiendo (salvo en ocasiones excepcionales) el nombramiento del órgano de administración concursal, y manteniendo al deudor en la gestión y administración de la compañía, bajo supervisión judicial, pudiéndose ahorrar, en este caso, numerosos costes directos del proceso concursal²⁴⁸⁹; aunque, finalmente, después de exponer las ventajas que ofrece dicho instrumento, dicho autor llega a la conclusión de que su implementación no sería muy deseable en el sistema concursal español, porque, al igual que ocurre esencialmente en todos los modelos de Europa continental, en las sociedades de capital españolas existe lo que la doctrina denomina: los socios o accionistas de control (sobre todo en las sociedades familiares)²⁴⁹⁰.

No obstante y, a pesar del anterior razonamiento, la doctrina ha afirmado que en el sistema concursal español ya existe una figura similar al *deudor en posesión* norteamericano (*chapter 11 1108 USC*), insinuado que el artículo 5 bis de la Ley Concursal es una suerte de *debtor-in-possession* –de facto–²⁴⁹¹. Ante dicha afirmación, hemos de reconocer que tiene parte de razón al autor que sostiene la anterior idea²⁴⁹², puesto que, como afirma GURREA MARTÍNEZ, entre el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis) y el procedimiento de reorganización (*chapter 11 USC*) –en el que se activa y opera la figura del *debtor-in-possession* (*11 section 1108 USC*)– existen algunas semejanzas que expondremos a continuación; pero, en nuestra opinión, no es

²⁴⁸⁸ Vid. GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la legislación concursal española...», op., cit., pp. 30-32.

²⁴⁸⁹ Vid. GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la legislación...», op., cit., p. 31.

²⁴⁹⁰ Vid. GURREA MARTÍNEZ, A., «Ibidem...», op., cit., p. 31.

²⁴⁹¹ Vid. GURREA MARTÍNEZ, A., «Ibidem...», op., cit., p. 31-32.

²⁴⁹² Vid. GURREA MARTÍNEZ, A., «Ibidem...», op., cit., p. 31-32.

posible equiparar o asimilar el procedimiento judicial de precurso (ex art. 5 bis LC) con la figura legal del *debtor-in-possession* (*chapter 11 1108 USC*), puesto que, en puridad, esta última es un efecto jurídico de «protección» que se despliega una vez que el juez dicta la declaración de apertura (*order of relief*) del procedimiento de reorganización (*chapter 11 USC*). Por lo tanto, difícilmente se pueda equiparar o asimilar un procedimiento judicial preventivo – como el de precurso ex art. 5 bis LC) – con un efecto jurídico de «protección» (el *debtor-in-possession*) que de activa en el seno de otro *procedimiento de reorganización* como el regulado en el *chapter 11* del *Bankruptcy Code*. En todo caso, lo que si sería posible es comparar el procedimiento judicial de precurso (ex art. 5 bis LC) con el procedimiento de *reorganización empresarial* del *chapter 11 Bankruptcy Code*, que, a pesar de que se trata de dos procedimientos diferentes: el precurso (ex art. 5 bis LC) es, un procedimiento preconcursal, cuya naturaleza descansa en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, mientras que el procedimiento del *chapter 11 USC*, es un procedimiento *concursal* (por lo tanto entendemos que su naturaleza es jurisdiccional), cuya principal finalidad es la de reorganización y conservación de las empresas que atraviesan por situaciones de crisis económica. A continuación, procederemos a comparar las características de ambos procedimientos, para ver las semejanzas y diferencias que existen entre ellos.

En primer lugar, el deudor que solicita el precurso (ex art. 5 bis), consigue aplazar o suspender su deber, *rectius*: «carga procesal» de instar su declaración de concurso (art. 5 bis 2 LC) hasta un máximo de seis meses (2+3+1 meses), mientras que en el Derecho norteamericano el deudor, como norma general, consigue colocarse bajo los efectos del *debtor-in-possession* de forma automática, una vez que el tribunal declara la *reorganization* (*Order of relief*)²⁴⁹³; en este sentido debemos recordar que tiene legitimación activa para instar el procedimiento de *reorganization* (*chapter 11*), tanto el deudor (*voluntary petition*) como los acreedores (*involuntary petition*), que deberán acreditar en su solicitud que el deudor es incapaz de cumplir con sus obligaciones exigibles

²⁴⁹³ Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71

(*section 303 Bankruptcy Code*); por otro lado, la solicitud de precurso (art. 5 bis LC) le concede al deudor un plazo de protección de tres meses más uno (3+ 1 meses), para negociar con sus acreedores la posibilidad de alcanzar: i) un acuerdo de refinanciación (disp. Ad. 4ª y art. 71 bis 1); ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC); o, iii) las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (ex arts. 106 LC). Además de todo lo anterior, el deudor acogido al precurso, también puede verse beneficiado de la paralización, *rectius*: suspensión de determinadas ejecuciones instadas por los acreedores frente a su patrimonio (art. 5 bis 4 LC); en el mismo sentido, durante ese periodo de protección, tampoco se podrán incoar ejecuciones durante dicho plazo de protección (art. 5 bis 4). A pesar de lo anterior, los acreedores con garantía real, podrán ejercitar la acción real sobre el bien o los bienes sobre los que recaiga la garantía que pretende ejecutar, sin perjuicio de que, una vez que se haya iniciado el procedimiento, éste quedará suspendido hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias: i) se formalice el acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1); ii) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª); iii) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y ss. LC); iv) se hayan alcanzado las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta anticipada e convenio; o, v) tenga lugar la declaración judicial de concurso (art. 5 bis 4 V LC).

Asimismo, de forma similar a todo lo que ocurre en el precurso español (art. 5 bis LC), el deudor que ha solicitado el procedimiento de reorganización *chapter 11 USC*, también se beneficia en exclusiva, desde ese mismo momento, de un plazo de ciento veinte (120) días –cuatro meses– para negociar con los acreedores y presentar el plan de reorganización, que deberá ser aceptado por los acreedores en el plazo de ciento ochenta (180) días –seis meses–, desde que el deudor solicitó al tribunal competente la *voluntary petition*²⁴⁹⁴. Asimismo, durante el plazo de protección de tres (3) meses, serán inadmitidas *ad limine* todas las solicitudes de concurso necesario instadas por

²⁴⁹⁴ Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71

los terceros legitimados distintos del deudor del deudor (art. 15.3 LC), pues, las mismas quedan, en todo caso, excluidas durante el plazo o la moratoria de protección de tres meses con la que cuenta el deudor para llevar a cabo las negociaciones con los acreedores en el seno del precurso (art. 15.3 LC). Una vez que se incoado el procedimiento de reorganización del chapter 11 se entiende que tampoco serán admitidas *ad limine* las solicitudes de quiebra o de otros procedimientos concursales instados por terceros distintos del deudor, puesto que se produciría un paralización automática de toda acción forma o informa ejercitada por los acreedores (entre las que se encontraría la *involuntary petition* de quiebra instada por cualquier tercero distinto del deudor²⁴⁹⁵, debido a que el deudor ha pedido la declaración de un procedimiento de reorganización (chapter 11), y, por tanto, como así lo dispone el artículo 362 (a) del *Bankruptcy Code*, se paralizará automáticamente todo tipo de procedimiento o actuación (la paralización automática aplica a casi todo tipo de acción formal o informal contra el deudor o su patrimonio –caudal–²⁴⁹⁶) en contra de una persona física o jurídica que haya presentado una solicitud de quiebra ante el Tribunal Federal de quiebras (11 USC section 362)²⁴⁹⁷. Esta paralización de las acciones instadas o, pretendidas de los acreedores es una de las herramientas de protección más básica para los deudores en quiebra y, la misma se activa *ipso iure* por imperio de la Ley, al igual que ocurre con lo previsto en el artículo 15.3 de la Ley Concursal, que paraliza, *rectius*: «excluye» automáticamente las solicitudes de concurso necesario instadas por terceros distintos del deudor durante los tres meses de protección que concede el precurso para negociar (art. 15.3 LC).

En otro orden de cosas, hemos de decir que durante la tramitación del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), el deudor conserva el poder de

²⁴⁹⁵ Vid. GODOY, E.A., y BADILLO ABASOLO, V., «Los procedimientos judiciales de quiebra...», op., cit., pp. 628; ENCISO ALONSO-MUÑOMER, M., *La judicialización de los...*, op. cit., p. 58-59; Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71

²⁴⁹⁶ Vid. GODOY, E.A., y BADILLO ABASOLO, V., «Los procedimientos judiciales de quiebra...», op., cit., pp. 629-632, donde los autores también exponen las veintisiete excepciones que están enumeradas en la sección 362 (b) *Bankruptcy Code*.

²⁴⁹⁷ Véase la doctrina de la nota al pie de página anterior.

gestión y administración de sus activos, en la misma dimensión que en el *debtor-in-possession*, aunque en el precurso el deudor no está sometido a ningún control de terceros como si ocurre en el *debtor-in-possession*; en la misma línea que lo anterior, la tramitación del precurso (ex art. 5 bis) se lleva a cabo sin la necesidad de nombrar a un órgano de administración concursal, un interventor judicial, un examinador o, un *trustee* como si puede ocurrir en el procedimiento de reorganización (11 USC section 1104), ya que durante la tramitación del procedimiento de precurso el deudor no se encuentra sometido a ningún tipo de control por tercero, es decir, mantiene y conserva el poder de gestión y administración de los activos de la sociedad, es decir ni se le sustituye ni se le despoza durante la situación jurídica de precurso (ex art. 5 bis).

Tal y como afirma Aurelio GURREA MARTÍNEZ²⁴⁹⁸, es cierto que el deudor que ha incoado el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) conserva el poder de gestión y administración de sus activos durante todo la tramitación del mismo, en la misma línea que el deudor que se ha incoado un procedimiento de reorganización del *chapter 11* y se sitúa bajo la figura del *debtor-in-possession* (11 USC section 1108). Pero, «atención»: el hecho de que el procedimiento de precurso permita al deudor conservar el poder de gestión y administración de sus activos durante la tramitación del procedimiento de precurso, no significa que el procedimiento judicial albergado en el artículo 5 bis de la Ley Concursal —y todo lo que ello conlleva— se pueda equiparar simple y llanamente a un efecto jurídico de «protección» como el *debtor-in-possession*) que se despliega o se activa por el hecho de incoar un procedimiento de reorganización del *chapter 11 US Bankruptcy Code*. En nuestra humilde opinión, entendemos que no se puede confundir el instituto preconcursal único: el procedimiento judicial de precurso (ex art. 5 bis LC) con un efecto jurídico de protección que se desprende o que se activa de la iniciación de otro procedimiento concursal de reorganización en otro Ordenamiento jurídico comparado (*chapter 11 del Bankruptcy Code*). Efectivamente, la figura del *debtor-*

²⁴⁹⁸ Vid. GURREA MARTÍNEZ, A., «Ibídem...», op., cit., p. 31-32.

in-possession se podría definir como un ficción jurídica²⁴⁹⁹, *rectius*: más bien se trata, a nuestro juicio, de un efecto jurídico –básico– de protección que se despliega *ipso iure* una vez que el tribunal ha declarado (*order of relief*) la apertura del procedimiento de reorganización (*chapter 11 USC*), y, cuya vigencia permite al deudor conservar o mantener la posesión (el poder de gestión y administración: en principio, no hay desapoderamiento del deudor) de los activos durante la tramitación del procedimiento de reorganización (*chapter 11 USC*). El poder de gestión y administración que conserva el deudor durante el procedimiento de reorganización (*chapter 11*) servirá para que el deudor siga realizando su actividad empresarial o curso ordinario de los negocios (*day to day*), pero, si en alguna ocasión pretende efectuar algún acto o negocio extraordinario, fuera del curso ordinario del *día a día* de la sociedad, aquél deberá solicitar autorización al tribunal para ver si éste lo autoriza o no²⁵⁰⁰. Además, como ya hemos adelantado, cuando el deudor se encuentra bajo la figura del *debtor-in-possession* también puede solicitar –por causa justificada²⁵⁰¹– al tribunal que esté conociendo de la *reorganization (chapter 11 USC)*, el nombramiento de un síndico que actuará en sustitución de los verdaderos propietarios de la compañía, o, también, sería posible que el tribunal podría nombrar a un examinador (*11 USC section 1104*)²⁵⁰². El deudor bajo el *debtor-in-possession* tendrá la facultad de solicitar el juez la conversión del procedimiento de reorganización a un procedimiento de liquidación (*chapter 7 USC*), cuando no quiera seguir con las negociaciones en el seno del procedimiento de reorganización (*chapter 11*), porque prevea, por ejemplo, que su plan no tiene viabilidad alguna.

²⁴⁹⁹ Vid. CARLO-ALTIERI, G.A., «Crisis económica, reorganización de empresas bajo el capítulo 11...», op., cit., p. 204.

²⁵⁰⁰ Vid. CARLO-ALTIERI, G.A., «Crisis económica, reorganización de empresas bajo el capítulo 11...», op., cit., p. 204.

²⁵⁰¹ Vid. CARLO-ALTIERI, G.A., «ibídem...», op., cit., p. 204. Como indica el autor, se podrá solicitar al tribunal la sustitución de los propietarios o a los administradores siempre cuando se den causas justificadas como: fraudes, deshonestidad o, mala gestión y/o administración del negocio.

²⁵⁰² Vid. CARLO-ALTIERI, G.A., «Ibídem...», op., cit., p. 204.

Como hemos podido observar, a pesar del intento de equiparación entre ambos instrumentos invocado por la doctrina²⁵⁰³, somos contrarios a dicha equiparación, puesto que, no estamos ante instrumentos similares, debido a que, en nuestra opinión, el artículo 5 bis de la Ley Concursal es un auténtico procedimiento judicial (de jurisdicción voluntaria²⁵⁰⁴) cuya finalidad es prevenir el concurso de acreedores; mientras que el *debtor-in-possession* de la normativa estadounidense no presenta, hasta la fecha, la estructura de un procedimiento judicial (ni siquiera de jurisdicción voluntaria), sino que más bien, a nuestro juicio, se trata de un *efecto jurídico de protección* que se despliega o sea activa *ipso iure* con la declaración de apertura (*order of relief*) del procedimiento concursal de reorganización (*chapter 11 section 1108*)²⁵⁰⁵ y, que, además, se configura como un efecto de protección fundamental a la hora de resolver los problemas de circulante y de financiación dentro del proceso concursal –*debtor-in-possession –financing – (section 364 Bankruptcy Code)*²⁵⁰⁶, puesto que el deudor bajo un *debtor-in-possession*, puede solicitar al tribunal junto a su solicitud de

²⁵⁰³ GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficaz diseño de la legislación...», op., cit., pp. 31-32.

²⁵⁰⁴ Así lo vienen a entender lo siguientes autores, véase a SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, p. 84-85; MUÑOZ PAREDES A., *Protocolo concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 816; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma concursal», en *Diario Económico Expansión*, de 10 de enero de 2011; PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 462.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: ¿la figura del precurso?», en ARIZA-GALÁN (Coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)», en ARIZA-GALÁN (coords.), AA. VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.; PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 58-59, concretamente la nota a pie de página 42; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación...», op., cit., p. 8;

²⁵⁰⁵ Vid. CARLO-ALTIERI, G.A., «Crisis económica, reorganización de empresas bajo el capítulo 11...», op., cit., p. 204.; JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op., cit., p. 71; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., pp. 650 y ss.

²⁵⁰⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., pp. 650 y ss.

concurso voluntario, mediante un *procedimiento sumario y expedito*, la posibilidad de utilizar financiación durante la tramitación del procedimiento concursal para dar solución a los problemas de inversión y de circulante²⁵⁰⁷. El deudor antes de instar la solicitud del procedimiento de reorganización del *chapter 11 (voluntary petition)* habrá acordado con alguna entidad financiera, la posibilidad de que le conceda financiación con la que obtendrá la liquidez que precise –para utilizarla durante la tramitación del proceso concursal–, a cambio de algún incentivo para el acreedor financiador, como por ejemplo, el pacto de: un grado de privilegio mínimo, medio o máximo²⁵⁰⁸ en el orden de prelación de la masa pasiva del concurso, a la hora de recuperar la financiación que le ha concedido previamente para que el deudor la pueda utilizar durante la tramitación del proceso concursal²⁵⁰⁹.

Por todo lo anteriormente argumentado, concluimos que no es posible equiparar un efecto jurídico que se despliega con la declaración judicial de la apertura de un procedimiento de reorganización (*chapter 11 section 1018*), esto

²⁵⁰⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op., cit., p. 650 y ss. Como expone dicha autora, el procedimiento para solicitar la posibilidad de utilizar financiación externa durante el concurso de acreedores ya declarado, se sustancia de forma rápida en no más de quince días (con celebración de una audiencia entre el deudor y el comité de acreedores), y en los casos en los que se requiera autorización, la solicitud se resuelve en 24-36 horas, para que pueda utilizar de forma rápida la financiación otorgada.

²⁵⁰⁸ Vid., por todos a PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op. cit., pp. 650-651. Donde dicha autora nos expone con total claridad los tres modalidades distintas sobre las que las entidades bancarias suelen negociar las condiciones de conceder financiación a empresas en situación de concurso de acreedores. Existen tres modalidades: i) la financiación con grado mínimo de privilegio con prededucibilidad al mismo nivel que los gastos del procedimiento, y, sin necesidad de autorización judicial si dicha financiación se obtiene para el curso ordinario del negocio regulada en el artículo 364 (a) y (b) *Bankruptcy Code*; ii) la financiación con grado intermedio de privilegio (*superiority or secured basis*), regulada en el artículo 364 (c) del *Bankruptcy Code*, en la que se otorga superioridad a esta financiación sobre otros gastos del procedimiento, permitiendo la constitución de garantías sobre activos si no tuvieran gravamen previo; por ello se precisa autorización judicial para obtenerla; iii) la financiación postconcurzal con grado de privilegio superior, al que acuden las operaciones de financiación más sofisticadas, denominada: financiación con súper privilegio real (*super priority lien*), regulada en el artículo 364 (c) del *Bankruptcy Code*, donde el deudor puede constituir gravámenes sobre sus bienes inmuebles, a pesar de que los mismos ya esté gravados previamente por otros acreedores preexistentes, pero para que ello se puede realizar, es necesario que todo se condicione a la *adequate protection*, en la que se puede pactar con los acreedores anteriores o preexistentes el pago de una compensación en metálico por la reducción del valor de su garantía.

²⁵⁰⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración...*, op. cit., pp. 650 y ss.

es: el efecto jurídico de protección: «*debtor in possession*», con el procedimiento judicial (preventivo) que se alberga tras la redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal. En todo caso, podría decirse que el *debtor-in-possession* es un efecto jurídico de protección que se activa una vez que el tribunal dicta la resolución (*order of relief*) declarando la apertura del procedimiento de reorganización (*chapter 11 1018 USC*)²⁵¹⁰, al igual que ocurre con los efectos de protección que se activan con la presentación de la solicitud de precurso (ex arts. 5 bis, 15.3 LC). Por lo tanto, aunque la incoación del procedimiento del precurso (ex art. 5 bis) conlleve, *de facto*, que el deudor conserve y mantenga la gestión o administración (posesión) de los activos de la sociedad, no es posible equiparar el propio precurso, es decir el procedimiento que se alberga tras el tenor literal del artículo 5 bis, al efecto de protección del *debtor-in-possession*, que se activa cuando el tribunal dicta la resolución (*order of relief*) aceptado la solicitud de apertura del procedimiento de reorganización (*section 1018 USC*). El *debtor-in-possession* es algo diferente. Es un instrumento necesario y muy útil para los deudores que se acogen al *chapter 11* del *Bankruptcy Code*, sobre todo, para aquellos deudores que buscan a toda costa, obtener financiación de una entidad financiera –obtención de liquidez para asumir el circulante y las inversiones²⁵¹¹– para utilizarla durante la tramitación del proceso de reorganización concursal –*debtor-in-possession-financing*– (*section 364 Bankruptcy Code*)²⁵¹², posibilidad, ésta, que no se contempla como tal en el procedimiento de precurso español (ex art. 5 bis).

²⁵¹⁰ Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada...*, op. cit., p. 71.

²⁵¹¹ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración...*, op. cit., pp. 650-651.

²⁵¹² PULGAR EZQUERRA, J., *Ibidem...*, op. cit., pp. 650 y ss.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Los antecedentes históricos donde la figura del precurso «hunde» sus raíces, son, sin lugar a duda, los viejos procedimientos judiciales de: quita y espera (art. 1130 y ss. LEC 1881 y, art. 1912 CC), y el de suspensión de pagos de «antaño» (LSP de 1922). Asimismo, a pesar de que el Anteproyecto de reforma de la Ley Concursal del año 1995 no llegó finalmente a materializarse en ley, el procedimiento de suspensión de pagos allí previsto, también compartía algunos rasgos con nuestro vigente y actual procedimiento de precurso y, de algún modo, también ha servido al legislador de inspiración para idear y configurar nuestro actual procedimiento de precurso. Es cierto que los tres procedimientos reseñados (antiguos procedimientos de: i) quita y espera; y ii) suspensión de pagos, y, iii) el actual precurso) contaban con especialidades y peculiaridades autónomas que los caracterizaban y distinguían entre sí; no obstante, según hemos podido analizar, todos ellos compartían un mismo objeto, una misma finalidad y una misma naturaleza, es decir, se trataba de alcanzar un acuerdo extrajudicial con los acreedores con la finalidad de evitar el proceso concursal o de quiebra, mediante la sustanciación de un procedimiento (judicial) de jurisdicción voluntaria.

SEGUNDA.- Con la reforma concursal operada en el año 2009, mediante la promulgación del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, el importante principio de unidad en el que se inspiró la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, quedó en entredicho ya que, como se ha podido observar, el legislador, mediante la promulgación del Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo, vino a introducir un potencial procedimiento preventivo (alternativo) del concurso que se reguló en el derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, denominado «precurso», cuya figura se ha ido completando y, consolidando en nuestro Ordenamiento concursal como un auténtico procedimiento preventivo del concurso, tras las posteriores reformas concursales efectuadas. Por todo lo dicho, podemos concluir que desde la reforma concursal operada en el año

2009, el Derecho concursal español vuelve a «pivotar» en un sistema basado en la dualidad procedimental, de forma similar a lo que acontecía en el antiguo Derecho concursal derogado; por lo tanto, en la actualidad, contamos con un procedimiento preventivo del proceso concursal: «el denominado «preconcurso» (ex antiquo art. 5.3 y actual 5 bis LC) y, por otro lado, el propio concurso de acreedores, que se reserva para las situaciones de insolvencia más graves. Como podemos observar, el legislador concursal del año 2009, consciente o no de lo que realmente pretendía, dio un giro de ciento ochenta grados, configurando el sistema concursal español bajo una estructura similar a la que ya mostrara el viejo derecho concursal: la tan criticada «dualidad procedimental concursal» es decir, hemos vuelto a los esquemas del Derecho concursal anterior, regulando dos procedimientos alternativos para dar tratamiento legal a las situaciones de insolvencia (actual o inminente) o de preinsolvencia que se presenten: i) el procedimiento de concurso y, ii) el propio concurso de acreedores.

TERCERA.- La palabra «preconcurso» que hemos venido utilizando para definir al procedimiento judicial que se alberga tras el tenor literal del artículo 5 bis de la Ley Concursal, no ha sido elegida al azar, ni por mera influencia de la práctica forense ni de cierta parte de la doctrina científica especializada, sino que, entendemos que dicha expresión delimita perfectamente el tipo de procedimiento que el legislador ha instaurado: un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria –de corte preventivo–, cuya finalidad esencial es evitar el proceso concursal. Se trata de un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria que constituye al deudor en una nueva situación jurídica: la de concurso, donde se le concede un *spatium temporis* de tres meses, en el que el deudor solicitante intenta negociar con sus acreedores para reestructurar su pasivo mediante la suscripción de alguno de los negocios jurídicos que pone a disposición la norma, para evitar tener que instar la declaración judicial de concurso y entrar en un proceso jurisdiccional que, tal y como ha demostrado la práctica forense, deteriora aún más si cabe la situación económica patrimonial del deudor común, abocándole, en un gran número de

ocasiones, a la liquidación concursal. Por lo tanto, la expresión precurso viene a definir aquel procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria que se sustancia dentro de un periodo al que podemos denominar preconcursal, donde el deudor puede y debe llevar a cabo las actuaciones preventivas que le pone a disposición la norma, para poder remover o prevenir su estado de insolvencia, evitando, con ello, el proceso concursal (art. 5 bis 1 LC).

CUARTA.- A pesar del *nomen iuris* que le otorga la norma: «comunicación de negociaciones...» (art. 5 bis LC), la figura contenida en el tenor literal de dicho precepto a la que nosotros denominamos precurso, no es un mera comunicación formal dirigida a un juzgado; tampoco se puede decir que se trate de una especie de «audiencia previa» concursal tal y como se ha manifestado por la doctrina; asimismo, la estructura que perfila la redacción literal del artículo 5 bis, tampoco permite afirmar que se trate una medida cautelar o, de un auténtico proceso jurisdiccional. En este sentido, tampoco entendemos que la figura del precurso (ex art. 5 bis) deba ser entendida como una medida de saneamiento a los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública –Disp. Ad. 2ª de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal–. En puridad, la figura del precurso es, desde su nacimiento en el año 2009, un auténtico procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria cuya finalidad esencial es la de prevenir el proceso concursal. Desde la óptica del Derecho procesal, nos encontramos ante un procedimiento judicial preventivo cuya finalidad esencial es la de evitar el nacimiento de un ulterior proceso jurisdiccional: el «concurso de acreedores», mediante la negociación de cualquiera de los negocios jurídicos que pone a su disposición la norma, como por ejemplo la suscripción de: i) un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª y art. 71 bis 1 LC) o, ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC).

QUINTA.- Entendemos que en los dos primeros años de rodaje del precurso (2009-2011), a pesar de que inicialmente el texto de la norma no lo

preveía, el deudor que solicitaba el mismo para buscar adhesiones a una propuesta de convenio anticipado (arts. 106 y ss. LC), podría llevar, voluntariamente, en paralelo la negociación con ciertos acreedores profesionales de un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª), en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y, si en el plazo de tres meses alcanzase el mismo, consiguiendo –con ello– la remoción de la insolvencia, no tendría la carga procesal de instar el concurso en el mes hábil siguiente (ex antiquo 5.3 LC), al desaparecer el presupuesto objetivo del concurso, es decir, el estado de insolvencia actual (art. 2.2 LC). Por lo tanto, tal y como acabamos de exponer, el viejo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actualmente derogado), ya contenía, en puridad, un potencial procedimiento preventivo del concurso.

SEXTA.- A pesar de la innegable finalidad preventiva que se desprende del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis), entendemos que la finalidad del precurso puede operar de forma «dual», es decir de forma: i) preventiva y, ii) preparatoria o preliminar; entendemos que el precurso también podría ser considerado un procedimiento que sirva a determinados deudores como instrumento para preparar con garantías la posterior solicitud de declaración de concurso voluntario, funcionando, en ese caso, como un procedimiento judicial «preparatorio» o «preliminar» –finalidad preparatoria e instrumental–; sobre todo, en los casos en los que el deudor opte por solicitar el precurso para alcanzar, durante el plazo de tres meses de protección, las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (ex art. 106 y ss. LC). Por lo tanto, en estos casos, si el deudor consiguiera las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado, entraría al concurso con una propuesta de convenio «bajo el brazo» que sería aprobado en el seno del concurso en un tiempo relativamente corto, permitiéndole salir del concurso de forma rápida con un convenio concursal judicialmente aprobado, cuya ejecución garantizase, de alguna manera, la refinanciación y la viabilidad del deudor concursado.

SÉPTIMA.- Entendemos que el procedimiento de precurso se configura en nuestro ordenamiento jurídico como el instituto precurzal único. En nuestra opinión, entendemos que no es correcto hablar de instituciones precurzales en plural o, en sentido amplio, es decir, no es posible considerar a los acuerdos de refinanciación (Disp. Ad. 4ª y art. 71 bis 1 LC) ni al acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), como instituciones precurzales *stricto sensu*, pues, entendemos que dichas figuras carecen de autonomía propia para poder ser consideradas instituciones precurzales por sí mismas. Es cierto que la norma permite intentar ambas soluciones al margen de la solicitud de precurso, pero esa posibilidad prevista por la ley, no tiene sentido alguno, sobre todo, si se tiene en cuenta que solicitud de precurso previa a la negociación de: i) un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª y art. 71 bis 1) o, ii) para negociar un acuerdo extrajudicial, ofrece una serie de efectos de protección (procesales y sustantivos) que, a nuestro juicio, coadyuvan a que el deudor pueda llevar a cabo –con mayores garantías– la negociación de cualquiera de los negocios jurídicos anteriormente relacionados, a la hora de remover o prevenir su estado de insolvencia. En contra de lo que sostiene la gran parte de doctrina, opinamos que, tanto los acuerdos de refinanciación (Disp. Ad. 4ª y art. 71 bis 1 LC) como los acuerdos extrajudiciales de pago (arts. 231 y ss. LC), no son verdaderas instituciones precurzales, sino que, en puridad, son los diversos negocios jurídicos que puede y debe llevar a cabo el deudor con sus acreedores en el seno del precurso, es decir, durante los tres meses de protección que concede el mismo, el deudor negocia con sus acreedores la suscripción de un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª y art. 71 bis 1 LC) o de un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y ss. LC). Por todo ello, sostenemos que el procedimiento de precurso es el soporte procedimental idóneo para que el deudor pueda llevar a cabo –con todas las garantías– los negocios jurídicos que le permitirán remover o prevenir su estado de insolvencia, evitando tener que entrar en el concurso de acreedores para dar tratamiento a su estado de insolvencia, puesto que, como ya es sabido, el concurso, como cualquier otro proceso jurisdiccional, puede tener resultados difícilmente predecibles y, si

existe viabilidad para reestructurar o refinanciar fuera del mismo se evitan las consecuencias negativas que se pueda dar en el mismo. Con esta afirmación no estamos obviando la regulación de las especialidades de los acuerdos de refinanciación (Disp. Ad. 4ª y art. 71 bis 1 LC), ni la de los acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 y ss. LC), sino que éstas deben interpretarse en su conjunto de forma sistemática, en íntima conexión con el artículo 5 bis de la Ley Concursal, y aplicarse cada régimen como modalidad de tramitación en el seno del concurso. En este sentido, lo que venimos a decir es que cuando un deudor solicita el concurso para tratar de alcanzar un acuerdo de refinanciación en el seno del plazo de protección del concurso, serán de aplicación dentro del propio procedimiento de concurso, todas las especialidades reguladas tanto en el artículo 71 bis 1 o, en la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, puesto que éstas se convierten en auténticas modalidades, *rectius*: especialidades de tramitación que se absorben por la propia tramitación del concurso, beneficiándose –en todo caso– de los efectos de protección que se despliegan con la presentación de la solicitud del mismo. Por otro lado, también ocurre lo mismo con los acuerdos extrajudiciales de pagos, cuyas especialidades previstas en los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal, se aplican con todo rigor en el seno del concurso, convirtiéndose, por tanto, en una modalidad de tramitación dentro del mismo. Decimos que son modalidades o especialidades dentro del procedimiento de concurso, porque, tanto la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4ª) como la adopción de un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), no son procedimientos diferenciados del propio concurso (art. 5 bis), sino que se deben concebir como una verdadera extensión del mismo, es decir, el concurso es el soporte procedimental, cuya tramitación pueda mutar, dependiendo del negocio jurídico que se lleva a cabo por el deudor. Además, en apoyo a nuestra tesis, debemos afirmar, con todo rigor, que tanto el acto judicial de homologación judicial del convenio de refinanciación (Disp. Ad. 4ª) como la adopción de un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC), gozan de la misma

naturaleza jurídica que el precurso (ex art. 5 bis), es decir, ambos son actos o negocios de jurisdicción voluntaria y, por tanto, perfectamente compatibles y subsumibles en el procedimiento de precurso (art. 5 bis). Además, para afianzar esta conclusión, debemos añadir que el precurso (art. 5 bis) es un procedimiento, si se nos permite la expresión: de carácter «neutro» u inocuo, cuya sustanciación puede variar dependiendo del negocio jurídico que vaya a llevar a cabo el deudor en el mismo; las especialidades que introducen: i) el acuerdo de refinanciación (Disp. Ad. 4^a); ii) el acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC) o, iii) la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, son especialidades que se adaptan perfectamente a los tiempos de tramitación del precurso (art. 5 bis), siendo «absorbidas» por el mismo, convirtiéndose en auténticas modalidades o especialidades de tramitación dentro del procedimiento (art. 5 bis).

OCTAVA.- Es cierto que el tenor literal del artículo 5 bis de la Ley Concursal no exige – tampoco lo exigía el tenor literal derogado artículo 5.3 – que el deudor deba probar todos los extremos (presupuestos y requisitos) que aduce en la solicitud de precurso y, así, en este sentido, se pronuncia la mayoría de la doctrina científica y la jurisprudencia; pero, a nuestro juicio, entendemos que el procedimiento de precurso no debe ser entendido como un procedimiento en el que «todo valga» sin control alguno, es decir, en el que cualquier manifestación, incluso aunque sea incierta, permita a un deudor «cobijarse» tras la situación jurídica de precurso, sin acreditar, al menos de forma indiciaria, ninguno de los hechos que declara o manifiesta en su solicitud de precurso (art. 5 bis 1). En esta línea, entendemos que el procedimiento de precurso no puede convertirse – si se nos permite la expresión – en un «subterfugio» inaceptable, al que cualquier deudor *in malam partem* (sin viabilidad empresarial alguna), pueda acceder para «cobijarse» bajo sus efectos de protección en perjuicio de sus acreedores ordinarios.

Ante tal inaceptable situación, entendemos que se debe evitar, en todo caso, que cualquier deudor «desaprensivo» y de mala fe (que no presente un mínimo

«atisbo» de viabilidad empresarial), pueda acceder a la situación jurídica de precurso con la mera solicitud (art. 5 bis 1), sin necesidad de acreditar ninguno de los presupuestos o requisitos declarados en la solicitud del mismo, prolongando y ocultando bajo los efectos de protección del precurso – indebidamente activados– su verdadero estado de insolvencia, sin ninguna intención de negociar nada con los acreedores, ni de presentar, siquiera, una propuesta de convenio anticipado; en estos casos, en los que el deudor sólo busca «cobijarse» tras los efectos de protección que se desprenden del precurso, para beneficiarse «vilmente»: i) de la suspensión de su deber de solicitar la declaración de concurso y, por ende, de la responsabilidad por incumplir su deber de sol, ii) del bloqueo de las solicitudes de concurso necesario o, iii) de la suspensión de determinadas ejecuciones contra su patrimonio (art. 5 bis 4 LC). El deudor no puede utilizar el precurso (art. 5 bis) como una simple «huida hacia delante», postergando su declaración judicial de concurso voluntario, hasta un máximo de seis meses (2+3+1 meses), sin intención alguna de negociar en el seno del precurso, por lo tanto, el deudor se está acogiendo a dicho procedimiento de forma fraudulenta, ya que está comunicando al juez que solicita el precurso para negociar: i) un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Ad. 4ª LC); ii) un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y ss. LC) o, iii) adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (arts. 106 y ss. LC), sin tener ninguna intención de llevar a cabo negociación alguna, y, lo que es más grave, dicho deudor se encuentra en una situación de insolvencia tan delicada (sin viabilidad empresarial) que, en lugar de haber solicitado la declaración judicial de concurso voluntario (art. 5.1), se encuentra «agazapado» bajos los efectos de protección del precurso (art. 5 bis), sin llevar a cabo la conducta debida –la negociación con los acreedores– en el seno de dicho procedimiento (ex art. 5 bis), que en puridad, es la actividad que realmente justifica la incoación del procedimiento de precurso (art. 5 bis). En estos casos el deudor se encontraría bajo la situación jurídica de precurso y, probablemente, con dicha conducta esté deteriorando el valor de sus activos y,

por consecuencia, agravando su estado de insolvencia hasta «cotas insospechadas», lo que consecuentemente provocará que dicho deudor inste – posteriormente – la solicitud de declaración de concurso voluntario, presentando un situación económico financiera verdaderamente lamentable o «ruinosa», difícilmente recuperable, y, por tanto, abocado a la liquidación en el seno del concurso.

NOVENA.- En virtud de lo anterior, debemos afirmar, con todo rigor, que el procedimiento de precurso debe ser un procedimiento preventivo para deudores que presenten, al menos, cierta viabilidad a corto o medio plazo, porque si se permite que cualquier deudor in malam partem – que no presente viabilidad alguna que le permita conservar su actividad en el tráfico jurídico –, acceda al precurso sin acreditar – al menos, de manera indiciaria – ningún extremo de los aducidos en su solicitud (art. 5 bis 1), este procedimiento puede convertirse en una especie de «subterfugio» inaceptable en el que todo valga con tal de obtener los beneficios (efectos de protección) que se desprenden del precurso, ya que habrá muchos deudores que caigan en la tentación de acogerse al precurso sin ninguna intención de negociar con los acreedores, ni de presentar una propuesta de convenio anticipado, sino que estos sólo buscan acogerse a la situación de precurso para beneficiarse de los efectos de protección que se despliegan con la misma solicitud (art. 5 bis LC). Por lo tanto, en nuestra opinión, al precurso se debe configurar como un facultad reservada para los deudores viables, al menos en el corto o medio plazo; y, además, éstos, a la hora de solicitar el precurso deberían acreditar, al menos indiciariamente, con un principio de prueba, los siguientes extremos: a) el estado de insolvencia al momento de la solicitud; b) que se han iniciado las negociaciones con sus acreedores; c) que no está incurso en ninguna de las prohibiciones para presentar propuesta de convenio anticipado (arts. 105 y ss. LC); para acreditar los anteriores extremos, tal y como hemos dicho antes, no se requiere una prueba plena, sino que es suficiente con aportar un mínimo principio de prueba (prueba semiplena) que sirva al letrado de la Administración de Justicia (LAJ), para verificar de manera indiciaria que

concurrir dichos presupuestos y requisitos. Por otro lado, además de lo anterior, entendemos que el deudor deberá acreditar o justificar su legitimación activa para poder incoar el procedimiento de concurso (arts. 3.1 LJV; 3.1 y 5 bis y 231 LC) y, la competencia objetiva y territorial (arts. 16 LJV, 5 bis 1, 8 y 10 LC). Por lo tanto, si el deudor no acreditara ninguno de los extremos que indicamos arriba el letrado de la administración de justicia tendría por no presentada la solicitud y archivaría las actuaciones que se hubieran llevado a cabo (art. 16.4 LJV). Es cierto que del artículo 2 la Propuesta de Directiva de reestructuración y segunda oportunidad de 22 de noviembre, parece desprenderse que la moratoria o stay preconcursal se concede ipso iure, es decir, la solicitud se llevará a cabo ante un órgano judicial o administrativo, sin que el deudor deba acreditar ningún extremo, pero, esto, a nuestro juicio, es un craso error, porque por mucho que se sostenga que existirá un control a posteriori como en el caso del concurso español (cuyo control se llevará a cabo en la sección de calificación del posterior concurso), ¿de qué vale dicho control a posteriori, si un deudor in malam partem consigue hacerse valer de una moratoria o de la situación jurídica de concurso, beneficiándose de los efectos de protección, mientras que se dedica a despatrimonializar la compañía, sin realizar tampoco ningún acto o actuación tendente a remover su estado de insolvencia?

DÉCIMA.- El procedimiento de concurso puede definirse como aquella potestad o facultad exclusiva del deudor que, cuando decide ejercitarla, pone en marcha un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, a través del cual el deudor ejercita un derecho potestativo al cambio, constituyéndose en una situación jurídica nueva: «la situación jurídica de concurso», en la que el deudor cuenta con un spatium temporis o plazo de protección de tres meses más uno (3+1 meses), para llevar a cabo las negociaciones encaminadas a alcanzar cualquiera de los diversos negocios jurídicos que la norma pone a disposición del deudor (ex art. 5 bis 1 LC). En realidad, lo que el deudor ejercita al formular la solicitud de concurso (ex art. 5 bis), es una facultad o derecho potestativo al cambio jurídico, es decir, solicita que se le sitúe en la situación

jurídica nueva: «la situación de precurso», en la que se despliegan un serie de efectos de protección para el deudor: i) el aplazamiento o la suspensión de la carga procesal del deber de solicitar el concurso voluntario (ex art. 5.1 LC); ii) la exclusión de las solicitudes de concurso necesario instadas por terceros legitimados distintos del deudor (art. 3.1 LC); iii) La prohibición de iniciar determinadas ejecuciones singulares (judiciales o extrajudiciales) o, la suspensión de determinadas ejecuciones singulares (judiciales o extrajudiciales) durante el plazo de protección de tres meses que le concede el precurso (art. 5 bis LC). La activación de los anteriores efectos jurídicos de protección (ex arts. 5 bis y 15.3 LC), hacen que el deudor tenga la posibilidad de negociar durante tres meses con sus acreedores al margen de toda ejecución singular instada por los acreedores o, de cualquier solicitud de concurso necesario instada por cualquier tercero legitimado distinto del deudor.

UNDÉCIMA.- De forma complementaria al control judicial que proponemos, sería necesario que tras la puesta en marcha del precurso se pudiera nombrar (facultativamente), a un supervisor especialista en la materia, para que éste pudiera asistir y supervisar las negociaciones con los acreedores, constatando que las negociaciones se llevan a cabo de forma efectiva (sobre todo las dirigidas a alcanzar un acuerdo de reestructuración o de refinanciación –Disp. Ad. 4ª y art. 71 bis 1 –) y, además, constatando que las suspensiones de las ejecuciones interesadas por el deudor en el seno del precurso no se hubieran solicitado en perjuicio de los acreedores intervinientes, que ya de por sí, deben soportar las consecuencias de la solicitud de precurso (ex art. 5 bis). Además, este supervisor nombrado o designado de forma facultativa podría asumir la función de asistencia y supervisión en la elaboración del plan de viabilidad o de continuidad que debería presentar el deudor para poder acogerse al precurso, de esta manera se podría garantizar, con la participación de un tercero ajeno (independiente), un verdadero equilibrio entre el deudor y los acreedores participantes. De forma similar parece pronunciarse la Propuesta de Directiva de reestructuración y segunda oportunidad de noviembre de 2016, que introduce la posibilidad de nombrar a un supervisor en

los casos en los casos en los que el deudor pretenda obtener una moratoria precurso con la suspensión general de todas las ejecuciones en curso (art. 5.1, 2 y 3 Propuesta).

DUODÉCIMA.- Haciendo una detenido análisis de las diversas y consecutivas reformas que ha sufrido el artículo 5 bis de la Ley Concursal, podemos llegar a la conclusión de que el legislador se percató de que el precurso (ex art. 5 bis), era una de las piezas clave a la hora de dar solución a las situaciones de insolvencia –o de preinsolvencia– de las empresas, como lo demuestra el hecho de que dicho precepto ha sido reiterada y consecutivamente modificado en las últimas reformas concursales llevadas a cabo durante los años, 2013, 2014 y 2015. Las modificaciones sufridas por el artículo 5 bis de la Ley Concursal, han completado el procedimiento de precurso, llegándolo a configurar como un verdadero procedimiento judicial preventivo que sirva para que las empresas se puedan acoger al mismo con el objeto de refinanciar o reestructurar su pasivo, evitando el concurso de acreedores; por lo tanto, su finalidad esencial es la preventiva del proceso concursal ulterior. Asimismo, la alternatividad que se pueda predicar del precurso se manifiesta en la medida de que dicho procedimiento comparte presupuesto objetivo con el propio concurso de acreedores (art. 2 LC) y, por tanto, un deudor en estado de insolvencia actual o en estado de insolvencia inminente, puede optar por acudir a la solución concursal o, si el mismo presenta unos mínimos estándares de viabilidad a corto o medio plazo, podrá optar por acudir al precurso (art. 5 bis), para negociar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos que le permita: i) salir del estado de insolvencia, ii) ejecutar el acuerdo en los extremos que se hayan pactado y, además, iii) conservar su actividad profesional o empresarial; es por ello, por lo que el precurso debe concebirse para dar tratamiento legal a las situaciones precursoales de los deudores que, al menos, presenten cierto margen de viabilidad a corto o medio plazo. En definitiva, podemos concluir que el procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC) debe estar reservado sólo y exclusivamente para deudores que presenten cierta viabilidad a corto o medio plazo, puesto que, si el deudor que pretende

acogerse al precurso no presenta viabilidad alguna y su situación de insolvencia es «bochornosa», la alternativa que pudiera representar el procedimiento de precurso con respecto al concurso quedaría relegada, pues, en ese caso, el deudor que es consciente de que no está en condiciones financieras de alcanzar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos en el seno del precurso, debería instar directamente la solicitud de declaración de concurso (art. 5.1), ya que si no está en condiciones financieras de llevar a cabo una negociación con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos en el seno del precurso, sería inconexo permitir a estos deudores prolongar –hasta seis meses (2+3+1)– su situación de insolvencia, «parapetados» bajo la situación jurídica de precurso, si de antemano son conscientes de que no van a lograr siquiera alcanzar las adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado o, un acuerdo de refinanciación o, un acuerdo extrajudicial de pagos. Si se permitiese a estos deudores acogerse a la situación jurídica de precurso, presumiblemente, estarían acogiéndose al instrumento procedimental incorrecto a la hora de dar solución a su situación de insolvencia, pues, el tiempo de tramitación del precurso, provocaría un grave deterioro de valor de los activos del deudor que, posteriormente, tras la tramitación del precurso, entraría en un concurso posterior con una situación financiera realmente lamentable y, abocado definitivamente a la liquidación concursal.

DÉCIMOTERCERA.- Como ya hemos dicho, uno de los efectos de protección más importantes que se desprende del procedimiento de precurso es la facultad que tiene el deudor de pedir la suspensión de determinadas ejecuciones en su propia solicitud de precurso. Pero esta facultad de solicitar la suspensión que se le concede al deudor, no es de aplicación a todos los procedimientos de ejecución, sino que existe un límite objetivo infranqueable: la suspensión de las ejecuciones no será de aplicación a las ejecuciones judiciales o extrajudiciales –ya sean potenciales o en curso– cuyo objeto sea hacer efectivo créditos de Derecho público; en este sentido, según el tenor literal de la norma,

el deudor no podrá pedir la suspensión de todas aquellos procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivo créditos de Derecho público, ya sean judiciales o extrajudiciales, o, estén latentes o en curso. Con respecto a este privilegio de la Administración en el seno del procedimiento de concurso, entendemos que debía ser abolido por el legislador, puesto que, entendemos que en dicha fase concursal es el momento en el cual, el deudor más necesita paralizar o suspender las ejecuciones que se dirijan frente a su patrimonio, para obtener cierto margen temporal de respiro y tranquilidad en el que poder llevar a cabo con toda garantía las negociaciones con los acreedores. No alcanzamos a entender por qué razón se ha mantenido este privilegio de la Administración, puesto que si lo que realmente se quiere es que el deudor que se acoja al concurso consiga re-financiar o reestructurar su pasivo, es necesario que se suspendan y no se puedan incoar, al menos durante el plazo de protección de tres meses, todas las ejecuciones que estén en curso o se vayan a incoar inminentemente. Si, finalmente no se aboliera dicho privilegio, dichas ejecuciones, seguirán su curso y podrían esquilmar el patrimonio del deudor (sobre todo las que estén más avanzadas), agravando la situación de insolvencia del deudor y, por tanto, impidiendo que pueda remover su estado de insolvencia. Ante los problemas que se plantean con respecto a la suspensión de las ejecuciones, nosotros entendemos que sería más lógico introducir una medida similar a la que se regula en el Derecho concursal norteamericano en el procedimiento de la reorganization (*chapter 11 USC*), en el que una vez declarada la apertura del procedimiento y, hasta que éste acaba, los acreedores ven automáticamente suspendida su capacidad de ejercitar acciones judiciales adicionales frente al deudor que persigan el cobro de sus créditos o hacer valer sus derechos; esta suspensión automática garantizaría la continuación de la actividad empresarial o del negocio, mientras que el deudor y los acreedores se sientan a negociar la posible suscripción de un acuerdo de reestructuración de pasivo.

DÉCIMO CUARTA.- Con respecto a las propuestas de lege ferenda y a las de reforma futuras que vienen acechando desde el Derecho de la Unión europea

según se desprende de la Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad de 22 de noviembre de 2016, parece que la Comisión europea pretende instaurar en todos los Estados miembros un homogéneo procedimiento preventivo del proceso concursal para que los deudores pueda reestructurar y refinanciar su pasivo fuera del proceso concursal; como hemos podido observar en la Propuesta de Directiva europea de 22 de noviembre de 2016, las características o directrices sobre el stay o moratoria preconcursal que se pretende instaurar en los Estados miembros, siguen el estilo del procedimiento de precurso español, es decir, si nos fijamos detenidamente, parece que el legislador europeo ha seguido el modelo del precurso español, al que introduce algunas novedades y modificaciones que pueden, de alguna manera, mejorar la operatividad de dicho procedimiento preventivo en todos y cada uno de los Estados miembros donde se pretende que se regulen este tipo de procedimientos (arts. 6 y 7 de la Propuesta de Directiva de reestructuración o refinanciación, de 22 de noviembre de 2016). En nuestra opinión, el legislador español a parte de adaptarse, cuando proceda, a las directrices que se impongan en la futura Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad, que finalmente se materialice, debería también modificar ciertas cuestiones en el artículo 5 bis de la Ley Concursal, para conseguir que el precurso se convierta en un auténtico procedimiento preventivo, impidiendo que el mismo se pueda utilizar por los deudores in malam partem de forma fraudulenta, simplemente para retrasar la solicitud de declaración de concurso, sin ninguna intención de negociar en el seno del precurso, bajo los efectos de protección que se despliegan con la solicitud de precurso.

DÉCIMOQUINTA.- En primer lugar, el legislador español debería dedicar esfuerzos a modificar el artículo 5 bis, estableciendo una especie de «control de admisión» al precurso (art. 5 bis LC), es decir, el precurso, a pesar de tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (de corte preventivo) no debe ser destinado a todo tipo de deudor, sino que debe ser un procedimiento reservado a los deudores que presenten un mínimo «estándar» de viabilidad o

continuidad empresarial a corto o medio plazo; el precurso no puede ser un «subterfugio» inaceptable al que todo deudor pueda acogerse sin más, con la mera presentación de la solicitud, sin tener la carga de acreditar – con un mínimo principio de prueba – todos los extremos que aduce en su solicitud de precurso. En estos momentos, según el tenor literal del precepto parece que todo vale, cualquier deudor se acoge a la situación jurídica de precurso, sin ningún tipo de control, y, en muchas ocasiones, esos deudores ni siquiera tienen intención de negociar nada con sus acreedores en el seno del precurso; por lo tanto, en estos casos, el finalidad y el objeto del procedimiento de precurso se desvirtúan, ya que serviría no tanto para reestructurar o refinanciar el pasivo del deudor, sino que el mismo se convertiría en una especie de «parapeto inaceptable» que serviría de barrera de protección a los deudores de mala fe que se cobijaran en el mismo, con el fin de encubrir su estado de insolvencia (deteriorando o depreciando el valor de sus activos durante la tramitación del precurso), con la única intención de retrasar o prolongar en el tiempo – premeditadamente – su solicitud de declaración judicial de concurso.

En definitiva, y como propuesta *lege ferenda*, nosotros entendemos que la norma debía exigir al deudor que pretenda solicitar el precurso (ex art. 5 bis LC), acreditar, al menos con un mero *principio de prueba*, los extremos que se aducen en la solicitud: i) la situación de insolvencia en la que se encuentra; ii) que ha iniciado las negociaciones con sus acreedores; iii) que no se encuentre incurso en ninguna de las prohibiciones para presentar propuesta de convenio anticipado (art. 105 LC); iv) el deudor deberá declarar que no ha instado una solicitud de precurso durante el año anterior a la presente solicitud, cuyo extremo (declaración) será controlada por el letrado de la Administración de Justicia, a través de la página web del Registro Público Concursal.

DÉCIMOSEXTA.- Por otro lado, otra de las medidas que sugerimos de *lege ferenda*, a la hora de acabar del uso fraudulento del precurso, sería la de exigir al deudor la presentación de una plan de viabilidad que, de alguna

manera, garantizara la continuidad del deudor a corto o medio plazo; dicho plan de continuidad podrá ser llevado a cabo por un interventor o auditor, y en el que debería aparecer una relación de los bienes, activos o derechos que se van a utilizar para ejecutar el acuerdo o el plan de pagos que se pacte. Con este requisito se podría hacer un especie de «purga» a nuestro juicio necesaria, puesto que si así lo estableciera el legislador español, los deudores in malam partem que tengan la tentación de acudir al precurso sin ninguna intención de negociar con los acreedores, seguirían utilizando el precurso de forma fraudulenta, con el objeto de retrasar la solicitud de declaración de concurso, beneficiándose de los efectos de protección que se desprenden del precurso, y situándose bajo la cobertura del mismo, a resguardo de las solicitudes de concurso necesario y, de determinadas ejecuciones que será suspendidas, al menos hasta que se tramita el precurso.

DÉCIMOSEPTIMA.- Según los artículos 6 y 7 de la propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad de 22 de noviembre de 2016, dictada por la Comisión europea, se pretende instaurar en todos los Estados miembros una moratoria preconcursal o *stay*, como procedimiento preventivo del concurso de acreedores, al estilo del precurso español, aunque, es cierto que la pretendida moratoria, combina algunos elementos característicos del procedimiento de *reorganization* (Chapter 11 del Bankruptcy Code). Con respecto a las ejecuciones, el sistema que se propone es muy flexible, versátil y completo, puesto que la suspensión de las ejecuciones se puede amoldar a cada situación o caso concreto. Por un lado, se prevé la posibilidad de suspender todas las ejecuciones instadas por todos los acreedores sin excepción alguna (incluidos acreedores con privilegio general o especial). Por otro lado, se permite suspender de forma general las ejecuciones, excluyendo a determinados acreedores o clases de acreedores, que pasarían a ser los acreedores no afectados por la suspensión que permite la moratoria preconcursal (art. 6.9); finalmente, estaría la opción de suspensión individual a determinados acreedores, debido a que no es necesario imponerla con carácter general, porque ya haya un grupo de acreedores que hayan aceptado una

suspensión de forma voluntaria (art. 6.2), o se hayan comprometido con un pacto *stand still agreement* (Según proyecta el proyecto de directiva sería posible modificar el alcance de la suspensión durante su vigencia una vez haya sido declarada por el tribunal). A nuestro juicio, a pesar de las posibilidades y la flexibilidad que presenta el modelo proyectado por la Comisión europea, entendemos que lo más idóneo sería que en el precurso se introdujera un modelo auténtico al estilo del *automatic stay* norteamericano (Chapter 11 Bankruptcy Code), que desde el mismo momento el que declara la apertura del procedimiento de la *reorganization*, todas las ejecuciones en curso o (inminentes) en deberían suspender durante el plazo de protección de tres meses, incluidas las que persigan la realización de créditos de Derecho público, salvo las que persigan créditos laborales, como así sostiene la Propuesta, en aras a no perjudicar el cobro de los salarios o las indemnizaciones de los trabajadores.

DÉCIMOCTAVA.- Otra de las cuestiones que nos parece interesante resaltar a la hora de proponer medidas de *lege ferenda* que puedan mejorar el procedimiento de precurso español, es la idea que viene introduciendo la Propuesta de Directiva de reestructuración y segunda oportunidad, de 22 de noviembre de 2016, es la «desactivación» de las denominadas «*ipso facto clauses*», es decir, las conocidas cláusulas de resolución o terminación de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, cuando se adopte la moratoria precurso (art. 7.5 de la Propuesta). Es cierto que, cuando el legislador español, siguiendo las directrices de la futura Directiva, introduzca la posibilidad de desactivación de las *ipso facto clauses* en el precurso español (art. 5 bis LC), dicha medida podría coadyuvar a que el deudor pueda llevar a cabo las negociaciones con sus acreedores en el seno del precurso con garantías de éxito, puesto que si se permite, sin más, que los terceros con los que contrata el deudor puedan resolver o extinguir su relación contractual con el deudor por el mero hecho de que este último se acoja al precurso (ex art. 5 bis), se extinguirían relaciones contractuales, cuya vigencia durante el periodo de negociaciones en el seno del precurso podría ser vital para que el deudor pueda conservar su actividad profesional o

empresarial. Por lo tanto, si finalmente ve la luz la directiva de reestructuración y segunda oportunidad, el legislador español, podrá incluir esta posibilidad en el concurso español y, en ese caso, cuando se haya solicitado el concurso por parte de un deudor que sea parte en un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, no se podrán suspender, extinguir, finalizar o modificar los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, por el mero hecho que una de las partes contratantes se haya acogido a la situación jurídica de concurso (incumplimiento resolutorio).

Por otro lado, en lo que respecta a las novedades proyectadas por la propuesta de 22 de noviembre de 2016, es la que se prevé en el artículo 7.6 de la Propuesta, en la que se prevé que la moratoria concursal pretendida (desde Europa), incluso, también puede tener efectos en las cláusulas de resolución o suspensión contractual conectada a los incumplimientos que se den con anterioridad al inicio de la moratoria temporal; entendemos que esta segunda posibilidad sería excesiva en el concurso español (art. 5 bis), puesto que si se entiende que el concurso no debe identificarse con la solicitud de declaración de concurso, y, si los incumplimientos del deudor son anteriores incluso a la solicitud de concurso, no vemos coherente obligar a un tercero contratante de buena fe (que ha incumplido su obligación dentro de la relación contractual), a no poder resolver o extinguir el contrato ante el evidente incumplimiento de la contraparte, durante la tramitación del concurso (art. 5 bis), solicitado por el deudor, por lo tanto, si se admite esta medida, se podría obligar a un tercero de buena fe a continuar en la relación contractual, a pesar del incumplimiento del deudor (anterior a la solicitud de concurso). A nuestro entender, creemos que esta medida es algo desproporcionada, puesto que la parte in bonis de un contrato, ante el incumplimiento de la contraparte podría resolver o extinguir unilateralmente el contrato suscrito con el deudor, por la vía de la «excepción de contrato no cumplido» (*exceptio non adimpleti*) y, obligarle al mismo a mantenerse en la relación contractual suscrita frente al deudor (que ya de antemano ha incumplido con su obligación), que se encuentra en la situación jurídica de concurso, podría entenderse como una cuestión contraria a

derecho, puesto que, el deudor todavía no ha solicitado la declaración judicial de concurso, para poderle obligarle a mantener la vigencia el contrato con obligaciones recíprocas (art. 61 LC) y, por ello, creemos que dicha opción no debía ser acogida por el legislador europeo y, mucho menos, por los legisladores nacionales, al ser una medida desproporcionada que desequilibra todos los intereses en juego en pro del deudor que solicita el precurso.

En conclusión, si esta medida si se aplicara en el precurso español (art. 5 bis), se impediría *ipso iure* la suspensión, la resolución, la terminación o la modificación de los contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento durante el procedimiento de precurso y, esto, podría ser de gran ayuda al deudor, para que pudiera seguir o continuar con su actividad profesional o empresarial mientras lleva a cabo las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o de reestructuración, por lo tanto seguiría obteniendo ingresos con los que poder cumplir o ejecutar, con toda garantía, los extremos pactados en el acuerdo con sus acreedores.

DÉCIMONOVENA.- Entendemos que el carácter reservado de la solicitud de precurso (art. 5 bis 3 LC) no cumple las funciones esperadas del mismo; creemos que la confidencialidad pretendida por parte de los deudores que solicitan la solicitud reservada de precurso (art. 5. Bis 3 LC), quiebra, como es obvio, en los casos en los que se haya solicitado el mismo para intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss.), o, en los casos en los que se busquen adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss. LC). Además, el carácter reservado de la solicitud de precurso español (art. 5 bis 3 LC), no casa bien con los postulados del nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia 848/2015, de 20 de mayo, que estará en vigor desde el veintiséis (26) de junio del presente, pues, para que los efectos del precurso tengan carácter extraterritorial, es decir, sean reconocidos en cualquier Estado miembro (reconocimiento recíproco), el procedimiento de precurso no puede ser confidencial o reservado (ex art. 5 bis 3 LC), sino que el mismo debe estar sometido a publicidad, y por ende, el

extracto de decreto del Letrado de la Administración de Justicia, debe ser publicado en el Registro Público Concursal (art. 5 bis 3-I LC). Si no fuera así, los efectos del procedimiento de concurso tendrían efectos territoriales, es decir, sólo y exclusivamente en el territorio español, por lo tanto, esta facultad de poder solicitar el carácter reservado (art. 5 bis 3 LC), quedaría, de forma residual, para los deudores nacionales que no se enfrenten a un procedimiento de insolvencia transfronterizo sometido al régimen del Reglamento UE 848/2015, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia.

VIGÉSIMA.- La última reforma concursal llevada a cabo en 2015, habilitó al Gobierno para elaborar la refundición del texto de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Por ello, en el mes de abril de 2016, el Ministerio de Justicia encargó un borrador de Texto Refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, al profesor ROJO, pero dicho texto, como era obvio, no pudo ser aprobado en el año 2016 al estar el Gobierno «en funciones». Tras formarse Gobierno, el borrador de Texto refundido elaborado por el profesor ROJO se presentaría en este año, probablemente para el mes de junio de 2017, por lo que es más que probable, si todo va bien, que tras el procedimiento legislativo que siga dicho borrador del texto refundido de Ley Concursal durante todo este año 2017, tengamos una nueva Ley Concursal para el año 2018. Ante dicha situación, y en este margen temporal, el legislador español tendrá la oportunidad de poder introducir, entre otras, modificaciones en el procedimiento de concurso (art. 5 bis) en la línea de las propuestas de *lege ferenda* que hemos ido esbozando en las presentes conclusiones.

A continuación, presentamos un serie de propuestas de reforma *lege ferenda* hacia nuestro legislador, para que sopesen la introducción de algunas ideas novedosas e innovadoras cuya aprobación podría coadyuvar a consolidar el procedimiento de concurso, configurando al mismo como la única institución concursal del sistema español, que sirva de instrumento efectivo a los deudores para que puedan refinanciar o reestructurar su pasivo en el seno

del mismo, sin tener que acudir a la solución concursal que, como todo proceso jurisdiccional, siempre conlleva consecuencias impredecibles. Como decíamos más arriba, éstas son algunas de las propuestas que entendemos debían ser abordadas e incluidas en el nuevo texto refundido de la Ley Concursal:

- a) En primer lugar, el legislador debe convencerse de que el procedimiento de precurso albergado en el artículo 5 bis de la Ley Concursal es la institución preconcursal única de nuestro sistema y, que el mismo, es el soporte procedimental a través del cual el deudor puede llevar a cabo los negocios jurídicos que la norma pone a su disposición: i) la suscripción de un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Ad. 4^a); ii) la consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC); o, iii) la búsqueda de adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (arts. 106 y ss. LC). ¿Qué es, por tanto, el precurso?; el precurso es un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria (de finalidad preventiva); en el momento en el que el deudor ejercita la facultad de solicitar el precurso (ex art. 5 bis LC), se coloca en una nueva situación jurídica de protección: la situación jurídica de precurso (art. 5 bis), beneficiándose de todos los efectos de protección (procesales y sustantivos) que se dependen de la solicitud del mismo, cuya vigencia garantiza, de alguna forma, la protección y la buena marcha de las negociaciones llevadas a cabo por el deudor en el seno del precurso durante la moratoria temporal que concede el mismo (2+3+1). En íntima relación con todo lo anterior, el legislador tiene que tomar consciencia de que tanto la homologación de acuerdos de refinanciación (Disp. Ad. 4^a), como la consecución de los acuerdos extrajudiciales de pago (arts. 231 y ss.) son meros procedimientos, o, si se quiere, actos de jurisdicción voluntaria (al igual que lo es el procedimiento de precurso) que por sí solos no pueden ser considerados instituciones preconcursales *stricto sensu*, pues, a nuestro juicio, para garantizar su objetivo requieren de la

funcionalidad, operatividad e instrumentalidad del procedimiento de precurso (ex art. 5bis LC); por ello, haciendo un interpretación sistemática de las diversas normas en juego (arts. 5 bis; art. 15.3; 71 bis 1; 231y ss.; Disp. Ad. 4ª LC), los negocios jurídicos que ellas contienen deben ser integrados en el propio procedimiento de precurso (art. 5 bis), convirtiéndose las mismas en las distintas modalidades de tramitación del mismo. El precurso como institución preconcursal única y, por ende, como procedimiento neutral o inocuo, absorbe a los negocios jurídicos que el deudor puede llevar a cabo en el seno de la moratoria temporal (acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pago o búsqueda de adhesiones suficientes para una propuesta de convenio anticipado), por lo que éstos quedan realmente subsumidos en el procedimiento de precurso. Por todo lo anterior, el legislador debería reformar la Ley, invocando una interpretación sistemática de todos los preceptos íntimamente relacionados con el artículo 5 bis de la Ley Concursal, para configurar, por fin, un completo y genuino Derecho preconcursal.

- b) En segundo lugar, aprovechando que en estos momentos el legislador se encuentra elaborando un texto refundido de la Ley Concursal, cuyo objeto es la ordenación, recolocación y sistematización del texto actual de la misma, proponemos al legislador la introducción de un completo e innovador Título Preliminar (anterior o previo) al actual Título I: *De la declaración de concurso*, en el que se regulen los contenidos preconcursales albergados en los artículos: 5 bis; 15.3; 22.1-II; 71 bis 1; 106 y ss.; 231 y ss.; Disp. Adicional 4ª, y arts. 231 y ss., de la Ley Concursal, puesto que dichos preceptos que están íntimamente conectados al precurso, se encuentran dispersados por distintos títulos de la Ley, y, por tanto, sería deseable que estuvieran regulados de forma coherente en el mismo título bajo la posible denominación: situaciones preconcursales o, tratamiento a las situaciones preconcursales.

- c) Otra de las cuestiones que no debía dejar escapar el legislador español, si quiere aprovechar la oportunidad actual de elaboración del texto refundido de la Ley Concursal, es, como ya ha invocado la doctrina²⁵¹³, la de reformar el contenido del artículo 5 bis, sobre la necesidad de establecer un control de oficio la competencia judicial en el procedimiento de precurso, al estilo del artículo 4 del Reglamento UE 848/2015, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, que como es sabido entrará en vigor el próximo 26 de junio del presente. También sería interesante, introducir la posibilidad al deudor, a los acreedores o, a otros terceros de poder impugnar el decreto por el cual se tiene por presentado el precurso por falta de competencia judicial, en la misma línea que se regula el artículo 5 del Reglamento Europeo de Insolvencia 848/2015, de 20 de mayo.

Asimismo, para ir concluyendo, según hemos podido observar, el artículo 5 bis que regula el procedimiento de precurso ha sido objeto de numerosas reformas durante estos últimos años, lo que, a nuestro entender, nos indica que legislador se ha convencido del importante instrumento que ha configurado al servicio del deudor: que produce beneficios tanto al deudor como a los acreedores, puesto que si el deudor que solicita el precurso es un deudor viable a corto/medio plazo, desde un punto de vista económico y empresarial, se consigue establecer un equilibrio entre los intereses del deudor y los intereses de los acreedores. A nuestro juicio, entendemos que el precurso es la piedra angular del sistema preconcursal ideado por el legislador y, que se convierte en la herramienta clave para que todo deudor con cierto grado de viabilidad a corto/medio plazo pueda refinanciar o reestructurar su pasivo, removiendo o previniendo su estado de insolvencia, con la consecuente evitación del proceso.

²⁵¹³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales en el Reglamento Europeo de insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen», en *RdCyP*, n. ° 22, 2015, pp. 102-103.

En plena conexión con todo lo anterior, hay que decir que, a pesar de que en la doctrina se ha llegado a afirmar que en el Derecho español no hay un procedimiento preconcursal como institución autónoma propia, sino que existen una suma de preceptos dispersos en la Ley Concursal que conforman de modo algo burdo esa institución²⁵¹⁴, nosotros pensamos todo lo contrario; como hemos defendido a lo largo de todo este trabajo nosotros sostenemos la existencia de un genuino y autónomo procedimiento preconcursal en el seno de la Ley Concursal, se trata del procedimiento de precurso albergado en el artículo 5 bis, que, como ya hemos reiterado, se debe entender como el instituto preconcursal único, y, que debe interpretarse de forma sistemática con los artículos: 15.3; 22.1; 71 bis 1; 106 y ss.; Disp. Ad. 4ª; 231 y ss., de la Ley Concursal), pue, en dichos preceptos, se vienen a regular los efectos y los diversos negocios jurídicos que puede llevar a cabo el deudor en el seno del procedimiento de precurso (ex art. 5 bis LC).

Para culminar este trabajo, podemos afirmar, con todo rigor, que el procedimiento precurso (ex art. 5 bis LC) se ha consolidado como el instituto preconcursal único dentro del Derecho concursal español que, en todo caso, sirve de soporte procedimental para que el deudor pueda llevar a cabo la suscripción de los diversos negocios jurídicos que la norma pone a su disposición (art. 5 bis 1 LC): i) acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 1 y Disp. Ad. 4ª) ii) acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 y ss.) o, iii) adhesiones para la admisión a trámite una propuesta anticipada de convenio (arts. 106 y ss.), es decir, en la actualidad la propia Ley Concursal ha establecido un verdadero procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuya finalidad puede ser dual: i) finalidad preventiva del concurso (cuando se acude al mismo para alcanzar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pago), o, ii) finalidad preparatoria o instrumental del concurso de acreedores ulterior, sobre todo, en los casos en los que el deudor opte por solicitar el precurso para

²⁵¹⁴ Vid., en este sentido a GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos preconcursales en el Reglamento Europeo de insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 102-103.

alcanzar adhesiones suficientes para la admisión a trámite de una propuesta de convenio anticipado (arts. 5 bis 1 y 106 y ss. LC).

CONCLUSIONI.

PRIMA.- I precedenti storici in cui la figura del *preconcurso* «fonda» le proprie radici, senza dubbio, negli antichi procedimenti giudiziari di: *Quita y espera* (art. 1130 e segg. *Codice di Procedura Civile* 1881 e art. 1912 del *Codice Civile*) e la *suspensión de pagos* di «una volta» (LSP del 1922). Nonostante il Progetto Preliminare di riforma della *Ley Concursal* spagnola del 1995 non sia arrivato a concretizzarsi in legge, la procedura di *suspensión de pagos* in essa prevista, aveva in comune alcune caratteristiche anche con l'attuale procedura di *preconcurso* in vigore e, in qualche modo, è servita come fonte di ispirazione per il legislatore nel momento in cui ha ideato e configurato l'attuale procedura di *preconcurso*. È vero che le tre procedure analizzate (antiche procedure di: i) *Quita y espera*; ii) *suspensión de pagos* e iii) l'attuale *preconcurso*) avevano specificità e peculiarità proprie che le caratterizzavano e differenziavano tra loro; ciò nonostante, secondo quanto abbiamo potuto analizzare, tutte avevano in comune uno stesso oggetto, una stessa finalità e una stessa natura, vale a dire che si trattava di raggiungere un accordo stragiudiziale con i creditori allo scopo di evitare la procedura concorsuale o di bancarotta, mediante l'avvio di una procedura (giudiziale) di *giurisdizione voluntaria*.

SECONDA.- Con la riforma della procedura concorsuale operata nel 2009, mediante la promulgazione del Regio Decreto-legge 3/2009 del 27 marzo, l'importante principio di unità a cui si è ispirata la Legge 22/2003 del 9 luglio, *Concursal*, è rimasto privo di effetto dato che, come si è osservato, il legislatore, mediante la promulgazione del Regio Decreto 3/2009 del 27 marzo, ha introdotto una potenziale procedura preventiva (alternativa) alla procedura regolamentata nell'articolo 5.3 della *Ley Concursal*, denominata *preconcurso* la cui figura si è via via consolidata nel nostro Ordinamento concorsuale come vera e propria *procedura preventiva* di fallimento sulla scorta delle riforme della legislazione concorsuale posteriormente realizzate. Per quanto detto, possiamo concludere che a partire dalla riforma della procedura fallimentare operata nel 2009, il Diritto concorsuale spagnolo torna a "fare perno" su di un sistema

basato sul dualismo procedurale, in forma simile a quanto avveniva nell'antico Diritto concorsuale derogato; pertanto, attualmente, contiamo su di una procedura preventiva di concorso dei creditori: "(da un lato) il cosiddetto "preconcorso" (ex antiquo art. 5.3 e attuale 5 bis della *Ley Concurisal*) e, dall'altro, la procedura di insolvenza vera e propria, che viene riservata per le situazioni di insolvenza più gravi. Come possiamo osservare, il legislatore in materia concorsuale, nel 2009, cosciente o meno di ciò a cui veramente ambiva, fece un giro di centottanta gradi, configurando il sistema concorsuale spagnolo con una struttura simile a quella già appartenente al vecchio diritto concorsuale: il tanto criticato "dualismo procedurale"; vale a dire che siamo tornati agli schemi del Diritto concorsuale precedente, regolando due procedure *alternative* per la gestione delle situazioni di insolvenza (attuale o imminente) o di pre-insolvenza: i) la procedura di preconcorso ii) la procedura di insolvenza vera e propria.

TERZA.- La parola «preconcorso» che abbiamo utilizzato per definire la procedura sottintesa nel contenuto dell'articolo 5 bis della *Ley Concurisal*, non è stata scelta a caso, né per mera influenza di una determinata parte della dottrina scientifica specializzata; si intende altresì che tale espressione delimita perfettamente il tipo di procedura che il legislatore ha instaurato: una procedura di *giurisdizione volontaria* -di carattere preventivo- la cui finalità essenziale è quella di evitare el *processo concorsuale*. Si tratta di una procedura di *giurisdizione volontaria* che situa il debitore in una nuova situazione giuridica: quella del preconcorso in cui gli si concede uno *spatium temporis* di tre mesi durante i quali il debitore richiedente tenta di negoziare con i propri creditori un rifinanziamento o una ristrutturazione del proprio passivo mediante la sottoscrizione di uno dei negozi giuridici messi a disposizione della legge, per evitare di dover ricorrere alla dichiarazione giudiziaria di fallimento ed entrare in un contenzioso che, come dimostra la pratica forense, peggiora ulteriormente, se possibile, la situazione economico-patrimoniale del debitore comune, condannandolo, nella maggior parte delle occasioni, alla liquidazione fallimentare. Pertanto l'espressione *preconcorso* definisce la procedura di

giurisdizione volontaria sostanziata all'interno di un periodo che potremmo definire preconcursuale, in cui il debitore può e deve svolgere le azioni preventive che gli sono messe a disposizione dalla legge, per poter rimuovere o prevenire il proprio stato di insolvenza, evitando, attraverso di essi, il processo concorsuale (art. 5 bis 1 della *Ley Concorsal*).

QUARTA.- Nonostante il nomen iuris conferitogli per legge: “comunicazione di negoziazioni...” (art. 5 bis della *Ley Concorsal*), la figura sottintesa nei contenuti del precetto da noi denominato prefallimento, non è una mera comunicazione formale diretta a una pretura; né si può dire che si tratti di una specie di "udienza previa" fallimentare, come viene manifestato dalla dottrina; inoltre, neppure la struttura definita dalla stesura letterale dell'articolo 5 bis permette di affermare che si tratti di una misura cautelare o di un'autentica procedura giurisdizionale. In questo senso, neppure comprendiamo che la figura del prefallimento (ex art. 5 bis) debba essere intesa come una misura di risanamento agli effetti del Regio Decreto-legge 5/2005 dell'11 marzo, di riforme urgenti per l'impulso alla produttività e per il miglioramento della contrattazione pubblica – Disposizione Addizionale 2^a della Legge 9/2015, del 25 maggio, di provvedimenti urgenti in materia concorsuale –. In senso stretto, la figura del prefallimento è, fin dalla sua nascita nell'anno 2009, un autentico contenzioso di giurisdizione volontaria la cui finalità essenziale è quella di prevenire la procedura fallimentare. Dal punto di vista del Diritto processuale, ci troviamo di fronte a una procedura preventiva la cui finalità è quella di evitare la nascita di un un processo giurisdizionale: il “*preconcorso*”, mediante la negoziazione di uno qualsiasi dei negozi giuridici messi a disposizione dalla legge, come ad esempio la sottoscrizione di: i) un accordo di rifinanziamento (Disposizione Addizionale 4^a e art. 71 bis 1 della Legge fallimentare) o di ii) un accordo stragiudiziale dei pagamenti (articoli 231 e segg. della Legge fallimentare).

QUINTA.- Intendiamo che nei due primi anni di rodaggio del preconcorso (2009-2011), nonostante inizialmente il testo della legge non lo prevedesse, il

debitore che lo richiedeva per cercare adesioni a una proposta di concordato preventivo (articoli 106 e segg. Ley Concursal), poteva condurre, parallelamente, la negoziazione di un accordo di rifinanziamento con determinati creditori professionali (Disposizione Addizionale 4^a), in virtù del principio dell'autonomia della volontà (art. 1255 Codice Civile) e, se entro tre mesi avesse raggiunto tale accordo, riuscendo pertanto a rimuovere l'insolvenza, non sarebbe stato soggetto all'onere processuale di richiedere il fallimento nel seguente mese abile (ex antiquo 5.3 LC), dato che in tal caso sarebbe decaduta l'obiettiva premessa per il fallimento, ovvero, lo stato di insolvenza attuale (art. 2.2 LC). Pertanto, come appena esposto, il vecchio articolo 5.3 della Ley Concursal (attualmente derogato) conteneva già, in verità, una potenziale procedura di prevenzione del concorso dei creditori.

SESTA.- Nonostante l'innegabile finalità preventiva che scaturisce dalla procedura di *preconcurso* (art. 5 bis), intendiamo che la finalità del *preconcurso* può operare in forma "duale", ovvero in forma: i) preventiva e, ii) istruttoria o preliminare; ciò equivale a dire che il prefallimento potrebbe anche essere considerato come procedura funzionale per determinati debitori per la preparazione di garanzie in vista della posteriore richiesta di dichiarazione di fallimento volontario, fungendo, in questo caso, come procedura "istruttoria" o "preliminare" –finalità preparatoria e strumentale–; soprattutto, nei casi in cui il debitore opti per richiedere il *preconcurso* per raggiungere, entro il termine di tre mesi di protezione, le adesioni sufficienti per l'ammissione del ricorso a una *proposta di concordato anticipato* (ex art. 106 e segg., della Ley Concursal). Pertanto, in questi casi, se il debitore ottenesse le adesioni sufficienti per l'accoglimento di una *proposta di concordato anticipato*, entrerebbe in il proceso concusuale con una proposta di accordo "in mano" che verrebbe approvato in seno di concorso dei creditori, in un tempo relativamente breve, permettendogli di uscire dal *concurso dei creditori* in forma veloce mediante un concordato fallimentare giudizialmente approvato, la cui esecuzione garantirebbe, in qualche modo, il rifinanziamento e la sostenibilità del debitore soggetto al concordato.

SETTIMA.- Intendiamo che il procedimento di preconcursore si configura nel nostro ordinamento giuridico come istituto preconcursuale unico. A nostro avviso, intendiamo che non è corretto parlare di istituzioni preconcursuali al plurale o, in senso più ampio, che non è possibile considerare gli *accordi di rifinanziamento* (Disposizione Addizionale 4^a e art. 71 bis 1 della Legge fallimentare) o, ii) un *accordo stragiudiziale dei pagamenti* (articoli 231 e segg. della Legge fallimentare) quali istituzioni preconcursuali *stricto sensu* dato che, intendiamo, tali figure non dispongono dell'autonomia propria per poter essere considerate istituzioni preconcursuali di per sé. È vero che la legge permette di tentare entrambe le soluzioni, al margine della richiesta di *preconcursore*, ma tale possibilità prevista per legge, non ha alcun senso, soprattutto se si tiene in considerazione che la richiesta di *preconcursore* previa alla negoziazione di: i) un *accordo di rifinanziamento* (Disposizione Addizionale 4^a e art. 71 bis 1) o, ii) per negoziare un accordo extragiudiziale, offre una serie di effetti di protezione (processuali e sostanziali) che, a nostro giudizio, coadiuvano –con maggiori garanzie– allo svolgimento da parte del debitore della negoziazione dei negozi giuridici di cui sopra in vista della rimozione o della prevenzione del suo stato di insolvenza. Contrariamente a quello che sostiene la maggior parte della dottrina, riteniamo che, sia *gli accordi di rifinanziamento* (Disposizione Addizionale 4^a e art. 71 bis 1 della *Ley Concursal*), sia *gli accordi stragiudiziali di pagamento* (articoli 231 e segg., della *Ley Concursal*), non siano veri e propri istituti preconcursuali, ma che rientrino piuttosto tra i vari negozi giuridici di cui il debitore può far uso con i propri creditori nell'ambito del preconcursore; ovvero, nel corso dei tre mesi di protezione concessi dalla procedura al debitore per negoziare con i propri creditori la sottoscrizione di un accordo di rifinanziamento (Disposizione Addizionale 4^a e art. 71 bis 1 LC) o di accordo stragiudiziale dei pagamenti (articoli 231 e segg. Della *Ley Concursal*). In virtù di tutto ciò, sosteniamo che la procedura di *preconcursore* sia il supporto procedurale idoneo per permettere che il debitore -con tutte le garanzie del caso- possa condurre negoziati giuridici che gli permettano di rimuovere o prevenire il suo stato di insolvenza, evitando di dover entrare nel concordato

preventivo per la gestione del suo stato di insolvenza, dato che, come è noto, il concordato, come qualsiasi altro contenzioso, può avere risultati difficilmente prevedibili e, qualora esista una sostenibilità per ristrutturare o rifinanziare il debito, si evitano le conseguenze negative in esso implicite. Con la suddetta affermazione, non si sta ovviando la regolamentazione delle specificità degli accordi di rifinanziamento (Disposizione Addizionale 4^a e art. 71 bis 1 LC) e quella degli accordi extragiudiziali di pagamento (articoli 231 e segg., della Ley Concursal), stiamo dicendo che tali specificità vanno interpretate nel loro insieme in forma sistematica, in intima connessione con l'articolo 5 bis della Ley Concursal, e che ciascun regime va applicato come modalità di gestione nell'ambito del preconcursore. In questo senso, stiamo dicendo che quando un debitore richiede la procedura di *preconcursore* per cercare di raggiungere un *accordo di rifinanziamento* entro i termini del periodo di protezione del prefallimento, all'interno della procedura stessa saranno applicabili tutte le specificità regolamentate sia dall'articolo 71 bis 1 o, secondo la Disposizione addizionale quarta della Ley Concursal, dato che le suddette si convertono in autentiche modalità, *rectius*: specialità di gestione che vengono assorbite dalla gestione stessa del *preconcursore*, avvalendosi -in tutti i casi- degli effetti di protezione che vengono impiegati con la presentazione della relativa richiesta. D'altro canto ciò avviene anche con gli accordi stragiudiziali di pagamento le cui specificità previste negli articoli 231 e seguenti della *Ley Concursal* si applicano rigorosamente nell'ambito del preconcursore, convertendosi, pertanto, in una modalità di gestione nell'ambito dello stesso. Diciamo che sono modalità o specialità all'interno della procedura di *preconcursore*, perché sia l'omologazione giudiziale di un *accordo di rifinanziamento* (Disposizione Addizionale 4^a) sia l'adozione di un *concordato stragiudiziale dei pagamenti* (articoli 231 e segg. della Ley Concursal, non sono procedure differenziate del *preconcursore* stesso (art. 5 bis), ma vanno invece concesse come una vera e propria proroga dello stesso, ovvero, il *preconcursore* è il supporto procedurale la cui gestione può mutare a seconda delle negoziazioni giuridiche condotte dal debitore. Inoltre, a supporto della nostra tesi, dobbiamo affermare, con assoluta certezza, che sia l'atto

giudiziale di omologazione giudiziale dell'accordo di rifinanziamento (Disposizione Addizionale 4^a) sia l'adozione di un concordato stragiudiziale dei pagamenti (articoli 231 e segg. della Legge fallimentare) si avvalgono della stessa natura giuridica del prefallimento (ex art. 5 bis); vale a dire che in entrambi i casi si tratta di atti o negoziati di giurisdizione volontaria e che, pertanto, sono perfettamente compatibili e incorporabili nella procedura prefallimentare (art. 5 bis). Inoltre, a supporto di questa conclusione, dobbiamo aggiungere che il prefallimento (art. 5 bis) è una procedura, ci si permetta l'espressione, di carattere "neutrale" o innocuo, il cui corso può variare a seconda dei negoziati giuridici che il debitore conduce all'interno della stessa; le specificità che introducono: i) l'accordo di rifinanziamento (Disposizione Addizionale 4^a); ii) il concordato stragiudiziale dei pagamenti (articoli 231 e segg. Della Ley Concursal) o iii) la ricerca di adesioni a una proposta anticipata di concordato, sono specificità che si adattano perfettamente ai tempi di gestione del prefallimento (art. 5 bis), "assorbite" dalla procedura, convertendosi in autentiche modalità di gestione all'interno della procedura (art. 5 bis).

OTTAVA.- È vero che i contenuti dell'articolo 5 bis della *Ley Concursal* non esige, come del resto non lo esige il contenuto emendato dell'articolo 5.3 – che il debitore debba dare prova di tutti gli estremi (preventivi e requisiti) che adduce nella richiesta di preconcursio e così, in questo senso, si pronunciano la maggior parte della dottrina scientifica e la giurisprudenza; tuttavia, a nostro avviso, intendiamo che la procedura prefallimentare non debba essere intesa come procedura in cui "va bene tutto" senza alcun controllo, cioè che qualsiasi dichiarazione, anche incerta, permetta al debitore di "rifugiarsi" nella situazione giuridica di *preconcursio*, senza accreditare, almeno in forma giudiziale, nessuno dei fatti che dichiara o manifesta nella sua richiesta di *preconcursio* (art. 5 bis 1). In questa linea intendiamo che la procedura prefallimentare non possa convertirsi -ci si conceda l'espressione- in un "sotterfugio" inaccettabile a cui qualsiasi debitore in malam partem (senza alcun tipo di possibilità di

risanamento aziendale) possa accedere per "rifugiarsi" tra i suoi effetti di protezione a discapito dei suoi creditori ordinari.

Di fronte a tale inaccettabile situazione, intendiamo che si deve evitare in ogni caso che qualsiasi debitore "senza scrupoli" e in malafede (che non presenti il minimo indizio di possibilità di risanamento aziendale), possa accedere alla situazione giuridica di *preconcorso* attraverso la semplice richiesta (art. 5 bis 1), senza la necessità di accreditare nessuna delle premesse o dei requisiti dichiarati nella richiesta, prolungando od occultando sotto gli effetti della protezione del *preconcorso* -indebitamente attivati- il vero stato di insolvenza, senza alcuna intenzione di negoziare nulla con i creditori, né di presentare neppure una proposta di concordato preventivo; in questi casi in cui il debitore cerca solamente un "rifugio" negli effetti di protezione garantiti dalla procedura prefallimentare, per avvalersi "vilmente": i) della sospensione dei propri doveri di richiesta di dichiarazione di fallimento e, di conseguenza, della responsabilità di adempimento del proprio dovere di saldo, ii) della sospensione di determinate esecuzioni contro il suo patrimonio (art. 5 bis 4 Legge fallimentare). Al debitore non è permesso utilizzare il *preconcorso* (art. 5 bis) come una semplice "fuga in avanti" per la posticipazione della propria *dichiarazione giudiziale di concorso volontario*, fino a un massimo di sei mesi (2+3+1 mesi), senza alcuna intenzione di negoziare nell'ambito del prefallimento; in tal caso il debitore starebbe avvalendosi della procedura in forma fraudolenta dato che avrà comunicato al giudice che sta richiedendo il prefallimento per negoziare: i) un accordo di rifinanziamento (art. 71 bis 1 e Disposizione Addizionale 4^a della Ley Concursal); ii) un concordato stragiudiziale (art. 231 e segg. Della Ley Concursal) o, iii) adesioni sufficienti per l'ammissione del ricorso a una proposta di concordato anticipato (articoli 106 e segg. della Ley Concursal) senza avere alcuna intenzione di condurre alcuna negoziazione e, cosa più grave, nel momento in cui il suddetto debitore si trova in una situazione di insolvenza tanto delicata (senza possibilità di risanamento aziendale) che invece di aver richiesto la dichiarazione giudiziale di concorso volontario (art. 5.1), resta "nascosto in agguato" sotto gli effetti di

protezione garantiti dal *preconcorso* (art. 5 bis) senza agire con la dovuta condotta -negoziare con i creditori- nell'ambito della suddetta procedura (ex art. 5 bis) che, nella pluralità, è l'attività che realmente giustifica l'incoazione della procedura di *preconcorso* (art. 5 bis). In questi casi il debitore si trova nella situazione giuridica di prefallimento e, probabilmente, con tale condotta sta deteriorando il valore dei propri attivi e, di conseguenza, aggravando il proprio stato di insolvenza fino a "quote insospettabili", comportamento che di conseguenza porterà il debitore a richiedere -posteriormente- la dichiarazione di concorso volontario, dietro presentazione di una situazione economica-finanziaria effettivamente deplorabile o "rovinosa", difficilmente risanabile e, pertanto, richiedendo la liquidazione all'interno del fallimento.

NONA.- In virtù di quanto anteriormente esposto, dobbiamo pertanto affermare che, con assoluto rigore, la procedura prefallimentare deve essere una procedura preventiva per debitori che presentano, almeno, una certa sostenibilità a breve e medio termine perché se si permette che qualsiasi debitore in *malam partem* - che non presenti alcuna sostenibilità che gli permetta di conservare la propria attività nel traffico giuridico- acceda al prefallimento senza accreditare -almeno a livello indiziario- nessun estremo tra quelli adottati nella sua richiesta (art. 5 bis 1), tale procedura può convertirsi in una specie di "sotterfugio" inaccettabile in cui tutto va bene pur di ottenere i benefici (effetto della protezione) che sono impliciti dal *preconcorso*, dato che ci saranno molti debitori che cadranno nella tentazione di richiedere il prefallimento senza nessuna intenzione di negoziare con i creditori, né di presentare una proposta di concordato preventivo, bensì solo con l'intenzione di sfruttare la situazione di prefallimento per avvalersi degli effetti di protezione impliciti nella richiesta stessa (art. 5 bis LC). Pertanto, a nostro avviso, il *preconcorso* va configurato come una facoltà riservata ai debitori sostenibili, almeno a breve e medio termine; e, inoltre, i debitori risanabili, quando faranno richiesta di *preconcorso*, dovrebbero poter accreditare, almeno a livello di indizi, con un principio di prova, i seguenti estremi: a) lo stato di insolvenza al momento della richiesta; b) che sono stati avviati i negoziati con i

rispettivi creditori; c) che non è incorso in alcuna delle proibizioni di presentazione di una proposta di chiusura anticipata (articoli 105 e segg. LC); per accreditare i precedenti estremi, come detto precedentemente, non si richiede una prova piena, bensì che è sufficiente fornire un minimo principio di prova (prova semi-piena) che serva all'avvocato dell'Amministrazione di giustizia (LAJ) per verificare in via giudiziaria che premesse e requisiti di cui sopra siano presenti. D'altro canto, oltre a quanto precedentemente detto, intendiamo che il debitore dovrà accreditare o giustificare la propria legittimazione attiva per poter redigere la procedura di *preconcurso* (articoli 3.1 LJV; 3.1 e 5 bis e 231 LC) e la competenza obiettiva e territoriale (articoli 16 LJV, 5 bis 1, 8 e 10 LC). Pertanto, se il debitore non accreditasse nessuno degli estremi precedentemente indicati, l'avvocato dell'amministrazione di giustizia considererebbe come non presentata la richiesta e archiverebbe gli atti realizzati (art. 16.4 Ley de la Jurisdicción Voluntaria). È vero che l'articolo 2 della Proposta Direttiva di ristrutturazione e seconda opportunità del 22 novembre, sembra scaturire dal fatto che la moratoria o stay preconcursuale venga concesso *ipso iure*, vale a dire che la richiesta verrà condotta di fronte a un organo giudiziario o amministrativo senza che il debitore debba accreditare nessun estremo, ma ciò, a nostro avviso, è un errore grossolano, perché per quanto si sostenga che esisterebbe un controllo a posteriori, come nel caso del *preconcurso* spagnolo (il cui controllo verrebbe realizzato nella sezione di qualifica della posteriore procedura di insolvenza), a cosa dovrebbe servire il suddetto controllo a posteriori nel momento in cui un debitore in *malam partem* riesce ad ottenere una moratoria, o la dichiarazione giuridica di *preconcurso*, avvalendosi quindi degli effetti di protezione, dedicandosi nel frattempo a de-capitalizzare la compagnia, senza neppure realizzare nessun atto o azione tendente a eliminare lo stato di insolvenza.

DECIMA.- La procedura di *preconcurso* può essere definita come la potestà o facoltà esclusiva del debitore; nel momento in cui decide di esercitarla, avvia una *procedura di giurisdizione volontaria*, attraverso il quale il debitore esercita un diritto potestativo al cambiamento, per costituirsi in una nuova situazione

giuridica: "La situazione giuridica di *preconcorso*" in cui il debitore conta su di uno *spatium temporis* o termine di protezione di tre mesi più uno (3 + 1 mesi) per condurre le negoziazioni destinate a raggiungere uno qualsiasi dei vari negozi giuridici che la legge mette a disposizione del debitore (ex art. 5 bis 1 Legge fallimentare). In realtà quello che il debitore esercita formulando la richiesta di prefallimento (ex art. 5 bis), è una facoltà o diritto potestativo al cambiamento giuridico, ovvero richiede di essere situato nella nuova situazione giuridica: "La situazione di *preconcorso*", nella quale si avvia una serie di effetti di protezione per il debitore: i) il rinvio o la sospensione dell'onere processuale del dovere di richiedere il concorso volontario (ex art. 5.1 LC); ii) l'esclusione delle richieste di *concorso necessario* avanzate da terzi legittimati differenti dal debitore (art. 3.1 LC); iii) la proibizione di iniziare determinate azioni individuali (giudiziali o stragiudiziali) o la sospensione di determinati atti singoli (giudiziali o stragiudiziali) durante il termine di protezione di tre mesi che il *preconcorso* gli concede (art. 5 bis LC). L'attivazione degli anteriori effetti giuridici di protezione (ex articoli 5 bis e 15.3 LC) fanno che il debitore abbia la possibilità di negoziare con i propri creditori al margine di qualsiasi azione singola, richiesta dai creditori, o di qualsiasi richiesta di fallimento inviata da qualsiasi terzo legittimato, differente dal debitore.

UNDICESIMA.- In via complementare al controllo giudiziario che proponiamo, sarebbe necessario che dopo l'avviamento del *preconcorso*, si potesse nominare (facoltativamente) un supervisore specialista in materia, per fare in modo che questi possa assistere e supervisionare le negoziazioni con i creditori, constatando che le negoziazioni vengano condotte in forma efficace (soprattutto quelle volte a raggiungere un accordo di ristrutturazione o di rifinanziamento –Disposizione Addizionale 4^a e art. 71 bis 1–) e inoltre, constatando che le sospensioni delle esecuzioni interessate dal debitore nell'ambito del *preconcorso* non siano state richieste a pregiudizio dei creditori intervenuti, dato che di per sé devono sopportare le conseguenze della richiesta di prefallimento (ex art. 5 bis). Inoltre questo supervisore nominato o designato in forma facoltativa potrebbe assumere la funzione di assistenza e supervisione

nell'elaborazione del piano di risanamento o di continuità che un debitore dovrebbe presentare per potersi avvalere del prefallimento, in questo modo si potrebbe garantire, con la partecipazione di un terzo estraneo (indipendente), un vero equilibrio tra il debitore e i creditori partecipanti. In forma simile, sembra pronunciarsi la Proposta di direttiva di ristrutturazione e seconda opportunità del novembre 2016 che introduce la possibilità di nominare un supervisore nei casi in cui il debitore pretende di ottenere una moratoria preconcursal con la sospensione generale di tutte le esecuzioni in corso (art. 5.1, 2 e 3 Proposta).

DODICESIMA.- Compiendo un'attenta analisi delle varie e consecutive riforme subite dall'articolo 5 bis della *Ley Concursal*, possiamo giungere alla conclusione che il legislatore ha compreso che il preconcursal (ex art. 5 bis) era uno degli elementi-chiave nel momento della risoluzione delle situazioni di insolvenza -o di pre-insolvenza- delle aziende, come lo dimostra il fatto che tale concetto è stato reiterato e consecutivamente modificato nelle ultime riforme concusuali realizzate durante gli anni 2013, 2014 e 2015. Le modifiche subite dall'articolo 5 bis della *Ley Concursal* hanno completato il procedimento di preconcursal, arrivando a farlo configurare come un vero e proprio contenzioso che serve per permettere alle aziende di ricorrervi con l'obiettivo di rifinanziare o ristrutturare il proprio passivo, evitando il *concurso dei creditori*; pertanto la sua finalità essenziale è la prevenzione dell'ulteriore procedura concusuale. Allo stesso modo, il carattere alternativo che si può segnalare nel preconcursal si manifesta nella misura in cui tale procedura condivide una premessa obiettiva con il *concurso dei creditori* (art. 2 LC) e, pertanto, un debitore in stato di insolvenza attuale o in stato di insolvenza imminente, può optare per avvalersi della soluzione fallimentare o, qualora presenti standard minimi di fattibilità a breve o medio termine, potrebbe optare per il ricorso al preconcursal (art. 5 bis) per negoziare un *accordo di rifinanziamento*, o un *accordo stragiudiziale di pagamento che gli permetterebbe* di: i) uscire dallo stato di insolvenza, ii) eseguire l'accordo negli estremi pattuiti e, inoltre, iii) conservare la propria attività professionale o aziendale; è per questo che il preconcursal va concesso per la

gestione legale delle situazioni preconcusuali dei debitori che presentino, come minimo, un certo margine di fattibilità a breve o medio termine. In definitiva si può concludere che la procedura di *preconcorso* (ex art. 5 bis LC) deve essere riservata solamente ed esclusivamente a debitori che presentino una certa possibilità di risanamento a breve e medio termine dato che, se il debitore pretende avvalersi del *preconcorso*, non presenta alcuna possibilità di risanamento e se la sua situazione di insolvenza è "penosa", l'alternativa che la procedura di *preconcorso* potrebbe rappresentare, rispetto al fallimento, resterebbe relegata perché in tal caso il debitore, essendo consapevole di non essere nelle condizioni finanziarie di raggiungere un concordato di rifinanziamento o un accordo stragiudiziale di pagamento nell'ambito del prefallimento, dovrebbe invece richiedere direttamente la dichiarazione di fallimento (art. 5.1 LC) non trovandosi nelle condizioni finanziarie di condurre una negoziazione con i propri creditori per raggiungere un accordo di rifinanziamento, o un accordo stragiudiziale dei pagamenti nell'ambito del *preconcorso*; sarebbe in effetti incoerente concedere a tale categoria di debitori un prolungamento -fino a sei mesi (2+3+1)- della loro situazione di insolvenza "sotto la copertura" dalla situazione giuridica di prefallimento, nel momento in cui sono previamente coscienti di non poter raccogliere neppure le adesioni sufficienti per l'accoglimento di una proposta di concordato anticipato, o un accordo di rifinanziamento, o un accordo stragiudiziale di pagamento. Se si permettesse a questa categoria di debitori di avvalersi della situazione giuridica di prefallimento, starebbero richiedendo, presumibilmente, lo strumento procedurale scorretto per risolvere la loro situazione di insolvenza, dato che durante i tempi di gestione del *preconcorso* si verificherebbe un grave deterioramento del valore degli attivi del debitore che, posteriormente, dopo la gestione del *preconcorso*, entrerebbe in una posteriore procedura di insolvenza con una situazione finanziaria realmente disastrosa, per cui sarebbe condannato definitivamente alla liquidazione fallimentare.

TREDICESIMA.- Come già detto, uno degli effetti di protezione più importanti impliciti nella procedura di *preconcorso*, è la facoltà offerta al debitore di

richiedere la sospensione di determinate esecuzioni nella sua richiesta di prefallimento. Tuttavia questa facoltà concessa al debitore, non è applicabile a tutte le procedure di esecuzione, ma esiste un limite obiettivo insuperabile: la sospensione delle esecuzioni non sarà applicabile alle esecuzioni giudiziali e stragiudiziali -siano esse potenziali o in corso- il cui oggetto sia quello di rendere effettivo il Diritto pubblico; in questo senso, secondo il contenuto della legge, il debitore non potrà richiedere la sospensione di tutte le procedure esecutive che mirino a rendere effettivo il Diritto pubblico, siano essi giudiziali o stragiudiziali, siano essi latenti o in corso. Rispetto a questo privilegio dell'Amministrazione nell'ambito della procedura di preconcursore, intendiamo che il legislatore dovrebbe abolirlo, dato che, comprendiamo che tale fase preconcursuale è il momento in cui il debitore più ha bisogno di paralizzare o sospendere le esecuzioni dirette al suo patrimonio, per ottenere un certo margine temporale di respiro e tranquillità in cui poter svolgere con tutte le garanzie le negoziazioni con i creditori. Non arriviamo a comprendere per quale ragione è stato mantenuto questo privilegio dall'Amministrazione, dato che se quello che realmente si desidera è che il debitore, che si avvale del *preconcursore*, riesca a rifinanziare o ristrutturare il suo passivo, è necessario che si sospendano e non si possano avviare, almeno durante i termini di protezione di tre mesi, tutte le esecuzioni che siano in corso, o che verranno avviate nell'imminenza. Se, infine, non venisse abolito alcun privilegio, tali esecuzioni continueranno vigenti e potranno svuotare il patrimonio del debitore (soprattutto quelle più avanzate) aggravando la situazione di insolvenza del debitore e, pertanto, impedendogli di rimuovere il proprio stato di insolvenza. Di fronte ai problemi che si pongono rispetto alla sospensione delle esecuzioni, da parte nostra intendiamo che sarebbe più logico introdurre una misura simile a quella che viene regolata nel Diritto fallimentare statunitense (chapter 11 USC) in cui una volta dichiarata l'apertura della procedura e fino alla sua conclusione, i creditori vedono automaticamente sospesa la loro capacità di esercitare azioni giudiziarie addizionali nei confronti del debitore da cui esigono la riscossione dei propri crediti o nei confronti del quale desiderano far

valere i propri diritti; questa sospensione automatica garantirebbe la continuazione dell'attività dell'impresa o dell'azienda, mentre debitore e creditori si incontrerebbero per negoziare la possibile sottoscrizione di un accordo di ristrutturazione del passivo.

QUATTORDICESIMA.- Rispetto alla proposta di *lege ferenda* e a quelle della delle riforme future che incombono dal Diritto dell'Unione Europea, secondo quanto si desume dalla Proposta di Direttiva europea sulla ristrutturazione e seconda opportunità del 22 novembre 2016, sembra che la Commissione europea pretenda instaurare in tutti gli Stati membri un'istruttoria della procedura di preconcursu omogenea per fare in modo che i debitori possano ristrutturare e rifinanziare il loro passivo al di fuori della procedura fallimentare; come abbiamo potuto osservare nella Proposta di Direttiva europea del 22 novembre 2016, le caratteristiche o direttive sullo stay o moratoria preconcursuale che si intende instaurare negli Stati membri, seguono lo stile del procedimento di *preconcursu* spagnolo, vale a dire, se si verifica attentamente, sembra che il legislatore europeo abbia seguito un modello di *preconcursu* spagnolo, in cui vengono introdotte alcune novità e modifiche che possono, in qualche modo, migliorare l'operatività di tale procedura preventiva in tutti gli stati membri in cui si intende regolare questo tipo di procedura (articoli 6 e 7 della Proposta di Direttiva di ristrutturazione o rifinanziamento del 22 novembre del 2016). A nostro avviso il legislatore spagnolo, a parte doversi adattare, quando sarà necessario, alle direttive che vengano imposte nella futura Direttiva sulla ristrutturazione e seconda opportunità, che infine si materializzerà, dovrebbe anche modificare certe questioni nell'articolo 5 bis della Ley Concursal, per ottenere che il preconcursu si converta in una autentica procedura preventiva, impedendo che possa essere utilizzata in forma fraudolenta dai debitori in malam partem, al mero scopo di posticipare la richiesta di dichiarazione di fallimento, senza nessuna intenzione di negoziare nell'ambito del prefallimento, avvalendosi però degli effetti di protezione che vengano attivati nella richiesta di *preconcursu*.

QUINDICESIMA.- In primo luogo il legislatore spagnolo dovrebbe impegnarsi a modificare l'articolo 5 bis, stabilendo una specie di "controllo di ammissione" al *preconcurso* (art. 5 bis LC), vale a dire che, pur trattandosi di una procedura di *giurisdizione volontaria* (di carattere preventivo), il *preconcurso* non deve essere destinato a qualsiasi tipo di debitore, ma deve essere una procedura riservata ai debitori che presentino uno "standard" minimo di risanabilità o continuità aziendale a breve o medio termine; il *preconcurso* non può essere un "sotterfugio" inaccettabile a cui qualsiasi debitore può fare ricorso senza avere l'onere di accreditare -con un minimo principio di prova- tutti gli estremi adottati nella sua richiesta di *preconcurso*. In questo momento, secondo i contenuti letterali del precetto, sembra che tutto sia accettabile, che qualsiasi debitore possa avvalersi della situazione giuridica di *preconcurso*, senza nessun tipo di controllo laddove, in molte occasioni, tali debitori non hanno neppure l'intenzione di condurre alcuna negoziazione con i creditori nell'ambito della procedura di *preconcurso* in tali casi, pertanto, la finalità e l'obiettivo della procedura di *preconcurso* vengono stravolte, dato che servirebbero non tanto per ristrutturare o rifinanziare il passivo del debitore, ma si convertirebbero invece in una specie di "paravento inaccettabile" che farebbe da barriera di protezione per i debitori in malafede che le userebbero come copertura, allo scopo di insabbiare il loro stato di insolvenza (con deterioramento o deprezzamento del valore dei loro attivi durante la negoziazione del prefallimento) con l'unica intenzione di ritardare o prolungare -con premeditazione- i tempi della richiesta di dichiarazione giudiziale di fallimento.

In definitiva, e come proposta lege ferenda, intendiamo che la legge dovrebbe esigere al debitore che intenda richiedere il *preconcurso* (ex art. 5 bis LC) di accreditare, almeno con un mero principio di prova, gli estremi adottati nella richiesta: i) la situazione di insolvenza in cui si trova; ii) che ha iniziato le negoziazioni con i propri creditori; iii) che non è in corso alcuna delle proibizioni per la presentazione di una proposta concordato anticipato (art. 105 LC); iv) il debitore dovrà dichiarare che non ha inoltrato richiesta di prefallimento durante l'anno precedente alla presente richiesta, i cui estremi

(dichiarazione) saranno controllati dall'avvocato dell'Amministrazione di Giustizia, attraverso la pagina web del Pubblico Registro Fallimentare.

SEDICESIMA.- D'altro canto, un'altra delle misure di lege ferenda, che suggeriamo per quando si intende mettere fine all'uso fraudolento del prefallimento, sarebbe quella di esigere al debitore la presentazione di un piano di risanamento che, in qualche modo, garantirebbe la continuità del debitore a breve e medio termine; tale piano di continuità potrebbe essere condotto da un curatore fallimentare o auditor e in esso dovrebbe apparire un rapporto di beni, attivi o diritti che verranno utilizzati per rendere effettivo l'accordo o il piano di pagamenti pattuiti. Con questo requisito si potrebbe eseguire in qualche modo un'azione di "epurazione" a nostro avviso necessaria, dato che se così lo stabilisse il legislatore spagnolo, i debitori *in malam partem* che abbiano la tentazione di ricorrere al *preconcurso* senza nessuna intenzione di negoziare con i creditori, continuerebbero a utilizzare il *preconcurso* in forma fraudolenta, con l'obiettivo di ritardare la richiesta di dichiarazione di fallimento, avvalendosi degli effetti di protezione impliciti nel *preconcurso* e utilizzandola come copertura per ripararsi dalla necessaria richiesta di *preconcurso* e per la sospensione di determinate esecuzioni, perlomeno per tutto il tempo di gestione del *preconcurso*.

DICIASSETTESIMA.- Secondo gli articoli 6 e 7 della proposta di Direttiva europea sulla ristrutturazione e seconda opportunità del 22 novembre 2016, dettata dalla Commissione europea, si intende instaurare in tutti gli Stati membri una moratoria preconcursuale o *stay*, come procedura preventiva della procedura di insolvenza, nello stile del *preconcurso* spagnolo, pur essendo vero che la moratoria combina alcuni elementi caratteristici del procedimento di riorganizzazione (Chapter 11 del Bankruptcy Code). Rispetto alle esecuzioni, il sistema che si propone è molto flessibile, versatile e completo, dato che la sospensione delle esecuzioni si può adattare a ciascuna situazione o caso concreto. Da un lato si prevede la possibilità di sospendere tutte le esecuzioni richieste per tutti i creditori senza eccezione alcuna (inclusi creditori con

privilegio generale o speciale). Dall'altro, si permette di sospendere in forma generale le esecuzioni, escludendo determinati creditori o classi di creditori che passerebbero a essere i creditori non interessati dalla sospensione permessa dalla moratoria prefallimentare (art. 6.9); infine, esisterebbe l'opzione di sospensione individuale a determinati creditori, dovuta al fatto che non è necessario imporla con carattere generale, per il fatto che esista già un gruppo di creditori che hanno accettato una sospensione in forma volontaria (art. 6.2) o che si sono impegnati con un patto stand still agreement (come prospetta il progetto di direttiva, sarebbe possibile modificare il raggio d'azione della sospensione durante la vigenza, una volta dichiarata dal tribunale). A nostro avviso, nonostante le possibilità e la flessibilità presentate dal modello prospettato dalla Commissione europea, intendiamo che la cosa più idonea sarebbe che nel *preconcorso* venisse introdotto un modello autentico nello stile dell'automatic stay statunitense (Chapter 11 Bankruptcy Code), che dal momento stesso in cui dichiara l'apertura della procedura di ristrutturazione, tutte le esecuzioni in corso o (imminenti) dovrebbero essere sospese durante i termini di sospensione di tre mesi, incluse quelle che ambiscono alla realizzazione di crediti di Diritto pubblico, salvo quelle che esigono crediti lavorativi, come sostiene la Proposta, con lo scopo di non pregiudicare la riscossione dei salari, o delle indennità da parte dei lavoratori.

DICIOTTESIMA.- Un'altra delle questioni che ci sembra interessante mettere in risalto nel corso della proposta di misure di legge ferenda che possano migliorare il procedimento di prefallimento spagnolo, è l'idea che sta introducendo la Proposta di Direttiva di ristrutturazione e seconda opportunità del 22 novembre 2016, ovvero la «disattivazione» delle cosiddette «*ipso facto clauses*», cioè le note clausole di risoluzione o terminazione dei contratti con gli obblighi reciproci in attesa di adempimento, quando si adotta la moratoria prefallimentare (art. 7.5 della Proposta). È vero che, quando il legislatore spagnolo, seguendo le linee guida della futura Direttiva, introdurrà la possibilità di disattivazione delle ipso facto clauses nel preconcorso spagnolo (art. 5 bis LC), tale provvedimento potrebbe coadiuvare al fatto che il debitore

possa condurre le negoziazioni con i propri creditori nell'ambito del preconcursore con garanzie di successo, dato che se si permette semplicemente che terzi con cui il debitore sta contrattando possano risolvere o estinguere il rapporto contrattuale con il debitore per il semplice fatto che quest'ultimo si sta avvalendo del preconcursore (ex art. 5 bis), si estinguerebbero i rapporti contrattuali la cui vigenza durante il periodo di negoziazioni nell'ambito del prefallimento potrebbe essere vitale per far conservare al debitore la propria attività professionale o aziendale. Pertanto, se infine vedrà la luce la direttiva di ristrutturazione e seconda opportunità, il legislatore spagnolo potrà includere questa possibilità nel *preconcursore* spagnolo e, in questo caso, quando verrà richiesto il preconcursore da parte di un debitore che faccia parte di un contratto con obblighi reciproci in attesa di adempimento, non si potranno sospendere, estinguere, concludere o modificare i contratti con obblighi reciproci in attesa di adempimento, per il mero fatto che una delle parti contraenti ha fatto appello alla situazione giuridica di *preconcursore* (inadempienza risolutiva).

Un'altra delle novità prospettate dalla proposta del 22 novembre 2016 è quella prevista nell'articolo 7.6 della Proposta in cui si prevede che la moratoria prefallimentare richiesta (dall'Europa), possa avere anche effetti sulle clausole di risoluzione o sospensione contrattuale connesse alle inadempienze che avvengano precedentemente all'inizio della moratoria temporanea; intendiamo che questa seconda possibilità sarebbe eccessiva nel *preconcursore* spagnolo (art. 5 bis), dato che se si intende che il prefallimento non debba essere identificato con la richiesta di dichiarazione di fallimento e se le inadempienze del debitore sono precedenti anche alla richiesta di preconcursore, non vediamo coerente obbligare un terzo contraente in buona fede (che non ha adempiuto ai propri obblighi all'interno del rapporto contrattuale) a non poter risolvere o estinguere il contratto di fronte all'evidente inadempienza della controparte, durante la vigenza del *preconcursore* (art. 5 bis) richiesto dal debitore; pertanto se si ammette questo provvedimento, si potrebbe obbligare un terzo in buona fede a proseguire il rapporto contrattuale, nonostante il mancato adempimento del debitore (anteriore alla richiesta di prefallimento). A nostro avviso, crediamo

che questa misura sia un po' sproporzionata, dato che la parte in bonis di un contratto, di fronte al mancato adempimento della controparte potrebbe risolvere o estinguere unilateralmente il contratto sottoscritto con il debitore, per la via dell'"eccezione di contratto non adempiuto" (*exceptio non adimpleti*); obbligarlo a restare nel rapporto contrattuale sottoscritto con il debitore (dato che già previamente non ha adempiuto ai propri obblighi), che si trova nella situazione giuridica di *preconcorso*, potrebbe intendersi come una questione contraria al diritto, dato che il debitore non ha ancora richiesto la dichiarazione giudiziaria di fallimento, necessaria per poterlo obbligare a mantenere la vigenza del contratto con reciproci obblighi (art. 61 LC) e, per questo, crediamo che tale opzione non debba essere accolta dal legislatore europeo e, ancor meno, dai legislatori nazionali, essendo una misura sproporzionata che squilibra tutti gli interessi in gioco a favore del debitore che richiede il *preconcorso*.

In conclusione, se questa misura venisse applicata al *preconcorso* spagnolo (art. 5 bis) si impedirebbe *ipso iure* la sospensione, la risoluzione, la terminazione o la modifica dei contratti con obblighi pendenti di adempimento durante la procedura di *preconcorso* e, ciò, potrebbe essere di grande aiuto per il debitore per permettergli di proseguire o continuare con la propria attività professionale, mentre conduce negoziati per raggiungere un accordo di rifinanziamento o di ristrutturazione.

DICIANNOVESIMA.- Intendiamo che il carattere riservato della richiesta di prefallimento (art. 5 bis 3 LC) non adempia alle funzioni che ci si aspettano dallo stesso; crediamo che la riservatezza pretesa da parte dei debitori che presentano la richiesta riservata di *preconcorso* (art. 5.3), fallisce, come è ovvio, nei casi in cui sia stato richiesto il *preconcorso* per tentare di raggiungere un accordo stragiudiziale di pagamento, o nei casi in cui si cerchino adesioni per l'ammissione del ricorso a una proposta di concordato anticipato. Inoltre, il carattere riservato della richiesta di *preconcorso* spagnolo, si scontra con i postulati del nuovo Regolamento di Insolvenza 848/2015 del 20 maggio che sarà in vigore il prossimo mese di giugno, dato che per fare in modo che gli

effetti del *preconcurso* abbiano un carattere extra-territoriale, vale a dire, siano riconosciuti in qualsiasi Stato membro, la procedura di *preconcurso* non può essere confidenziale o riservata; tale procedura, al contrario, non deve essere stata gestita come riservata, bensì essere pubblicata nel Registro Pubblico Fallimentare. Se così non fosse, gli effetti della procedura di *preconcurso* avrebbero effetti territoriali, vale a dire solo ed esclusivamente sul territorio spagnolo, pertanto questa facoltà di poter richiedere il carattere riservato resterebbe riservata, in forma residua, ai debitori nazionali che non affrontano una procedura di insolvenza transfrontaliera in cui sono implicati vari stati membri dell'Unione europea.

VENTESIMA.- L'ultima riforma fallimentare realizzata nel 2015, ha autorizzato il governo ad elaborare la riformulazione del testo della Legge 22/2003 del 9 luglio, Concursal. Per questo, nel mese di aprile 2016 il Ministero di Giustizia ha commissionato una bozza di Testo Riformulato della Legge 22/2003 del 9 luglio, concursal, al profesor Ángel ROJO; tale testo tuttavia, come era ovvio, non poté essere approvato nel 2016 perché in quel momento (in Spagna) c'era un "governo tecnico". Dopo la formazione del governo, la bozza del Testo riformulato, elaborato dal professor ROJO verrà presentata presumibilmente quest'anno, probabilmente nel mese di maggio 2017; pertanto è più che probabile che se tutto va bene, dopo la procedura legislativa che seguirà tale bozza di testo riformulato della Ley Concursal che durerà per tutto il 2017, avremo una Ley Concursal nuova per il 2018. Di fronte a questa situazione, il legislatore avrà l'opportunità di poter introdurre, tra l'altro, modifiche nella proceduradi *preconcurso* (art. 5 bis) nella linea delle proposte di *lege ferenda* che abbiamo enunciato nelle presenti conclusioni. Per concludere, come abbiamo potuto osservare, l'articolo 5 bis che regola la procedura di *preconcurso* è stato oggetto di numerose riforme in questi ultimi anni; ciò, a nostro avviso, ci indica che il legislatore si è convinto dell'importante strumento che ha configurato e messo al servizio del debitore; pertanto possiamo rigorosamente affermare che il *preconcurso* è stato consolidato come istituto preconcursuale unico all'interno del Diritto Concursuale spagnolo che, in ogni caso, funge da supporto

procedurale per permettere al debitore di condurre la sottoscrizione dei vari negozi giuridici che la norma mette a sua disposizione (art. 5 bis 1 Legge fallimentare): i) accordo di rifinanziamento, ii) accordi stragiudiziali di pagamento o, iii) adesioni per l'ammissione del ricorso a una proposta di concordato anticipato) vale a dire, nell'attualità siamo di fronte a una vera e propria *procedura di giurisdizione volontaria* (di carattere preventivo) che, talora, come abbiamo analizzato nel presente capitolato, può operare con una finalità strumentale o preparatoria del fallimento, soprattutto nei casi in cui il debitore opti per richiedere il *preconcorso* per ottenere adesioni per l'ammissione del ricorso a una proposta di concordato anticipato.

BIBLIOGRAFÍA.

- AA. VV en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil II*, 14ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 982-985.
- AA. VV, en PULGAR EZQUERRA (dir.), *Concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid, 2012.
- AA. VV., en ARIZA-COLMENAJERO (coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010.
- AA. VV., en BELTRÁN SÁNCHEZ-CAMPUZANO LAGUILLO (coords.), *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2011.
- AA. VV., en BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*, vol I, ed. Tecnos, Madrid, 2003.
- AA. VV., en BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*, vol II, ed. Tecnos, Madrid, 2003.
- AA. VV., en CACHÓN CADENAS, M./PICÓ I JUNOY, J./RIBA TREPAT C./RUIZ DE LA FUENTE (coords.), *Problemas procesales del concurso de acreedores*, ed. Atelier, Barcelona, 2013.
- AA. VV., en CAMPUZANO LAGUILLO-SANJUAN Y MUÑOZ (dirs.), *El Derecho de la Insolvencia*, 2ª edición, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2016.
- AA. VV., en DAMIÁN MORENO (dir.), *La reforma de la Ley de Arbitraje*, ed. La Ley, Madrid, 2011.
- AA. VV., en DÍAZ MORENO/LEÓN SANZ (dirs.), *Acuerdos de Refinanciación, Convenio y reestructuración: Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- AA. VV., en FERRO, M., (coord.), *Sovraindebitamento e usura*, ed. Ipsoa, Milanofiori, 2012.
- AA. VV., en GALARDO, M., (coord.), *Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti*, ed. Maggioli editore, 2ª edición, Dogana, 2012.
- AA. VV., en GARCÍA BARTOLOMÉ, D./PÉREZ DEL BLANCO, G./PACCHI, S. (dirs.), *Estudios sobre de Derecho de la Insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016.
- AA. VV., en GARCÍA VILLAVERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J., (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de*

- la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, ed. Dylex, Madrid, 2003.
- AA. VV., en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
 - AA. VV., en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.
 - AA. VV., en GARNICA MARTÍN, J.F., (dir.), «La nueva ley Concursal», en CDJ, n.º 18, 2003.
 - AA. VV., en HUALDE LÓPEZ, I., *Las soluciones a la situación de insolvencia: un análisis jurisprudencial económico*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
 - AA. VV., en *La reforma de la legislación mercantil*, ed. Civitas Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1979.
 - AA. VV., en *La reforma del derecho de quiebras*, ed. Civitas fundación universidad Empresa, Madrid, 1982.
 - AA. VV., en MENÉDEZ-ROJO (dirs), *Lecciones de Derecho Mercantil*, ed. Civitas-Thomson Reuters, vol. II, 12ª edición, Cizur Menor, 2014.
 - AA. VV., en MENÉDEZ-ROJO (dirs), *Lecciones de Derecho Mercantil*, ed. Civitas-Thomson Reuters, vol. II, 13ª edición, Cizur Menor, 2015.
 - AA. VV., en MENÉDEZ (dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
 - AA. VV., en NIGRO, A./SANDULLI, M./SANTORO, V., (coords.), *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione: estratto da le Legge Fallimentare dopo la riforma*, ed. Giappichelli Editore, Torino, 2011.
 - AA. VV., en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), *Derecho Procesal Concursal. Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
 - AA. VV., en PRENDES-MUÑOZ PAREDES (dirs.), *Tratado judicial de la insolvencia*, 2ª edición, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
 - AA. VV., en PULGAR EZQUERRA (dir.), *El concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid, 2012.
 - AA. VV., en RÓJO, Á./BELTRÁN, E., (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

- AA. VV., en RÓJO, Á./BELTRÁN, E., (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- AA. VV., en ROJO-CAMPUZANO (dirs), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2013.
- AA. VV., en SOLETO (dir.)/CARRETERO MORALES-RUIZ LÓPEZ (coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, ed. Tecnos, Madrid, 2013.
- AA. VV., en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil II*, ed. Civitas, Madrid, 2001 (reimpresión).
- AA. VV., en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil I*, ed. Civitas, Madrid, 2007.
- AA. VV., en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil II*, ed. Civitas, Madrid, 2007.
- AA. VV., en URÍA, R.-MENÉNDEZ, A., (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil I*, ed. Civitas, Madrid, 2001 (reimpresión).
- AA.VV., *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- AA.VV., en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el Derecho comparado y crisis económica*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- AA-VV en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil II*, 14ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 982-985.
- ACHA BESGA, B./OUBIÑA BARBOLLA, S./PALOMAR OLMEDA, A /DE ÁLVARO MONTERO, Á./ COLOMER HERNÁNDEZ, I., (autores), *Las reformas en el Ordenamiento Procesal. Análisis de la LI 1/2009, y la Ley 13/2009*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- AGUILAR CANOSA, J., «¿Desde qué momento es prohibitivo el ejercicio de acciones ejecutivas cuando la persona contra quien se dirigen se haya presentado en estado legal de suspensión de pagos?», en *RGD*, 1961, p. 521.
- AGUILAR CANOSA, J., «En torno a la preferencia de los créditos laborales», en *Revista general de Derecho*, 1957, pp. 747 y ss.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria», en ALCALÁ-ZAMORA (autor), *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1974, pp. 167-236.

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «En torno a la noción de proceso preliminar», en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, ed. Universidad Nacional autónoma de México, México, 1974, p. 453 y ss.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria», en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, ed. UNAM, tomo I, México, 1974, p. 158.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria», en *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. I, Milano, Dott., A. Giuffré, 1951.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología procesal*, ed. UNAM., México, 1972, p. 141.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, números 1-11, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1974, pp. 453 y ss.
- ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el art. 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso», en *RdCyP*, n.º 13, año 2010, p. 325.
- ALCOVER GARAU, G., «El Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias», en *RdCyP*, núm. 10, 2009, pp. 461-463;
- ALCOVER GARAU, G., «Introducción al régimen de la calificación concursal», en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR (dirs.), *Derecho Concursal*, ed. Edilex, S.L., Madrid, 2003, p. 488.
- ALCOVER GARAU, G., «Quiebra versus suspensión de pagos», en *RdM*, n.º 223, enero-marzo, 1997, pp. 59-93.
- ALEJANDRE GARCÍA, J.A., *La quiebra en el derecho histórico español anterior a la Codificación*, ed. Universidad, Sevilla, 1970, p. 127 y ss.
- ALEMÁN MONTREAL, A., *La insolvencia: una cuestión de terminología jurídica*, ed. Andavira editora, Santiago de Compostela, 2010.
- ALLORIO, E., «Saggio polémico sulla giurisdizione volontaria» *Rivista di Diritto e procedura civile*, n.º 1, 1948, pp. 79 y ss.
- ALLORIO, E., *Problemas de Derecho procesal*, ed. Ejea, vol. II., (traducido por SENTIS MELENDO), Buenos aires, 1963, pp. 27 y ss.
- ALMAGRO NOSETE en ALMAGRO/PRIETO-CASTRO/GONZÁLEZ-DELEITO (autores), *Tribunales españoles. Organización y funcionamiento*, 5ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 1979, pp. 158-159.

- ALMAGRO NOSETE, J., «Jurisdicción voluntaria», en Almagro/CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil*, Ed. Colex, vol. I, Madrid, pp. 535 y ss.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Consideraciones de Derecho Procesal*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988, pp. 413-418.
- ALMAGRO NOSETE, J., en CORTÉS/GIMENO/MORENO/NOSETE (autores), *Derecho procesal. Proceso Civil*, Valencia, 1990, pp. 546 y ss.
- ALMOGUERA, J., «La actuación de los acreedores públicos ante un empresario en crisis económica», en *RdCyP*, núm. 15, 2011, pp. 167-181.
- ALONSO CUEVILLAS, J., «La necesaria revisión de una legislación con graves defectos», en *Diario de Noticias La Ley*, febrero 2002, p. 10.
- ALONSO ESPINOSA, F.J., «Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el Real Decreto-Ley 3/2009», en *ADco*, n.º 21, 2010-2, p. 154 y 159.
- ALONSO FURUELOS, J.M^a., «La jurisdicción voluntaria ante su reforma: opciones», en *RDUNED*, n.º 16, 2015, pp. 19-63.
- ALONSO FURUELOS, J.M^a., «La oposición y los recursos en la jurisdicción voluntaria», en *RDUNED*, n.º 16, 2015, pp. 841-870.
- ALONSO FURUELOS, J.M^a., *Reflexiones sobre la vigente legislación española de la jurisdicción voluntaria en su parte general y base para su reforma*, ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012., pp. 43 y ss.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La vis atractiva del proceso concursal*, ed. Thomson-Civitas, Cizur menor, 2007.
- ALONSO-MUÑUMER, M., «Operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las solicitudes negociadas de las crisis económicas», en *RdcyP*, n.º 8, 2008, pp. 455 y ss.
- ALONSO-MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, ed. La Ley (Monografía n.º 6 *RdCyP*), Madrid, 2007.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares en el proceso penal*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1997, pp. 50 y ss.
- ÁLVAREZ CASTELLANOS, P., «El proceso de jurisdicción voluntaria», en *RDP*, julio-septiembre, 1945, pp. 331-353.

- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., «Procedimento fallimentare ed arbitrato nelle ultime riforme legislative in spagna, en *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, vol. LXV-(II serie), anno 2010.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *El incidente de nulidad de actuaciones: Solución o problema frente a la resolución firme*, ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La imposición de costas en la primera instancia civil. Legalidad y discrecionalidad judicial*, ed. Reus, Madrid, 2009.
- ÁLVAREZ VEGA, M.I., «Soluciones concursales y paraconcursoales a la crisis de empresa. La función conservativa del concurso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en *Revista de Derecho privado*, septiembre-octubre 2004, pp. 573-610.
- ÁLVAREZ VEGA, M.I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- AMBROSINI S., «Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012», en *Il caso.it*, documento n.º 306, 2012, pp. 1-9.
- AMBROSINI, S., «La disciplina della domanda di concordato preventivo nella minireforma del 2015», en *Blog.ilcaso.it*, 21 de agosto de 2015, pp. 1-17.
- ANDRIOLI, «Il processo civile non contencioso», en *Anuario di Diritto Comparato*, 1966, pp. 226 y ss.
- ANDRIOLI, *Diritto Processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979.
- ARIZA COLMENAREJO, M^a.J., *La presentación de documentos, dictámenes, informes y otros medios e instrumentos en el proceso civil*, ed. Colex, Madrid, 2007.
- ARIZA COLMENAREJO, M^a.J., «Medidas cautelares en el proceso de declaración y otras medidas del procedimiento concursal», en OLIVENCIA/FDEZ. NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), *Derecho Procesal concursal. Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 7., pp. 347-404.
- ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., «El problema del concepto de bienes afectos», en BELTRÁN-PRENDES (dirs.), *Los problemas de la Ley Concursal: I Congreso Español de derecho de la insolvencia*, Gijón de 16 a 18 de abril 2009, ed. Civitas Thomson-Reuters, Madrid, 2009, pp. 275-284.
- ARROYO, I., y MORRAL, R., *Teoría y práctica del Derecho Concursal*, ed. Tecnos, Madrid, 2016.

- ATIENZA LÓPEZ, J.I., «La tutela pública de la autonomía de la voluntad en el precurso: análisis comparativo», en *El derecho.com*, 3 de marzo de 2014, pp. 1-10.
- ÁVILA DE LA TORRE, A., «Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual» en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 67-94.
- AVILA DE LA TORRE, A., «El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial», en García-Cruces (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 45-66.
- AZNAR GINER, E., *El procedimiento de declaración de concurso necesario del deudor*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010;
- AZNAR GINER, E., *La acción rescisoria concursal*, 2ª edición, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2009.
- AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, 2ª edición, 2016.
- AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- AZNAR GINER, E., *La reforma del Real Decreto-Ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- AZNAR GINER, E., *Los acuerdos de refinanciación y la Ley Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- AZOFRA VEGAS, F., «El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación», en el *Notario del siglo XXI*, n.º 25, mayo-junio, 2009.
- AZOFRA VEGAS, F., «La agilización de la reestructuración del activo: pre-pack y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley Concursal», en *RcP*, n.º 17, 2012, pp. 131 y ss.
- AZOFRA VEGAS, F., *La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*, ed. Reus, Madrid, 2016.
- AZOFRA, F., «El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación», *Revista el Notario del siglo xxi*, mayo-junio, 2009, pp. 58-76.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., «La responsabilidad penal de los administradores en los procesos de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial», en *RcP*, n.º 22, 2015, pp. 129-138.

- BALAGUER CALLEJÓN, F., en BALAGUER CALLEJÓN (coord.), AA. VV., *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 2013.
- BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, ed. La Ley, Madrid, 2015.
- BARÓ CASALS, A., «Las dotaciones para la cobertura del riesgo de insolvencia en el sistema financiero español», en *RdCyP*, n.º 20, 2014, pp. 385-403.
- BARÓ CASALS, A., «Régimen de dotaciones en caso de refinanciación de créditos bancarios tras el Real Decreto-Ley 4/2014 y la Ley 17/2014», *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 261-270.
- BARRERO GONZÁLEZ, E., «La incidencia de la Ley Concursal sobre los contratos administrativos», en VV. AA, *Libro homenaje al Manuel Olivencia*, tomo III, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 2463 y ss.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E., «Reformas concursales desconcursalizadoras: valoración y perspectivas», en *RdCyP*, n.º 24, 2016.
- BARRIO DEL OLMO, C.P., «La nueva ley trae importantes ventajas sociales y deja algunas incertidumbres», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 62, 11 de julio, 2015, pp. 1-6.
- BASTANTE GRANELL, V., *El «deudor de buen fe» en la Ley de segunda oportunidad*, ed. Comares, Granada, 2016.
- BATALLER GRAU, J., «Causas de disolución», en ROJO-BELTRÁN (coord.) *Comentario de la Ley de Sociedades de capital*, Ed. Civitas, tomo II, Cizur Menor, 2011, pp. 2547-2559.
- BATALLER GRAU, J., «La desjudicialización de la insolvencia. Una visión crítica», en ROJO-CAMPUZANO (coords.), AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, ed., Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 1181 y ss.
- BAUTISTA SAGUÉS, F., «Aspectos prácticos de las refinanciaciones financieras (II)», en *Revista del Mercado Valores*, núm. 6, sección estudios, primer semestre de 2010, pp. 1-12.
- BEBCHUK, L., «Chapter 11», *The new Plaggrave Dictionary of Economics and the law*, vol. 3, 1998, pp. 218 y ss.
- BELLIDO PENADÉS, R., «Ejercicio de acciones del concursado», (art. 54), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), AA. VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, tomo I, Madrid, 2004, p. 1027.

- BELLIDO PENADÉS, R., *El procedimiento de declaración de concurso*, ed. Civitas- Thomson Reuter, Cizur Menor, 2010.
- BELO GONZÁLEZ, R., «Acumulación de autos al juicio universal de quiebra (con particular referencia al artículo noveno de la Ley de Suspensión de Pagos)», en *RGDD*, n.º 612, septiembre, 1995, pp. 9705-9730.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. «La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2004, pp. 230 y ss.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El nuevo Derecho Concursal español», en la Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de mayo de 2003, en *AA MN*, núm. XLIII, pp. 465-490.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 323 y ss.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el profesor Ángel ROJO», en ESPINA (coord.), *La reforma del derecho concursal y la eficiencia económica*, ed. Colegio General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, pp. 312 y ss.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Jornadas sobre las nuevas fronteras del Derecho de la insolvencia», *ADco*, núm. 21, 2010.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La defectuosa concepción del presupuesto objetivo», AA-VV, en BELTRÁN- PRENDES (dirs.), *Los problemas de la Ley Concursal I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 73.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma “inarmónica” de la Ley Concursal», en *AJA*, n.º 775/2009, pp. 7-8.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma concursal», en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), en AA. VV., *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2011, p. 660.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Las pérdidas y la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales», en *ADco*, núm. 4, 2005, pp. 407-423.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Los problemas del Derecho Concursal español», en *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2012, núm. 41, pp. 35 y ss.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en BELTRÁN-PRENDES (dirs.) *Los problemas de la Ley Concursal*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 13.

- BELTRÁN, E., «Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto de ley Concursal elaborada por el profesor Ángel ROJO», en Espina (Coord.), *La reforma del Derecho concursal y la eficiencia económica*, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, pp. 309-329.
- BERTACCHINI, E., «Il presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento: lo stato di insolvenza», en PACCHI (coord.), *Manuale de Diritto Fallimentare*, seconda edizione, ed. Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 47-57.
- BERTRAM HERNÁNDEZ, M., «Pre-concurso de acreedores», en www.legaltoday.com, 29 de mayo de 2013, pp. 1-2.
- BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, ed. Madrid, 1950.
- BIANCA, M., «La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. ° 6, noviembre-diciembre, 2015, pp. 529-536.
- BISBAL MÉNDEZ, J., «Leyes concursales o Derecho concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7714, 13 de octubre de 2011, Año XXXII, pp. 1 y ss.
- BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986.
- BLANCO CONSTANS, F.P., *Derecho Mercantil*, tomo II, ed. Madrid, 1945.
- BLANCO CONSTANS, F.P., *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, ed. Madrid, tomo II, 4ª edición, 1945.
- BROGI, R., «Il nuovo art. 182 septies LF: «I rapporti tra l'impresa in crisi ed il mondo bancario», in *Cedam*, junio 2015, p. 1.
- BUENDÍA CÁNOVAS, A., «Medidas anunciadas por el Ministro Ruiz-Gallardón para agilizar la Administración de justicia», en *Diario La Ley*, núm. 7813, tribuna, 7 de marzo 2012, pp. 3-5.
- BUIL ALDANA, I., «La financiación de empresas en situación concursal: una visión española basada en el *debtor-in-possession financing* del sistema norteamericano de insolvencias», en *RdCyP*, n. ° 14, 2011, pp. 377-378.
- BUSTILLO SAIZ, M^a.M., «L responsabilidad concursal de los socios», en GARCÍA BARTOLOMÉ/PACCHI/PÉREZ DEL BLANCO (coords.), AA. VV., *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016, pp. 347-380.
- CABANA I VANCELLS, F., *La fallida del Banc de Barcelona (1920): el fracàs finacier de la burguesía catalana*, ed. Pòrtic, Barcelona, 2007.
- CABANA, F., *Història del Banc de Barcelona*, Edicions 62, Barcelona, 1978.

- CABANAS TREJO, R., «Ahora vienen a pares» en *revista el Notario del Siglo XXI*, n.º 58, opinión, 15 de diciembre de 2014, pp. 1-5.
- CABANAS TREJO, R., «La garantía real en el precurso de acreedores», en *Diario La Ley*, n.º 8317, sección doctrina, 23 de mayo de 2014, año xxxv, pp. 1-10.
- CABRILLO, F., «Reflexiones sobre la eficiencia del Derecho concursal», en Espina (coord.), AA-VV, *La reforma del Derecho concursal y la eficiencia económica*, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, pp. 306-307.
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal civil*, EJE, vol. I, (traducción del original italiano por SENTIS MELENDO), Buenos Aires, 1943.
- CALAMANDREI, P., *Studi sull procedimento civile*, ed. Cedam, vol. I, Padova, 1930.
- CALAMANDREI, P., *Studi sul processo civile: limiti tra giurisdizione e amministrazione*, vol. I, ed. Padova, 1930.
- CALAZA LÓPEZ, R., «Homenaje al profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN en el veinticuatro aniversario de su cátedra: Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria», en *RDUNED*, n.º 3, 2008, pp. 345-373;
- CALÒ U., y PEDE G., «Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria con intermediari finanziari (art. 182 septies LF)», en *Il Diritto Bancario.it*, febrero 2016, [<http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/gestione-crisi-dimpresa/nuovo-accordo-ristrutturazione-debiti-e-convenzione-moratoria-intermediari-finanziari>].
- CALVET BOTELLA, «La naturaleza jurídica de la llamada Comisión liquidadora en el expediente de suspensión de pagos», *RDPIb*, n.º 1, 1981, pp. 53 y ss.
- CALVO CARAVACA A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho Concursal Internacional*, ed. Colex, Madrid, 2004, pp. 87-93.
- CAMACHO MIÑANO, M.^a.M. y SEGOVIA VARGAS, M.^a.J., «Las variables económicas de las empresas que condicionan el éxito del precurso», en Arias Varona (coord.), *Conservación de empresas en crisis: estudios jurídicos y económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013, *Monografía RdCyP*, n.º 17.
- CÁMARA LEMUS, S., «El artículo 5 bis de la Ley Concursal», en *Diario Económico Expansión*, 31 de marzo de 2014.
- CAMPUZANO A.B., Y SÁNCHEZ PAREDES, M.^a.L., *Prevención y gestión de la insolvencia*, ed. UOC, Barcelona, 2016.

- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., «Las directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis», en *ADco*, núm. 3, 2004, pp. 379-382.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., «Legislación concursal especial sobre entidades de seguro», en *ADco*, núm. 3, 2004, pp. 371-378.
- CAMPUZANO-SÁNCHE PAREDES (Coords.), ROJO-BELTRÁN (autores), AA. VV., *Legislación jurisprudencia concursales*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 3ª edición, 2013, p. 104.
- CANDELA GALÁN, C., *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, ed. Tirant monografías, Madrid, 2005.
- CANDELARIO MACÍAS, I., *El mediador concursal*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2015.
- CANDELARIO MACÍAS, M.I., «Procedimientos paraconcursoales: ¿regulación administrativa o judicial de los concursos?», en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, Franca, A. 14, núm. 20, 2010, p. 55-85.
- CARLO-ALTIERI, G.A., «Crisis económica, reorganización de empresas bajo el capítulo 11 del Código de Quiebra estadounidense, críticas y reformas necesarias al sistema de administración concursal de Estados Unidos», en GARCÍA-CRUCES (dir.), AA. VV., *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 204.
- CARLON, M., «Contratos con las Administraciones Públicas», (art. 67), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1248-1252.
- CARMONA CONTRERAS, A.M., «El Decreto-Ley en tiempos de crisis», en *Revista catalana de Dret públic*, núm. 47, 2013, pp. 1-20.
- CARNELUTTI, F., *Cómo se hace un proceso*, ed. Temis, Colombia, 1994.
- CARNELUTTI, F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, Roma, 1951.
- CARNELUTTI, F., *Istituzioni del processo civile italiano*, ed. Del foro italiano, vol. I., 5ª edición, Roma, 1956.
- CARNELUTTI, F., *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, ed. Cedam, Pádova, 1930.
- CARNELUTTI, F., *Teoría general del Proceso*, ed. Editorial Revista de Derecho Privado, (traducido por Carlos G. Posada, Madrid, 1941.
- CARRASCO PERERA, Á., «Gaudium teneatis: no hay ningún blindaje concursal de las refinanciaciones», en *AJA*, n.º 780, sección tribuna, 2009.
- CARRASCO PERERA, Á., «La suspensión de las ejecuciones por la comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal», en ROJO/SÁENZ GARCÍA DEL ALBIZU/CAMPUZANO/LARA (dirs.), *Las ejecuciones en*

- el concurso de acreedores*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2017, pp. 185-209.
- CARRASCO PERERA, Á., «Reformas concursales del Real Decreto-Ley 4/2014 relativas al status de las garantías reales», en *análisis GA&P*, marzo de 2014.
 - CARRASCO PERERA, Á., y TORRALBA MENDIOLA, E., «Schemes of arrangement ingleses para sociedades españolas: una crítica», en *RdCyP*, n.º 14, 2011, pp. 349 y ss.
 - CARRERAS LLANSANA, J., «Aspectos procesales de la retroacción de la quiebra», en *Escritos en homenaje al profesor Prieto Castro* vol. I, ed. Nacional, 1979, pp. 59-87.
 - CARRERAS LLANSANA, J., «Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria», en *Estudios de Derecho Procesal*, 1962.
 - CASADO RODRÍGUEZ, F.P., *Guía para la aplicación de la Ley de la jurisdicción voluntaria*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.
 - CASANELLAS, R., «El modelo concursal en España: experiencias y perspectivas de futuro», en *Revista Económica de Cataluña*, núm. 60, 2009, pp. 74-83.
 - CASONATO, S., «La gestione dell'impresa nel concordato preventivo con riserva tra cura e accanimento terapeutico», en *il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.º 5, 2014, pp. 573-602.
 - CASTILLA MARTÍNEZ, J.M^a., «Convenio», en AAVV, *Comentarios a la reforma de la Ley Concursal*, ed. CISS-Wolters Kluwer, Valencia, 2010, p. 78.
 - CECCHERINI, E., «Il concordato preventivo con prenotazione», en *il diritto fallimentare e delle società commerciale*, nº 2, 2013, p. 316-334.
 - CERDÁ ABERÓ, F. y SANCHO GARGALLO, I., «A favor de la simplificación de procedimiento concursal», en *Diario de Noticias La Ley*, núm. especial de febrero, de 2002, p. 8.
 - CERDÁ ALBERO, F., «La extensión de los efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no participantes», en *ADco*, n.º 33, septiembre-diciembre, 2014.
 - CERDÁ ALBERO, F., «La irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis de la Ley Concursal», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 115-128.
 - CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., «Curso de Derecho Concursal», ed. Colex, Madrid, 2000.

- CERDÁ RICHART, B., *Las suspensiones de pagos y la intervención pericial*, ed. Bosch, Barcelona, 1946.
- CERRATO GURI, E., «Incidencias de la Ley de segunda oportunidad en las familias concursadas», en NEIRA PENA/BUENO DE MATA/PÉREZ GAIPO (coords.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, ed. Atelier, Barcelona, 2016, pp. 73-86.
- CERVERA MARTÍNEZ, M. «Los créditos tributarios», en HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, M^a.M., *Las Administraciones Públicas en el Concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 283-284.
- CERVERA, M., «El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación», en *ADco*, n.º 33, septiembre-diciembre 2014, pp. 111-133.
- CHINCHILLA MARÍN, C., «Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos celebrados con las Administraciones Públicas», en FDEZ. DE LA GÁNDARA-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 351-404.
- CHIOVENDA, J., *Principios de derecho procesal civil, I* (traducción de Cassais Santalo), pp. 93 y ss.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., y DE ÁLVARO MONTERO, Á., «El núcleo de la reforma: la función jurisdiccional y la actuación de los secretarios», en AA-VV., *Las reformas en el Ordenamiento procesal*, ed. Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 133-176.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I./DE ÁLVARO MONTERO, Á./PALOMAR OLMEDA, A./OUBIÑA BARBOLLA, S./ACHA BESGA, B., (autores), *Las reformas en el Ordenamiento Procesal. Análisis de la LI 1/2009, y la Ley 13/2009*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- COMELLAS SALMERÓN, M., «Aspectos penales de la quiebra», en *RDPIb*, n.º 1, 1975, p. 65.
- COMELLAS SALMERÓN, M., «Consideraciones sobre la reforma del Derecho de quiebras», en *RDPIb*, 1977, pp. 37-40.
- CONDE FUENTES, J., «Acuerdo extrajudicial de pagos y segunda oportunidad como mecanismos de recuperación del deudor persona natural (la ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social)», en NEIRA PENA/BUENO DE MATA/PÉREZ GAIPO (coords.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, ed. Atelier, Barcelona, 2016, pp. 87-108.
- CONDE FUENTES, J., «El Real Decreto-Ley, de 7 de marzo: refinanciación y reestructuración de deuda empresarial», en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, n.º 2, abril-junio 2014, ensayos, 171-182.

- CONDE FUENTES, J., «La competencia de los juzgados de primera instancia y de los juzgados de lo mercantil tras la reforma de la Ley Orgánica 7/2015», en GARCÍA BARTOLOMÉ/PACCHI/PÉREZ DEL BLANCO (coords.), AA. VV., *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016, pp. 127-142.
- CONDE FUENTES, J., *Los sujetos del proceso concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- CORDÓN MORENO, F «Los aspectos procesales del concurso» en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR (dirs.), *Derecho Concursal*, ed. Dilex, S.L., Madrid, 2003, pp. 578-582.
- CORDÓN MORENO, F *Proceso concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 3ª edición, Cizur menor, 2013.
- CORDÓN MORENO, F., «Algunas cuestiones problemáticas del concurso de acreedores», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAH*, 2010, pp. 26 y ss.
- CORDÓN MORENO, F., «Los aspectos procesales de la reciente reforma de la ley Concursal», en BELTRÁN-PRENDES (dirs), AA. VV., *Los problemas de la ley Concursal; I Congreso Español de Derecho de la insolvencia (Gijón 16 a 18 de abril de 2009)*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 47.
- CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, 3ª Edición, Ed. Aranzadi/Thomson- Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1995.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., «Concurso de acreedores y refinanciación de pasivo: algunas reflexiones», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá III*, 2010, pp. 47-53.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. «Expedientes de quita y espera y suspensión de pagos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, ed. Colex, 2ª edición, Madrid, 2000.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Aproximación al proceso de declaración de quiebra», en *RdM*, núm. 146, octubre-diciembre, 1977, pp. 462 y ss.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El derecho de asistencia jurídica gratuita», en MORENO CATENA-CORTÉS DOMÍNGUEZ (autores), *Introducción al Derecho procesal*, ed. Tirant Lo Blanch, 8ª edición, Valencia, 2016, pp. 223 y ss.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El derecho transitorio concursal en materia de retroacción a la luz de lo regulado en la disposición adicional primera de la Ley Concursal», en *ADco*, núm. 8, 2006, pp. 201-219.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El procedimiento monitorio», en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal civil. Parte especial*, ed. Tirant Lo Blanch, 8ª edición, 2016, p. 187.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El proceso, la demanda, el derecho material», en *RIDP*, n.º 3, 1974.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Los juzgados de lo Mercantil. Jurisdicción y competencia en el proceso concursal», en OTERO LASTRES/ROGEL VIDE/DE LA CRUZ BÉRTOLO/CORTÉS DOMÍNGUEZ (autores), *Aspectos de la nueva Ley Concursal: concursos, créditos, administradores, jueces*, ed. Reus, Madrid, 2004, pp. 87-100.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La constitución española y los principios rectores del proceso civil», en *CDJ*, Madrid, 1993.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La declaración judicial de concurso», en *Revista del consejo General del Poder Judicial*, n.º especial, VXIII (La Ley Concursal), 2004, pp. 11-24.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La eficacia del proceso de declaración», en RAMOS MÉNDEZ (coord.), *Para un proceso civil eficaz*, ed. Bellaterra (Barcelona), 1982.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Ley de la Jurisdicción voluntaria», <http://otraopinionjuridica.blogspot.com.es/>, [consultado en junio de 2015];
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «la naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.) en AA. VV., *Tratado de Derecho Mercantil: Derecho Procesal concursal*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 17-39
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La prueba en el proceso civil. El abogado ante la prueba civil», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 1, 1995, pp. 295-273.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las reformas del art. 5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición adicional cuarta de la misma: ¿la figura del precurso?», en ARIZAGALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 167-181
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Los recursos», en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal. Parte general*, ed. Tirant Lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2010, pp. 331-332.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Procesos concursales: el concurso de acreedores y la quiebra» en CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO

- SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho procesal civil. Parte especial*, 2ª edición, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 213-214.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil. Parte especial*, ed. Colex, Madrid, 2000.
 - CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal civil. Parte general*, ed. Tirant Lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 2011.
 - CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ-MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal. Parte General*, ed. Tirant Lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2013.
 - CORTÉS DOMINGUEZ, V., Y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Parte general*, 8ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
 - CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V., (autores), *Derecho Procesal Civil, Parte especial*, 2ª edición, ed. Colex, Madrid, 2000.
 - CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Responsabilidad de los administradores societarios y carga de la prueba», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año n.º 146, n.º 2, 1999, pp. 135-150.
 - CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 2-3, pp. 581-642.
 - CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Apuntes sobre la carga de la prueba en el proceso sobre responsabilidad de los administradores por el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad, en CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4, (Derecho civil, Derecho de sucesiones y otras materias), 2002, pp. 6144-6190.
 - CORTÉS MARTÍN, M., «Algunas consideraciones sobre la Constitución de 1978 y nuestro derecho privado», (Discurso de ingreso en esta Real Corporación, pronunciado por el Ilmo. Sr. D. Matías CORTÉS MARTIN, el día 26 de octubre de 1984), en *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada*, 1987.
 - COUTURE, E.J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, ed. Depalma, 3ª edición, Buenos Aires, 1966.
 - CRISTOFOLINI, G., «Eficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria», en *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, pp. 377 y ss.

- CRUZ LACASTA, «Algunas reflexiones sobre el fondo de comercio como partida del activo del balance con que se solicita la declaración judicial de suspensión de pagos», en *RGD*, n.º 505-506, 1986, p. 4563.
- CUENA CASAS, M., «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, año, núm. 31, núm., 125, 2012, pp. 289-320.
- CUENA CASAS, M., «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», en *ADco*, núm. 31, 2014, pp. 123-159.
- CUENA CASAS, M., «Reformas de la Ley Concursal e insolvencia de las personas físicas. La persona física insolvente, de nuevo olvidada», en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 11, 2014, pp. 171-185.
- CUENA CASAS, M., «Segunda oportunidad, ¿Qué pasa si el deudor no puede intentar un acuerdo extrajudicial de pagos?» <http://hayderecho.com/2016/06/13/segunda-oportunidad-que-pasa-si-el-deudor-no-puede-intentar-un-acuerdo-extrajudicial/>, (consultado en julio 2016).
- CUÑAT EDO, V., «El presupuesto objetivo de la suspensión de pagos», en *RJC*, n.º 1, enero-marzo, 1976, pp. 7-30;
- CUÑAT EDO, V., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Algunas limitaciones de la utilidad del periodo preconcursal», en *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur menor, 2014, pp. 179-193.
- CUTILLAS TORNS, J.M.^a, «El artículo 5 bis de la ley Concursal y la posterior solicitud de concurso voluntario», en MARTÍNEZ SANZ (dir.), *Tratado de derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, Madrid, 2012, pp. 41-56.
- DAMIÁN MORENO, J., «El impacto en el proceso de las modernas orientaciones en materia de incumplimiento contractual», en *RJUAM*, n.º 32, 2015, pp. 15-48.
- DAMIÁN MORENO, J., «¿Estorba el Derecho Concursal?», en *Diario económico Expansión*, Sección Jurídico, de 9 de mayo de 2011.
- DAMIÁN MORENO, J., «Actividades judiciales de preparación. Las diligencias preliminares», en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA (coords.), AA. VV, *La nueva ley de Enjuiciamiento Civil: Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, tomo II, por Juan DAMIÁN MORENO, ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 18 y ss.
- DAMIÁN MORENO, J., «Aspectos generales de la declaración de concurso», en AA. VV, *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco de Derecho procesal, San Sebastián, 2004, pp. 61-65.

- DAMIÁN MORENO, J., «Aspectos procesales de la acción de daños y perjuicios como consecuencia de la revocación del auto de declaración de quiebra», en *RUDP (UNED)*, núm. 0, 1988, pp. 127-136.
- DAMIÁN MORENO, J., «El procedimiento de declaración de concurso», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AA. VV., *Derecho Procesal Concursal. Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 139-172.
- DAMIÁN MORENO, J., «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, en *ADco*, núm. 21, 2010, pp. 163-176.
- DAMIÁN MORENO, J., *El derecho y su garantía jurisdiccional*, ed. Reus, Madrid, 2009.
- DAMIÁN MORENO, J., *El juez ante la Ley*, ed. Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2011.
- DAMIÁN MORENO, J., «La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso», en ARIZA-GALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 151- 166.
- DAMIÁN MORENO, J., «Llega la nueva jurisdicción voluntaria», en [<http://almacenederecho.org/llega-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>], (consultado julio 2015).
- DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español*, ed. Dykinson, 2013.
- DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español*, ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al Sistema judicial español*, ed. Dykinson, 1ª edición, Madrid, 2002.
- DAMIÁN TRAVERSO, J., «La decisión administrativa», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 1, 1984, p. 135.
- DAMIÁN TRAVERSO, J., «La razón del deber ser», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIX, 1976-1977.
- DAMIÁN TRAVERSO, J., *Filosofía del Derecho*, ed. UNED, Madrid, 1981, p. 77.
- DAMIÁN TRAVERSO, J., *La razón del deber moral y jurídico*, ed. Dykinson, Madrid, 2003.

- DE ÁLVARO MONTERO, Á./ COLOMER HERNÁNDEZ, I./PALOMAR OLMEDA, A./OUBIÑA BARBOLLA, S./ACHA BESGA, B., (autores), *Las reformas en el Ordenamiento Procesal. Análisis de la LI 1/2009, y la Ley 13/2009*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «La acción directa en el concurso (art. 1597 CC)», en *ADco*, n.º 18, 2009, pp. 37 y ss.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Los créditos derivados del contrato de obra. Su proyección legal en la legislación civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1969, pp. 29-30.
- DE BROCA Y MAJADA, A., *Práctica procesal civil*, ed. Bosch, tomo II, Barcelona 1975.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *¿Crisis de la sociedad anónima?: Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España, parte general, tomo I*, ed. Casa Martín, Valladolid, 1942.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, (Tratado práctico y crítico del Derecho civil, vol. X), ed. Instituto Nacional de Estudios Políticos, Madrid, 1971.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, ed. Madrid, 1972.
- DE HEVIA DE BOLAÑOS, J., *Curia philipica, laberintho de comercio terrestre y naval*, primera edición, Lima.
- DE LA CUESTA RUTE, J.Mª., «Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador», en *La Ley*, 1982-1, p. 745.
- DE LA CUESTA RUTE, J.Mª., *El convenio concursal*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Derecho concursal y procedimientos concursales», en DE LA OLIVA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/VEGAS TORRES (autores), *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 518.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «El proceso civil, instituciones análogas y la jurisdicción voluntaria», en DE LA OLIVA SANTOS y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (autores), *Derecho Procesal civil. El proceso de declaración*, ed. CEURA, 3ª edición, Madrid, 2004, pp. 43-62.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los procesos concursales», en DE LA OLIVA-FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (autores) en *Derecho Procesal Civil IV*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 363-364.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Respetar la ley», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1974, p. 93.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., y DE LA CUESTA RUTE, J. M., «Algunas orientaciones para la reforma del Derecho Concursal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1977, p. 644.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª edición, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 60-62.
- DE LA OLIVA, SANTOS, A., en DE LA OLIVA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/VEGAS TORRES, (autores), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- DE LA OLIVA-FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (autores), *Derecho Procesal Civil IV*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- DE LA PLAZA NAVARRO, M., *Derecho procesal civil*, ed. Revista de Derecho Privado, vol. II, Madrid, 1943.
- DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, tomo II, 1945.
- DE LA PLAZA, *Manual de derecho procesal civil*, vol. II, 1955.
- DE LAS HERAS GARCÍA, M^a.D., «La reforma concursal. Los grandes cambios», en MARTÍN MOLINA (dir.), *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia dada por especialistas*, ed. Dykinson, Madrid, pp. 15-33.
- DE LEÓN, F., «Comunicación ex art. 5 bis LC, seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos: agravación del riesgo asegurado», en *RcP*, n.º 17, 2012, pp. 251-256.
- DE MARINI, «Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria», en *RDP*, 1954.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia», en *La Ley Unión Europea*, n.º 28, 28 de julio de 2015, p. 3.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, ed. Eurolex, Madrid, 1997.
- DE PINA R., y CASTILLO LARRAÑAGA, J., *Instituciones de Derecho Procesal civil*, octava edición, ed. Porrúa, México, 1969.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J.M^a., «Problemas que plantea la regulación de la jurisdicción voluntaria», en *Actualidad civil*, núm. 14, 16-31 julio, 2009, pp. 1-14.
- DE RAMÓN FORS, I., «Sobre la necesidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, núm. 7152, Año XXX, 8 abril de 2009, pp. 1 y ss.

- DEL CUADRO, D., Y VAQUERIZO, A., «La homologación judicial del standstill de Abengoa», en *Diario La Ley*, n.º 8751, sección tribuna, 28 de abril de 2016.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Í., «Paraconcursal preventiva y entidades financieras: nacionalizaciones bancarias en Europa («Northern Rock») y Estados Unidos (INDYMAC), en *RdCyP*, núm. 9, 2008, pp. 457-463.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Sector público empresarial e instituciones paraconcursales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, *RdCyP*, Monografía núm. 14, ed. La Ley, pp. 217-223.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., «El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria», en *Diario la Ley*, núm. 6770, sección doctrina, 3 septiembre 2007, pp. 1-9.
- DELEITO Y DOMINGO, N., «Separación y actualización del Derecho concursal y de la jurisdicción voluntaria», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1-4, 1981, p. 605.
- DENTI, «I procedimenti camerale come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela», en *Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo civile*, Palermo, 1989, pp. 31 y ss.
- DENTI, La giurisdizione voluntaria rivisitata, en *Studi in onore di Enrico Allorio*, tomo I, pp. 181-196.
- DÍAZ DOMÍNGUEZ, A., *Contestaciones completas del Instituto Reus a la materia de Derecho Mercantil del Programa de Notarías*, 2ª edición, ed. Reus, Madrid, 1935, pp. 178-192.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El acuerdo extrajudicial de pagos*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- DIAZ ECHEGARAY, J.L., *Los acuerdos de refinanciación*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El proceso concursal», en GIMENO SENDRA (dir.), AA. VV., *Derecho procesal civil*, ed. Colex, Madrid, 2012.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Los procesos de ejecución universal», en GIMENO SENDRA (dir.) *Derecho procesal civil: Los procesos civiles especiales*, 4ª edición, ed. Colex, Madrid, 2014, pp. 622 y ss.
- DÍAZ MORENO, A., «¿Es viable el ejercicio, al amparo del artículo 1597 CC, de una acción directa contra el dueño de la obra una vez presentado por el contratista la comunicación prevista en el artículo 5.3 de la ley Concursal?, en *Anuario Mercantil para abogados 2011*, ed. La Ley, Madrid, 2011.
- DÍAZ MORENO, A., «Dies a quo y dies ad quem de la paralización de ejecuciones previsto en el artículo 5 bis. 4 de la Ley Concursal», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 105-113.

- DÍAZ MORENO, A., «El convenio concursal», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil II*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, 14ª edición, pp. 982-985.
- DÍAZ MORENO, A., «Las negociaciones para obtener la propuesta anticipada», en AA-VV, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 13ª edición, ed. Ariel, Barcelona.
- DÍAZ MORENO, A., «Nuevo régimen del convenio y algunas cuestiones procesales» en *Revista el notario del siglo XXI*, n.º 25, 2009, p. 59.
- DÍAZ REVORIO, E., «Efectos de la comunicación pre-concursal en las ejecuciones singulares contra el deudor», en MARTÍN MOLINA/DEL CARRE/LOPO (coords.), *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, ed. Dykinson, 2014, pp. 43-51.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Memoria de pleitos*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Meno, 2005.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Proceso concursal y arbitraje*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Algunas acotaciones civilistas al proyecto de Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel OLIVENCIA*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 156-171.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La concurrencia de acreedores y la insuficiencia del patrimonio del deudor», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 950.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cuadernos Civitas, Cizur Menor, 2014.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, tomo II, sexta edición, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, ed. Civitas, Madrid, 2014.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, Mª.P., «El tratamiento concursal del acuerdo extrajudicial de pagos de las personas naturales no empresarios ante el sobreendeudamiento», en GARCÍA BARTOLOMÉ/PACCHI/PÉREZ

- DEL BLANCO (coords.), AA. VV., *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016, pp. 527-552.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y su reforma», en *ADC*, vol. 33, núm. I, 1980, p. 79 y ss.
 - ECHEVARRÍA PETIT, J.L., «Seguridad jurídica y proliferación legislativa», en *Diario La Ley*, núm. 7332, 1 de febrero de 2010, año XXXI, p. 3.
 - ENCISO ALONSO-MUÑOMER, M., «Operatividad de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las soluciones negociadas de las crisis económicas», en *RdCyP*, núm. 8, 2008, pp. 455 y ss.
 - ENCISO ALONSO-MUÑOMER, M., *La judicialización de los acuerdos extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, ed. La Ley, Madrid, monografía núm. 6, 2007.
 - ESCRIVÀ CHORDÀ, R., «Instancia competente para resolver los contratos administrativos en el caso de empresas en situación de "concurso de acreedores"», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 21, sección comentarios de jurisprudencia, noviembre, tomo 2, 2011, pp. 2529-2534.
 - ESPEJO DE HINOJOSA, *Derecho Mercantil*, ed. Barcelona, 1931.
 - ESPINA MONTERO, A., «Líneas de reforma del sistema concursal español», en Espina (dir.), *Crisis de empresa y sistema concursal: La reforma española y la experiencia comparada*, ed. Colección Estudios del Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, p. 127.
 - ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., «La propuesta de la comisión europea para la reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia», en *ADCo*, n.º 29, mayo-agosto, 2013, pp. 423-440.
 - ESTEBAN RAMOS, L.M^a., «El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Especial referencia al requisito del previo acuerdo extrajudicial de pagos», en GARCÍA BARTOLOMÉ, D./PÉREZ DEL BLANCO, P./PACCHI, S. (dirs.), *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016, pp. 745-746.
 - ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «Exoneración de deudas y fresh start: ley concursal y recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 403 y ss.
 - ETXARADIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho concursal*, 2ª edición, ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 914 y ss.
 - FABIANI, M., «Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi, *in fallimento*, 2014, pp. 965 y ss.

- FABIANI, M., «Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotiva di concordato preventivo», en *Il fallimento*, n° 3, 2013, pp. 1051-1061.
- FABIANI, M., «Vademecum per la domanda prenotiva di concordato preventivo», en *ILcaso.It*, doc. n° 313, 2012, pp. 1-15.
- FABRA GARCÉS, L.A., «La crisis inmobiliaria en España», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Crisis inmobiliaria y Derecho concursal*, ed. Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.
- FAIRÉN GUILLÉN, V «Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa», en *ADC*, vol. 44, núm. 3, 1991, pp. 941-960.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., «El auxilio de los tribunales y de la jurisdicción voluntaria», en revista *Justicia* 92, n.º IV 1992, pp. 789-798.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., «La solicitud de concurso por el deudor en la nueva Ley Concursal», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 251, 2004, p. 239.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Ensayo sobre procesos complejos*, ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Lo "sumario" y lo "plenario" en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del derecho procesal*, ed. UNAM, México, 1992.
- FALCONE, G., «La nueva disciplina delle convenzioni di moratoria e l'intervento del professionista attestatore», en *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, n.º 6, nov-dic, 2015, pp. 562-572.
- FALCONE, G., «Profili problematici del concordato con riserva», en *il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.º 3-4, 2013, p. 392-420.
- FALCONE, G., «Recientes evoluciones del Derecho "Preconcursal" italiano: el acuerdo de reestructuración con acreedores financieros y el acuerdo de moratoria», en *RdCyP*, 24, 2016, p. 581.
- FALCONE, G., «Recientes evoluciones del Derecho preconcursal italiano: el acuerdo de reestructuración con acreedores financieros y el acuerdo de moratoria», en *RdCyP*, n-º 24, 2016, pp. 581-586.
- FARINA, P., «Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari», en *Diritto Fallimentare e delle società commerciale*, vol. 88, n.º 1, 2013, pp. 62-81.
- FAZZALARI, E., *Instituzioni di diritto processuale*, ed. CEDAM, 6ª edizione, Padova, 1992.
- FAZZALARI, E., *La giurisdizione volontaria*, ed. Cedam, Padova, 1953.

- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Crisis económica y concurso punibles», *Revista Jurídica La Ley*, 19 de mayo de 2009, pp. 2 y ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.J «Proyección presente y futura del concurso fraudulento en el Derecho penal español (art. 260 CP)», en ARIZA-GALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 89-93.
- FENELLOS PUIGSERVER, «La solicitud de suspensión de pagos: posición del órgano jurisdiccional», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1705, 1994.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., (dir), en AA.VV., *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria: textos prelegislativos, legislativos y procedimiento parlamentario*, ed. Registradores-Dykinson, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Régimen jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria», en *Diario La ley*, n.º 8496 de 9 de marzo de 2015, pp. 1-39.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de octubre de 2005. De la tutela de relaciones jurídicas privadas a la protección de intereses generales, públicos y sociales», en *Diario La Ley*, núm. 6500, sección doctrina, 8 de junio 2006, pp. 1-10.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (I)», en *Actualidad Civil*, n.º 36, 2001, tomo 4, pp. 1277-1299.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (I)», en *Actualidad civil*, núm. 36, tomo IV, 2001, pp. 1271 y ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La Ley de Jurisdicción voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores» en *Diario La Ley*, núm. 7866, sección doctrina, 25 mayo de 2012, pp. 1-8.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La nueva jurisdicción voluntaria», en *AJA*, n.º 876, 2014, pp., 1-3.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La reforma de la Jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones», en *Diario La Ley*, núm. 6216, sección doctrina, 23 marzo 2005, pp. 1-13.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro», en *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 89-148.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria de 31 de octubre de 2013, en *Diario La Ley*, n.º 8273, 18 de marzo, 2014, pp. 1-18.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Misteriosa. Heterogénea. Fascinante jurisdicción voluntaria, en *AJA*, núm. 890/2014, tribuna.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Régimen jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria», en *Diario La Ley*, núm. 8496, sección doctrinal, 9 marzo 2015, pp. 1-39.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, vol. I, ed. Iustel, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, vol. II, ed. Iustel, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, ed. Civitas, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, ed. Civitas, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La suspensión de pagos de las sociedades irregulares. El artículo 286 del Reglamento del Registro Mercantil», en *Diario La Ley*, tomo 3, 1992, pp. 797 y ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 18-19.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación. El expediente registral preconcursal», en *ADco*, núm. 21, 2010-3, p.11, y toda la doctrina allí citada.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los «acuerdos de refinanciación» (Disp. Ad. 4ª LC). Propuesta de reforma Legislativa*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, (Cuadernos de Derecho Registral), Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal: auditoría y prevención de la crisis empresarial, art. 209.1. b) LSA*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 59.
- FERNÁNDEZ GIL, C., *Cuestiones prácticas sobre jurisdicción voluntaria*, ed. Tecnos, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.; RIFA SOLER, J. Mª., y VALLS GAMBAU, J. F., *Derecho procesal práctico*, tomo IX, ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1997.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «El nuevo concepto del sacrificio desproporcionado y sus implicaciones», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 241-249.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Las soluciones preconcursales», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 41-52.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a., «Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 273-306.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a., «Los acuerdos extrajudiciales de refinanciación empresarial y la declaración de concurso», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Crisis inmobiliaria y Derecho concursal*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 43-70.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a., *La reestructuración de deudas en la Ley de Segunda oportunidad*, ed. Bosch, 2^a edición, Barcelona, 2015.
- FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso. (A propósito del auto del juzgado de Primera Instancia núm. 9 y mercantil de Córdoba de 10 de septiembre de 2009)», en *RdCyP*, n.º 12, 2010, pp. 257-268.
- FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concurso y contratos con el sector público en el marco Real Decreto-ley 3/2009 y de la nueva Ley de Contratos del sector público», en *RdCyP*, n.º 11, 2009, p. 274.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., «Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso», en *La nueva Ley Concursal*, ed. CGPJ Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, 2004, p. 23.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Derecho Concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ-GALLARDO J.A., «Competencia resolutoria del secretario judicial en el actual marco normativo de la jurisdicción voluntaria», en *InDret*, julio, 2012, pp. 1 y ss.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «El anteproyecto de ley de concurso de acreedores de 1959», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 173-178.
- FERRÁNDIZ, J.R., «Presupuesto subjetivo», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), VV. AA, *Derecho concursal práctico: Comentarios a la Nueva Ley Concursal*, ed. La Ley-Iurgium editores, Madrid, 2004, p. 23.

- FERRER MARTÍN, D., «Naturaleza jurídica de la suspensión de pagos», en *RdM*, nº 89, vol. 36, julio-septiembre, 1963.
- FINARDI, D., «La figura del (pre) comisario giudiziale nel concordato della riforma 2015 e riflessi sulla C.D., mobilità gratuita», en *Crisi d'impresa e fallimento*, 28 ottobre 2015.
- FLORES SEGURA, M., *Los concursos conexos*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014.
- GALÁN CORONA, E., «El convenio anticipado», en *RPJ*, n.º especial Ley Concursal, 2004, pp. 325 y ss.
- GALÁN GONZÁLEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, ed. Tirant Monografías, Madrid, 2005.
- GALARDO, M., «El concordato preventivo in bianco o pre-concordato», en *magazine costozero*, 17 de mayo de 2013.
- GALEOTE MUÑOZ, M^a.P., «Los acuerdos extrajudiciales en fase concursal», en *Diario La Ley* (821/2010), núm. 7375, sección doctrina, 7 de abril de 2010, año XXXI, pp. 1-16.
- GALLEGO LANAU, M., «El artículo 5 bis de la ley concursal y modificaciones estructurales societarias», en *RdCyP*, n.º 22, p. 477.
- GALLEGO SÁNCHEZ, A.M^a., «Demás créditos de derecho público», en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., (dir.), AA. VV., *Las Administraciones Públicas en el concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 315 a 351, concretamente vid., las páginas sobre el concepto de crédito público, en las pp. 315-328.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Deber de solicitar la declaración de concurso» (art. 5), en gallego (dir.), *Ley Concursal, Cometarios, Jurisprudencia y formularios*, ed. La Ley, Madrid, 2005.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., «El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal», en *Práctica de los tribunales*, núm. 5, sección estudios, mayo 2004, p. 29.
- GARCÍA BARTOLOMÉ D., «El deseado reforzamiento del precurso en la reforma de la ley Concursal», en *Diario económico Expansión*, sección opinión, 10 de enero 2011, p. 31.
- GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «El nuevo “procedimiento abreviado concursal” en España, tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre», en MENDOZA DÍAZ (coord.) *El Derecho procesal en la encrucijada entre la modernidad y tradición*, ed. Sociedad Cubana de Derecho procesal-Unión Nacional de juristas de Cuba, La Habana, 2013, pp. 10-23.
- GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La medida cautelar de aseguramiento de la eventual ejecución de la sentencia de condena a la cobertura del déficit concursal: el embargo preventivo (ex art. 48 ter LC)», en GARCÍA

- BARTOLOMÉ, D./PÉREZ DEL BLANCO, G./PACCHI, S. (dirs.), *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016.
- GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La última reforma de la Ley Concursal operada por el Real Decreto-Ley 4/2014: otra modificación concursal a “golpe” de Real Decreto-Ley», en *RJUAM*, n.º 30, 2014-II, pp. 79-127.
 - GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «Las acciones de reintegración de la masa y la aprobación judicial del convenio: SJM n.º 8 de Madrid de 7 de julio de 2010», en *ADco*, n.º 22, 2011, pp. 469-522.
 - GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «Los efectos del concurso sobre el arbitraje tras la Ley 11/2011», en DAMIÁN MORENO (dir.), *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011*, ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 211-289.
 - GARCÍA BARTOLOMÉ, D., Y PACCHI, S., «La intervención y los poderes de disposición del Ministerio Fiscal en el proceso concursal italiano y español», en *ADco*, n.º 28, enero-abril de 2013, pp. 245-291.
 - GARCÍA BARTOLOMÉ, D./PEREZ DEL BLANCO, G./ESTEBAN MONASTERIO, I./VÁZQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, L., (autores), *Ley de arbitraje*, 1ª edición, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, ed. Cuadernos Civitas, Cizur Menor, 2000 (reimpresión).
 - GARCÍA MANSO, J.L., «Reforma del artículo 5.3 de la Ley Concursal, en *Boletín Doctrina Corporate*, Newsletter de PÉREZ-LLORCA, núm. 11, año 2012, pp. 43-44.
 - GARCÍA MORALES, E., y CALBACHO, F., «La paralización de las ejecuciones individuales en situaciones preconcursales», en *Actualidad jurídica Uría& Menéndez*, n.º 31, 2012, pp. 53-60;
 - GARCÍA VICENTE, J.R., «Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual», en GARCÍA-CRUCES (dir.), VV. AA, *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 67 y ss.
 - GARCÍA VIDAL, Á., «El precurso de acreedores: publicidad *versus* reserva», en *RdM*, n.º 299, enero-marzo, 2016, p. 87.
 - GARCÍA VILA, J.A., «De nuevo en torno a la futura Ley de Jurisdicción voluntaria», en *La Notaria*, núm. 4/2011-1/2012, pp. 26-29.
 - GARCÍA VILLAVERDE, R., «Convenio de la quiebra (Derecho Mercantil)», *Enciclopedia jurídica Básica*, Madrid, 1995, pp. 1692 y ss.

- GARCÍA VILLAVERDE, R., «El derecho concursal español y la reorganización de las grandes empresas», en ESPINA (coord.), AA. VV., *La reforma del derecho concursal y la eficiencia económica*, ed. Consejo General del Colegio de Economistas, Madrid, 1999, pp. 193-202.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., «Instituciones concursales y paraconcurso: el ámbito de una reforma», en *RFDUC*, núm. 8, estudios sobre el anteproyecto de la Ley Concursal, pp. 189-209.
- GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «El presupuesto objetivo del concurso y los problemas de su concreción práctica», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 193-204.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- GARCÍA-CRUCES, J.A. «El problema de la represión de la conducta del deudor», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 250.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia», en GARCÍA-CRUCES (dir.), en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 45-66.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «El problema de la represión de la conducta del deudor», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 250.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación», en GÓMEZ SEGADÉ-GARCÍA VIDAL (eds.) *El Derecho mercantil en el umbral del Siglo xxi. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nòvoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 731-741.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Presunciones de dolo o culpa grave» (art. 165), en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, pp. 2536 y 2537.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Sentencia de calificación» (art. 172), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Civitas-Thomson, Madrid, 2004, pp. 2574-2575.
- GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales en el reglamento europeo de insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen», en *RdCyP*, núm. 22, 2015, pp. 95-103.

- GARCÍA-TREVIJANO GARCÍA, «La suspensión de pagos como causa de resolución de los contratos administrativos de obra», en *REDA*, n.º 77, 1993.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M., Y RODRÍGUEZ L.E., «Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3 de la Ley Concursal», en *ADco*, núm. 20, 2010, pp. 587-598.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «El reglamento de insolvencia: una aproximación general», en AA. VV., *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El convenio de Bruselas, Escuela judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, p. 262.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): la moratoria preconcursal», [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal/>] (consultado en diciembre 2016).
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (I)», en [<http://almacenederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-i/>], (Consultado diciembre 2016).
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Los procedimientos pre-concursales en el Reglamento Europeo de Insolvencia: apuntes del nuevo régimen», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 102.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «El nuevo reglamento de insolvencia (II): ámbito de aplicación», en [<http://almacenederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia-ii-ambito-de-aplicacion/>], (Consultado en septiembre de 2015).
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «El nuevo Reglamento europeo sobre procedimiento de insolvencia (I), (II), (III) y (IV)», en [<http://almacenederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-sobre-procedimientos-de-insolvencia-i/>], (consultado julio 2015).
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «La eficacia en España de los *Schemes of arrangement* ingleses», en *RdCyP*, n.º 13, 2010, pp. 383 y ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Los procedimientos pre-concursales en el reglamento europeo de insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 96-97.
- GARNACHO CANANILLAS, L., «La reforma concursal: ¿un cambio de política jurídica efectivo o sólo pretendido?», en *RdCyP*, n.º 24, 2016.
- GARRIDO GARCÍA, J.Mª., «Out of Court Restructuring», in *A World Bank Study*, 2012, p. 47-51.

- GARRIDO, J.M^a., «La reforma del Derecho Concursal español. Reflexiones en torno a la “propuesta de anteproyecto de la Ley Concursal” del profesor Ángel ROJO», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año XV, octubre-diciembre 1996, pp. 889-943.
- GARRIDO, J.M^a., *Tratado de las preferencias del crédito*, ed. Civitas-Thomson, Madrid, 2000.
- GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, ed., Madrid, 1974.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Imprenta Silverio Aguirre Torre, 4^a edición, Madrid, 1962.
- GARRIGUES, J., «Derecho de las quiebras y de las suspensiones de pagos», en *RDP*, 1940, pp. 131-184;
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RdCyP*, n.º 24, 2015.
- GAY MONTELLÁ, R., *Código de Comercio español*, ed. Barcelona, 1936.
- GIMENO GAMARRA, R., «Ensayo de una teoría general sobre jurisdicción voluntaria» en *ADC*, tomo IV, 1953, pp. 3-80.
- GIRÓN TENA, J., «Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley Concursal: sus funciones y relaciones», en *RFDUC*, (*estudios sobre el anteproyecto de ley Concursal*), marzo 1985, pp. 133-143.
- GIRÓN TENA, J., «Temario para una encuesta», en *RFDUC* (*estudios sobre el anteproyecto de ley concursal*), marzo 1985, pp. 7-27.
- GIRÓN TENA, J., *Las grandes empresas: problemas jurídicos actuales de tipología empresarial. La gran S.A, los Grupos de sociedades*, ed. Publicaciones de los seminarios de la facultad de derecho (México-Valladolid), 1965.
- GODOY, E.A., y BADILLO ABASOLO, V., «Los procedimientos judiciales de quiebra de los individuos en Estados Unidos», en GARCÍA BARTOLOMÉ, D./PACCHI, S./PÉREZ DEL BLANCO, G. (dirs.), AA. VV., *Estudios sobre Derecho de la Insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016, pp. 628-635.
- GÓMEZ BERNARDO, N., «Primera aproximación al nuevo Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 1-8.
- GÓMEZ BLANCO, M^a. C., y MAURO PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C., *La jurisdicción voluntaria: formularios y práctica jurídica comentada*, ed. Comares, Granada, 2008.
- GÓMEZ COLOMER J.L., «El proceso monitorio», en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./BARONA VILAR,

- S./CALDERÓN CUADRADO, P., (autores), *Derecho Jurisdiccional II: proceso civil*, ed. Tirant Lo Blanch, 23ª edición, Valencia, 2015. p. 823.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., «El proceso concursal», en MONTERO AROCA, J./ BARONA VILAR, S./CALDERÓN CUADRADO, M.P./GÓMEZ COLOMER, J.L., (autores) *Derecho jurisdiccional II: proceso civil*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 867.
 - GÓMEZ COLOMER, J.L., «La jurisdicción voluntaria», en MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN REDONDO/BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª edición, Valencia, 2003, pp. 848-850.
 - GÓMEZ COLOMER/MONTERO AROCA/MONTÓN REDONDO/BARONA VILAR (autores), *Derecho Jurisdiccional II*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 815-819.
 - GÓMEZ DE LAS ROCES, H., «Los créditos públicos y el concurso de acreedores», en GARCÍA-CRUCES/QUINTANA/BONET (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 459-475.
 - GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., (dir./coord.) Y OTROS, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Forum, Oviedo.
 - GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Abogacía y proceso*, ed. Oviedo, 1988.
 - GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Casos y cosas del Derecho: crónicas de un tiempo*, ed. Forum, Madrid, 2015.
 - GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El proceso civil*, ed. Editorial Forum, 3ª edición, Gijón, 1996.
 - GÓMEZ LÓPEZ, E., «La utilidad real de la aplicación del art. 5 bis LC», en MARTÍN MOLINA/DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ (coords.), *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia da por especialistas*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 27-33.
 - GÓMEZ ORBANEJA con HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, ed. Madrid, vol. I, de 1979.
 - GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho y Proceso*, Ed. Civitas/Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.
 - GÓMEZ ORBANEJA, E., «El proceso civil: Concepto y fin. Naturaleza jurídica del proceso. Clases de proceso. El proceso y otras instituciones para la paz jurídica. Distinción entre proceso y procedimiento», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, ed. Madrid, vol. I, 3ª edición, 1951, pp. 14 y 15.
 - GÓMEZ ORBANEJA, E., «Ficciones y conceptos formales en el Derecho, en *Moneda y Cambio*, n.º 128, 1974, p. 17.

- GÓMEZ ORBANEJA, E., «Jurisdicción voluntaria: Concepto, Naturaleza y contenido (I)» en GÓMEZ ORBANEJA/HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, ed. Madrid, 3ª edición, 1951, p. 729 y ss.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., «Los avatares del texto Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 31-32, 1983, pp. 25-38.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil*, (con HERCE QUEMADA), tomo I, 3ª edición, ed. Grafica Administrativa, Madrid, 1951.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *El ejercicio de los derechos*, ed. Civitas, Madrid, 1975.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., Y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal civil: Juicios y procedimientos especiales. Ejecución procesal jurisdicción voluntaria*, volumen segundo, por Vicente HERCE, ed. Madrid, 1979.
- GONDRA ROMERO, J.Mª, «Funcionalidad del sistema concursal, en *RFDUC*, marzo 1985, p. 146.
- GONDRA ROMERO, J.Mª, «Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema concursal proyectado», en *RFDUC*, (estudios sobre el anteproyecto de ley concursal), marzo 1985, pp.145-177.
- GONDRA ROMERO, J.Mª., «El Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal. Consejo General del Poder Judicial», Madrid, 10 de octubre, de 2001, en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 361-385.
- GONZÁLEZ BILBAO, E., «Tipos de privilegios de los créditos públicos en el concurso. Un caso práctico», en *Revista General Informática de Derecho*, núm. 2, 2004.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., «Deber de solicitar el concurso», (art. 5), en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Tecnos, Madrid, 2004, pp. 81-87.
- GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI VIVANCO, J.Mª., y MIGUEL ROMERO, M., *Comentarios a la ley de suspensión de pagos de 14 de septiembre de 1922*, ed. Imprenta de Emilio Zapatero, 1932, Valladolid.
- GONZÁLEZ DELEITO, N., «Aspectos históricos de la Ley de Suspensión de pagos», en *RDP*, 1972, pp. 1001 y ss.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., *La reforma del sistema interno de la extensión y límites de la jurisdicción española en el orden civil*, ed. Reus, Madrid, 2017.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria?, La reestructuración parcial de la materia en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria*, ed. Reus, Madrid, 2015.

- GONZÁLEZ GRANDA, P., «Jurisdicción y Competencia en materia concursal», en OLIVENCIA, M./FDEZ NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), *Derecho Procesal Concursal. Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 42-123.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «El nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma de 2014», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2014, pp. 1-15.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal», en *ADco*, núm. 19, 2010, pp. 115-126.
- GONZÁLEZ POVEDA, B., «Jurisdicción voluntaria», en *CDJ*, Monográfico sobre jurisdicción voluntaria, 1996, pp. 17-56, del mismo autor: *Jurisdicción voluntaria: doctrina y formularios*, 4ª edición, ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- GONZÁLEZ POVEDA, B., «La jurisdicción voluntaria, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GONZÁLEZ POVEDA, B., «Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria», en *RCGPJ*, n.º 16, 1996, pp. 15-54.
- GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «Separación y actuación del Derecho concursal y de la jurisdicción voluntaria», en *RDPIb*, 1981, pp. 603-618.
- GONZÁLEZ-MONTES, J.L., *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*, ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1974.
- GOZALO, V., «La acción directa en caso de concurso del contratista», en *ADco*, n.º 13, 2008-3, pp. 139-155.
- GRANADOS JARQUE, «Análisis de las cuestiones sobre la naturaleza del expediente de suspensión de pagos», en *RJC*, n.º 4, 1983, pp. 979 y ss.
- GRASSI, «I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela», *Atti del XVII Convegno Nazionale del processo civile*, Palermo, 1989, pp. 49 y ss.
- GUASCH MARTORELL, R., «Aproximación crítica a la protección de la integridad del patrimonio concursal en la Ley de Suspensión de Pagos», en *RDM*, n.º 216, abril-junio, 1995, pp. 517-558.
- GUASCH MARTORELL, R., «Aproximación crítica a la protección de la integridad del patrimonio concursal en la Ley de Suspensión de Pagos», en *RdM*, n.º 216, abril-junio, 1995, pp. 517-558.
- GUASP DELGADO, J., «Ejecución general», en *Derecho Procesal Civil*, ed. Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1956.

- GUASP DELGADO, J., *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I, Primera parte, ed. Aguilar, Madrid.
- GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, 3ª edición, tomo I, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- GUASP DELGADO, J., y ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil*, ed. CIVITAS, 4ª EDICIÓN, VOL. II, MADRID, 1998.
- GUASP DELGADO, J., y ARAGONESES P., «Nociones generales y requisitos del concurso de acreedores», en *RDP*, núm. 1-3, 2004, p. 333 y ss.
- GUILLÉN E IGUAL, *Suspensión de pagos*, ed. Barcelona, 1974.
- GUINOT BARONA, M., «Diferencia de trato entre la Administración pública y el contratante privado frente la situación de concurso ¿una discriminación razonable?», en *Diario La Ley*, núm. 7080, sección tribuna, 19 dic 2008, año XXIX, ref-374, pp. 1-16,
- GURREA MARTÍNEZ, A., «El ineficiente diseño de la legislación concursal española: una propuesta de reforma a partir de la experiencia comparada y de un análisis económico del Derecho concursal», en <https://ssrn.com/abstract=2798561>, (consultado julio 2016), pp. 2, 9-10 y 18-19.
- GURREA MARTÍNEZ, A., «La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores», SSRN: <http://SSRN.COM/ABSTRACT=2400128>
- GURREA MARTÍNEZ, A., *Contabilidad para juristas*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 97-98.
- GURREA MARTÍNEZ, L., «La problemática paralización de las ejecuciones tras la reforma del artículo 5 bis de la Ley Concursal por el RDL 4/2014, de 7 de marzo», en *Revista e-Dictum*, n.º 32, sección doctrina, agosto 2014.
- GURREA-MARTÍNEZ, A, «La incomprensible vigencia de la sección de calificación en el Derecho concursal español del siglo XXI» (The Incomprehensible Survival of the Classification of the Insolvency Proceeding in the Spanish Insolvency Law of the 21st Century) (January 2, 2016). Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper No. 1/2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2710117> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2710117>.
- GURREA-MARTÍNEZ, A., «Nuevas Tendencias en la Configuración del Interés del Concurso: Del Interés de los Acreedores al Mantenimiento de la Empresa en Crisis (New Tendencies in the Main Role of Insolvency Proceedings: From the Maximization of Returns to Creditors to the

Rescue of Companies in Financial Distress) (May 16, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2438117>.

- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *El sobreendeudamiento domestico: prevención y solución: crisis económica, crédito, familias y concurso*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La reforma de convenio concursal», en *RdCyP*, núm. 15, segundo semestre, 2011, p. 1 y ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *La fecha de la retroacción*, ed. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2001.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio», en *RdM*, 2010, pp. 645-684.
- HERCE QUEMADA, V «Procedimientos preventivos del proceso», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores) en *Derecho Procesal civil*, ed. Madrid, vol. II, 1979, p. 179.
- HERCE QUEMADA, V., «Ejecución general. Los estados preliminares de quita y espera y de suspensión de pagos: exposición de las normas procesales que los regulan», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, vol. 1, ed. Graficas Administrativa, Madrid, 1951.
- HERCE QUEMADA, V., «El procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, vol. II, ed. Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1979, pp. 377-420.
- HERCE QUEMADA, V., «La conciliación como medio de evitar el proceso civil, en *RDP*, 1, enero-marzo, 1968, pp. 51-68.
- HERCE QUEMADA, V., «la proliferación de tipos procedimentales civiles en primer instancia», en *RDP*, n.º 3, julio-septiembre, 1965, p. 122.
- HERCE QUEMADA, V., «La quita y espera», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (autores), *Derecho procesal civil*, vol. II, ed. Madrid, 1979, pp. 191 y 201.
- HERCE QUEMADA, V., «Los estados preliminares de quita y espera y de suspensión de pagos. Exposición de las normas procesales que los regulan», en GÓMEZ ORBANEJA y HERCE (autores) *Derecho Procesal civil*, 3ª edición, vol. I, ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1951, p. 654.
- HERCE QUEMADA, V., «Procedimientos judiciales preventivos del proceso», en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE (autor), *Derecho Procesal Civil*, ed. Madrid, vol. II, 1979, pp. 177-210.
- HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, vol. II, 8ª edición, ed. Artes gráficas y ediciones, S.A., Madrid, 1979.

- HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (autores), *Derecho Procesal: juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal jurisdicción voluntaria*, volumen segundo, ed. Madrid, 1979, pp. 177-210.
- HERMOSILLA GIMENO, R., y RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., «Solicitud y declaración judicial de concurso», en AA. VV., *Memento Práctico concursal*, ed. Francis Lefevre, Madrid, 2015, p. 71.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «La nueva fase preconcursal», en *Diario La Ley*, n.º 7272, 29 de octubre de 2009, pp. 1-8.
- HERNÁNDEZ CRESPO, «Publicidad registral de la suspensión de pagos, en *RCDI*, n.º 604, 1991.
- HERNÁNDEZ GIL, F., «La apertura y el contenido de la pieza de calificación en la suspensión de pagos», en *Diario La Ley*, tomo 1, 1995, pp. 803 y ss.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., «Solicitud de concurso. La solicitud anticipada», en PRENDES-MUÑOZ PAREDES (dirs.), *Tratado de la insolvencia*, tomo I, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 547-678.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M., y ORELLANA CANO, N., «De los presupuestos del concurso» en AA. VV, *Tratado práctico concursal*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 205-220.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M., y ORELLANA CANO, N., «Deber de solicitar la declaración de concurso», en PRENDES (dir.), *Tratado práctico concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 212-220.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M, «De la declaración de concurso», en PRENDES/MUÑOZ PAREDES (dirs.), *Tratado judicial de la insolvencia*, tomo I, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 547-678.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., «El papel de las Administraciones Públicas en las soluciones alternativas al concurso. Los institutos preconcursales», en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., (dir.), AA. VV, *Las Administraciones Públicas en el concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 553.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., «Solicitud de concurso. La solicitud anticipada», en PRENDES-MUÑOZ PAREDES (dirs.), *Tratado de la insolvencia*, tomo I, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 547-678.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., *La segunda oportunidad*, ed. Francis Lefevre El Derecho, Madrid, 2015.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M., ORELLANA CANO, N., «Deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5), en PRENDES (dir.), AA. VV.,

- Tratado Práctico concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 213.
- HERRERA CUEVAS E.J., «De la prevalencia entre el juicio de quiebra y el expediente de suspensión de pagos», en *Diario La Ley*, Sección doctrina, 1997, tomo IV, ref. D. 204, pp. 1-9.
 - HERRERA CUEVAS, E.J., «La acción directa ante el concurso del contratista», en *RcP*, n.º 6, p 179-199.
 - HERRERO DE EGAÑA, J.M^a., «La reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia», en ROJO-CAMPUZANO (coords.), AA. VV., *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Emilio BELTRÁN (Liber Amicorum)*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, tomo II, Valencia, 2015, p. 2513.
 - HERRERO PEREZAGUA, J., «Soluciones pactadas y homologación judicial», en PARRA LUCÁN (dirs.), *Negociación y perfección de los contratos*, ed- Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 1109.
 - HERRERO PEREZAGUA, J., *Lo jurisdiccional en entredicho*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
 - IGLESIAS REDONDO, J.L., «El concurso de acreedores en el Derecho romano clásico», en ROJO-CAMPUZANO (coords.), AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1047 y ss.
 - ILLESCAR ORTIZ, R., «La reforma de la mecánica del Derecho concursal español: procedimientos, jurisdicción, operadores, en Espina (Coord.), «La reforma del derecho concursal y la eficiencia económica, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1999, p. 344.
 - ILLESCAS ORTIZ, R., «Apuntes para una reforma del Derecho concursal español», en *Boletín del Ilustre Colegios de Abogados de Sevilla*, enero-abril, 1977, pp. 6 y ss.
 - ILLESCAS ORTIZ, R., «el deambular –¿errático? – del Derecho concursal», en *Derecho de los negocios*, n.º 229, octubre 2009, p. 1.
 - INZITARI, B., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei», en *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, n.º 6, nov-dic, 2015, pp. 517-529.
 - JACKSON T.H., *Logic and the limits the bankruptcy Law*, ed. Harvard Press University, 1986.
 - JACQUET YESTE, T., «Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio», en *RdCyP*, n.º 4 (La Ley 1083/2006) sección varia, primer semestre 2006, pp. 227 y ss.

- JACQUET YESTE, T., «El no deber de solicitar el concurso y la paraconcurabilidad», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 384-385 y 387-391.
- JACQUET YESTE, T., «La propuesta anticipada de convenio en las reformas de la ley Concursal», en ARIAS VARONA (coord.), *Conservación de empresas en crisis: estudios jurídicos y económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013, Monografía *RdCyP*, n.º 17, pp. 213-241.
- JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, ed. La Ley, Monografía *RdCyP*, n.º 16, Madrid, 2012.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «Decreto Ley», en ARAGÓN REYES (coord.), AA. VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 33 y ss.
- JIMÉNEZ DE PARGA, R., «Una posible interpretación del artículo 7 de la Ley de Suspensión de Pagos», en *RGD*, n.º 505-506, 1986, p. 4553.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., y DÍAZ MORENO, A., «Algunas cuestiones en torno a la reforma del régimen del convenio concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009 en AA. VV.», *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 745.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «El convenio concursal», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Manual de Derecho Mercantil II*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 982-985.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., y DÍAZ MORENO, A., «Algunas cuestiones en torno a la reforma del régimen del convenio concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009», en GÓMEZ SEGADE-GARCÍA VIDAL (eds.) *El Derecho mercantil en el umbral del Siglo xxi. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Nóvoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 743-754.
- KISCH, W., *Elementos de derecho procesal civil*, ed. Revista de Derecho Privado, 4ª edición, (traducida por el profesor Leonardo PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ), Madrid, 1940.
- LACALLE SERER, E., y SANMARTIN ESCRICHE, F., *Formularios sobre jurisdicción voluntaria*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 3, ed. Barcelona, 1979.
- LACUEVA BERTOLACCI, R., «Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria», en *Diario La ley*, núm. 6755, 12 julio 2007, pp. 1-6.
- LAMANNA, F., «Il C.D decreto sviluppo: primo commento sulla novità in materia concursuale», *il fallimentarista.it*, n.º 26 de mayo de 2012, pp.1-2.

- LANGLE Y RUBIO, E., *Manual de Derecho mercantil español*, ed. Bosch, tomo I, Barcelona, 1954.
- LANGLE Y RUBIO, E., *Manual de Derecho mercantil español*, ed. Bosch, tomo II, Barcelona, 1954.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en MENÉNDEZ. A./PAU PADRÓN, A., (dirs.), *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*, ed. Thomson-Civitas y Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2004, pp. 74-75.
- LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, ed. Ariel, Barcelona, (traducido por Enrique GIMBERNAT ORDEIG), 1966.
- LARGO GIL, R., «El contenido del acuerdo (II): los acuerdos de reestructuración empresarial», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 153-214.
- LEÓN, F., «Acciones de reintegración» (art. 71), en VV-AA, ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de La Ley Concursal*, tomo ii, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1301 y ss.
- LIBERO NOCERA, I., «La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione», en *Il diritto Fallimentare*, n.º 5, 2016, pp. 1089-1130.
- LIBERO NOCERA, I., «Pre-concordato: modalità, effetti e peculiarità processuali del nuovo strumento concordatario», en *Gli approfondimenti: il sole24ore.com*, n.º 1, enero 2014, pp. 65-79.
- LIÉBANA ORTIZ, J.R «Hacia una teoría general de la Jurisdicción voluntaria», en *Práctica de Tribunales*, n.º 95, julio-agosto, 2012, pp. 24-35.
- LIÉBANA ORTIZ, J.R «Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática», en *REDUR*, n.º 9, 2011, pp. 147-164.
- LIÉBANA ORTÍZ, J.R *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- LIÉBANA ORTÍZ, J.R., «Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática», en *Redur*, núm. 9, 2011, pp. 147-164.
- LIÉBANA ORTÍZ, J.R., «La hora de la jurisdicción voluntaria, en *Diario La Ley*, núm. 7968, sección tribuna, 20 noviembre 2012, pp. 1-2.
- LIÉBANA ORTÍZ, J.R., «La nueva jurisdicción voluntaria», en *AJA*, núm. 876/2014, pp. 1-3.
- LIÉBANA ORTIZ, J.R., «Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, en *REDUR*, n.º 3, 2005, pp. 163-182.

- LIÉBANA ORTIZ, J.R., *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, ed. Iustel, Madrid, 2012.
- LIÉBANA ORTIZ, J.R., y SOBRINO GONZÁLEZ, T., «Apuntes críticos sobre el anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, *RGDP*, n.º 34, 2014, pp. 1-17.
- LIEBMAN, E.T., «Giurisdizione volontaria e competenze, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Processo civile*, vol. II, 1925.
- LINARES GIL, M., «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley 6/2010», en *RdCyP*, núm. 14, 2011, pp. 193-204.
- LINARES GIL, M.I., «Comunicación, reconocimiento y graduación de créditos públicos en el proyecto de ley de reforma concursal», en *RdCyP*, núm. 15, 2011, pp. 145-151.
- LINARES GIL, M.I., «Incidencia de los créditos públicos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia financiera y concursal ante la evolución de la situación económica», en *RdCyP*, núm. 11, pp. 133-144.
- LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «El sistema de normas y actos en la unión europea (II)», en MANGAS MARTÍN-LIÑÁN NOGUERAS (autores), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ed. Tecnos, 4ª edición, Madrid, 2004, pp. 366-368.
- LÓPEZ CURBELO, J., «Fundamentos de la suspensión de pagos como presupuestos determinantes de los perfiles del convenio preventivo (I), *Revista de la Facultad de ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas*, n.º 4, febrero 1999, pp. 207-237.
- LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza de convenio en la suspensión de pagos*, ed. J.Mª., Bosch editor, Barcelona, 2000.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de la empresa en crisis*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, ed. Aranzadi-Thomsom Reuters, Cizur Menor, 2012.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., y GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, I., «Especialidades del concurso de las entidades financieras tras la nueva Ley Concursal, en *RdM*, núm. 254, octubre-diciembre 2004, pp. 1543-1578.
- LORCA NAVARRETE, A., «La regulación de las diligencias preliminares en la LEC: una regulación inconstitucional», *Diario La Ley*, n.º 6, 2000, D-201, pp. 1918 y ss.

- LORCA NAVARRETE, A.M^a., *El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con particular referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 44-47.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 1597 CC» en ALBALADEJO (dir.), AA. VV, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. XX-2, Madrid, pp. 445 y ss.
- MAGDALENO CARMONA, A, y BENEYTO PALLÁS, K., *Aspectos procesales de la práctica Concursal de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2015.
- MAGDALENO CARMONA, A., «La acción directa y la insolvencia del contratista», en *ADco*, n.º 13, 2008, pp. 125-138.
- MAIRATA LAVIÑA, J., «Confidencial de la comunicación de las negociaciones en el artículo 5 bis LC», en *RdCyP*, núm. 22, 2015, pp. 251-259.
- MAJADA, A., *Manual de concurso, suspensión de pagos y quiebra*, ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1975.
- MAJADA, A., *Práctica Concursal*, Barcelona, 1989.
- MARCOS GONZÁLEZ DE LECUONA, M., «Deber de solicitar la declaración de concurso», en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, ed. Aranzadi -Thomsom Reuters, Cizur Menor, 2ª edición, 2009, pp. 134-146 y 255-274.
- MARCOS GONZÁLEZ DE LECUONA, M., *La declaración formal de Quiebra y sus efectos*, ed. Cedecs, Barcelona, 1997.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Á., «Información financiera y preconcursalidad», en *RdCyP*, n.º 18, 2013, pp. 67 y ss.
- MARRODÁN MONTIEL, S., «La aplicación práctica del llamado “preconcurso” de acreedores», <<http://blogs.unir.net/1047-la-aplicacion-practica-del-llamado-preconcurso-de-acreedores>>, 16 de mayo de 2013.
- MARTÍ DE EIXALA y DURÁN Y BAS, M., *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, ed. Actualizada por Lluís Durán Y Ventosa, Barcelona, 1911.
- MARTÍ MINGARRO, L., «Ante la reforma de un Derecho en estado caótico», en *Diario de Noticias La Ley*, febrero 2002, p. 11.
- MARTÍN ALONSO, O., «El concurso voluntario», en NIETO DELGADO (coord.), *Derecho Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 73-92.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «Terminación sin convenio de la Junta de acreedores en la suspensión de pagos», en *RDJ*, 1961, p. 121.

- MARTÍNEZ MELÓN, M^a.D., *Las soluciones al concurso por vía del convenio*, Ed. Lex Nova-Thomson Reuters, Pamplona, 2013.
- MARTÍNEZ ROSADO, J., «Liquidación ordenada de grandes entidades financieras y resolución de entidades de crédito: modelo norteamericano versus modelo español», en *RdCyP*, núm. 20, 2014, pp. 447-463.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M^a., «El acto de conciliación en el proceso penal», en *RDPIb*, n.º 2, 1969, pp. 422 y ss.
- MASCARELL NAVARRO, M.J., «La calificación de la quiebra y de la suspensión de pagos y el código penal de 1995», en *RDP*, n.º 2, 1997, pp. 375-401.
- MASCARELL NAVARRO, M^a.J., «La declaración de suspensión de pagos: relaciones con la declaración de quiebra», en *RGDD*, n.º 576, año XLVIII, septiembre, 1992, pp. 8609-8650.
- MASCARELL NAVARRO, M^a.J., *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de pagos*, ed. Comares, Granada, 1995.
- MEDINA FERNÁNDEZ-ACEYTUNO, «La presentación de la solicitud de suspensión de pagos en grupos de empresas», en *Diario La Ley*, 31 de mayo de 1994, n.º 3531.
- MEGÍAS LÓPEZ, J., «Competencia orgánica y crisis económica de sociedades de capital: disolución, preconcurso y concurso», en *RdCyP*, núm. 22, 2015, pp. 443-456.
- MELÉNDEZ HUELÍN, O., «Derecho concursal y normativa contable del Banco de España: provisiones por insolvencia y alternativas al concurso de acreedores», en *RdCyP*, núm. 10, primer semestre de 2009, pp. 241 y ss.
- MELLADO RUIZ, L., «Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de contratos de sector público: análisis general a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», en *Administración en Andalucía. Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 74 (2009), pp. 101-146.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal», en *Homenaje a José María Chico Ortíz*, ed. Marial Pons, Madrid, 1995, pp. 1319-1321.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: la anticipación de la apertura del procedimiento», en *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 5931-5933.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, tomo I, 2005, pp. 371-373.

- MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, duodécima edición, ed. Civitas, Madrid, 2014, pp. 587 y ss.
- MICHELI, G.A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Ed Giuffré Editore, vol. II, Milano, 1960.
- MICHELLI, G.A., «Forma y sustanza nella giurisdizione volontaria», in *Rivista di Diritto Processuale*, 1947, 1ª parte, pp. 101-128.
- MOLINA PASCUAL, E., «Procedimiento de suspensión de pagos», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956, p. 802 y ss.
- MONTANARI, M., «La protezione del patrimonio nel concordato preventivo», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.º 5, 2013, pp. 673-678.
- MONTERO AROCA, J., «La conciliación preventiva en el proceso civil», en *RJC*, n.º 4, octubre-diciembre 1971, año LXX, pp. 883-885.
- MONTERO AROCA, J., «La conciliación preventiva en el proceso civil: Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento», en *RJC*, n.º 4, 1971, pp. 143-147.
- MONTERO AROCA, J., *De la Legitimación en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2007.
- MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II*, ed. Tirant Lo Blach, 23ª edición, Valencia, 2015.
- MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe de él)*, Civitas, Madrid, 1994.
- MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./BARONA VILAR, S., (autores), *Derecho Jurisdiccional I*, 23ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- MONTES REYES, «La suspensión de pagos y los contratos de tracto sucesivo», en *Escritos en homenaje al profesor Prieto Castro*, ed. Nacional, I, Madrid, 1979, p. 57.
- MONTÓN REDONDO, A., «Líneas generales y principios del futuro proceso concursal», en *Justicia* 86, II, 1986, pp. 293-316.
- MONTÓN REDONDO, A., y MONTÓN GARCÍA, M., *El nuevo proceso concursal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «El concurso de la contratista subcontratante», en García-Cruces (dir.), *Crisis inmobiliaria y Derecho Concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 116 y ss.

- MORENO CATENA, V., «Actos previos al proceso», en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., (autores), *Derecho procesal civil. Parte general*, 8ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 124.
- MORENO CATENA, V., «Aspectos más relevantes de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en las modificaciones de 2009», en *Estudios Jurídicos*, n.º 1, 2010.
- MORENO CATENA, V., «De la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Consejeros: La revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, n.º 122, diciembre de 2016, pp. 44-46.
- MORENO CATENA, V., «Ejecución forzosa de sentencias y ejecución provisional», en *Estudios jurídicos*, n.º 2005, 2005.
- MORENO CATENA, V., «La ejecución forzosa» en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA V. (autores), *Derecho Procesal Civil. Parte General*, ed. Tirant Lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2010, pp. 395-396.
- MORENO CATENA, V., «La justicia en acción (I)», en *CDJ, (Justicia: poder y servicio público)*, n.º XVIII, 2006, p. 313.
- MORENO CATENA, V., «La oficina judicial, los letrados de la administración de justicia y el personal al servicio de la Administración de Justicia», en MORENO CATENA-CORTÉS DOMÍNGUEZ - (autores), *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, 8ª edición, Valencia, 2015, pp. 164-166.
- MORENO CATENA, V., «La oposición a la ejecución forzosa de títulos extrajudiciales», en MORENO CATENA (coord.), AA. VV., *Estudios de Derecho judicial (ejemplar dedicado a la ejecución civil)*, n.º 53, 2004, pp. 833-878.
- MORENO CATENA, V., «La resolución jurídica de conflictos» en SOLETO MUÑOZ (dir.), AA. VV., *Mediación y resolución de conflictos*, ed. Tecnos, Madrid, 2013, pp. 42-61.
- MORENO CATENA, V., «Las funciones exclusivas de los juzgados y tribunales» en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., (autores), *Introducción al Derecho procesal*, 7ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, valencia, 2013, pp. 76-77.
- MORENO CATENA, V., en ALMAGRO NOSETE/CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA (autores), *Derecho Procesal*, tomo I, vol. I, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1986, p.354.
- MORENO CRUZ, M., y ABDO CUZA, M., «Los instrumentos preconcursales: complemento necesario del Derecho concursal actual. Su tratamiento jurídico en el marco del concurso en Cuba», en GARCÍA BARTOLOMÉ/PACCHI/PÉREZ DEL BLANCO, (coords.), AA. VV.,

- Estudios sobre Derecho de la insolvencia, ed. Eolas, León, 2016, pp. 527-552.
- MORENO SERRANO, E., «Ejecuciones de bienes necesarios y negociación de un acuerdo de refinanciación», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 483-493.
 - MORENO SERRANO, E., «Novedades en el concurso de entidades aseguradoras y reaseguradoras», en [www.concursoysociedades.blogspot.com.es], (Consultado el 17 de julio de 2015.)
 - MORENO SERRANO, E., *Los administradores de la una sociedad de capital ante una situación de insolvencia*, ed. La Ley, Madrid, 2015.
 - MORILLAS, M^a.J., «Deber de solicitar la declaración de concurso», (art. 5), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, ed. Thomson-Civitas, Madrid, pp. 229-241.
 - MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
 - MUERZA ESPARZA, J., «Sobre la publicidad en la investigación penal: perspectivas de futuro», en *Diario La Ley*, n.º 8341, sección doctrina, 26 de junio de 2014, pp. 1-10.
 - MUÑOZ DE BENAVIDES, C., «La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal a la luz de la jurisprudencia», en *Diario La ley*, n.º 7419, sección tribuna, 8 de junio 2009, año xxxi, pp. 1-4.
 - MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo concursal*, ed. Aranzadi-Thomsom Reuters, Cizur Menor, 2013.
 - MUÑOZ ROJAS, T., «Sobre la jurisdicción voluntaria», *Actualidad Civil*, n.º 39, sección doctrina, semana 22-28, octubre, 1990.
 - NAVARRO VILARROCHA, «La competencia jurisdiccional en la suspensión de pagos», en *RGD*, n.º 13, 1977
 - NIETO DELGADO, C., «Comunicación previa del art. 5.3 LC, nuevos institutos preconcursales y reglamento (CE) n.º 1346/2000», en *RcP*, n.º. 15, 2011, pp. 199-208;
 - NIETO DELGADO, C., «La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal: algunos aspectos problemáticos», en MARTÍN MOLINA (dir.), *La aplicación práctica de la nueva Ley Concursal tras un año de vida: el análisis de los especialistas*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 19-26;
 - NIETO DELGADO, C., «La refinanciación como alternativa al concurso», en MARTÍN MOLINA/DEL CARRE/LOPO (coords.), *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, ed. Dykinson, 2014, pp. 13-28.

- NIETO DELGADO, C., «Las comunicaciones del artículo 5 bis LC y síndrome de Münchausen», en *Diario El Economista*, 7 de marzo de 2014.
- NIETO DELGADO, C., «Reforma concursal: diez críticas esenciales al Proyecto de Ley», en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), AA. VV., *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch Concursal, Valencia, 2012, p. 626.
- NIETO DELGADO, C., y VILLENNA CORTÉS, B., «Garantías financieras y homologación de los cuerdos refinanciación», en *Diario La Ley*, núm. 8471, sección documento on-line, 2 de febrero de 2015, año XXXVI, pp. 1-7.
- NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- NIGRO, A., «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria», en *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, Ottobre 2015, ISSN 2282-667X, p. 7.
- NIGRO, A., «Gli Accordi di ristrutturazione con intermediari...», op., cit., p. finanziari e le convenzioni di moratoria», en *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, ottobre 2015, ISSN: 2282-667X, p. 1.
- NIGRO, A., «Los problemas fundamentales del derecho concursal desde la perspectiva de reforma del Ordenamiento italiano», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 339-358.
- NUÑEZ-LAGOS BURGUERA, A., «¿Continúa pudiendo ejercitar el subcontratista la acción directa contra el comitente (ex art. 1597 CC) en el supuesto de concurso del contratista?», en *RdCyP*, primer semestre, n.º 1, 2005, p. 331.
- OLIVENCIA RUIZ, M «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de ley concursal)*, marzo 1985, pp. 29-45.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «Concurso y precurso», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 12.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «Del concurso en tiempos de crisis: una reforma ortopédica», en *RdCyP*, núm. 11, 2009, pp. 23 y ss.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «El Derecho Concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma», en *La reforma de la legislación mercantil*, ed. Civitas y Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, pp. 315-365.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», en *RcP*, n.º 13, 2010, pp. 19-26.

- OLIVENCIA RUIZ, M., «Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso», en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, núm., especial, XVIII, pp. 25 y ss.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «La reforma del Derecho Concursal (El largo «ante» de un proyecto). Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el 30 de septiembre de 1996», en *Vlex*, consultado en mayo de 1995, pp. 1-14;
- OLIVENCIA RUIZ, M., «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio», en *Centenario del Código de Comercio*, vol. 1, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 343-387.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «Las reformas concursales», en *RdCyP*, núm. 16, 2012, pp. 19-20.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «Ley concursal y Código Mercantil (exclusión, coincidencias, remisiones y subtracciones», en ROJO-CAMPUZANO (coords.), AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Emilio Beltrán Sánchez*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1057-1069.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «Los motivos de la reforma concursal», en *RdCyP*, n.º 17, 2012, p. 26.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «Los principios de la reforma concursal», en *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 4, 2004, pp. 11 y ss.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «Los principios de unidad de disciplina, subsistencia de la persona jurídica concursada, continuación de la actividad y conservación de la empresa en la Ley 22/2003» en *El concurso de sociedades en el Derecho Europeo, (una experiencia comparada)*, monografía, núm. 1, 2004, *RdCyP*, ed. La Ley, Madrid, 2004, pp. 11-27.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «Reforma concursal española y doctrina jurídica», en *RdCyP*, núm. 1, 2004, pp. 19 y ss.
- OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal: Discurso leído el día 7 de noviembre de 2005 en el acto de su recepción pública como académico de número, por el Excmo. Sr. D. Manuel OLIVENCIA RUIZ y contestación del Excmo. Sr., Dr. D. Aurelio MENÉNDEZ*, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005.
- OLIVENCIA RUIZ, M., *Publicidad registral de suspensiones de pagos y quiebra*, ed. Montecorvo, 1963.
- OLIVENCIA RUIZ, M., *Terminología Jurídica en la reforma concursal*, ed. Iustel, Madrid, 2006, pp. 25 y ss.
- OLIVENCIA, Ruiz, M., «Del concurso en tiempos de crisis: una reforma ortopédica», *RdCyP*, n.º 11, 2009, p. 23 y ss.

- OLIVENCIA, RUIZ, M., «Reformas concursales del Real Decreto-Ley 4/2014 relativas al status de las garantías reales», en ROJO-CAMPUZANO (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Emilio Beltrán Sánchez*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1057-1069.
- ORBANEJA-HERCE (autores), *Derecho Procesal civil*, ed. Madrid, vol. II, 1979.
- ORELLANA CANO, N., en AA. VV., *Comentario práctico de la nueva Ley concursal*, ed. La Ley, Madrid, 2012.
- ORTIZ NAVACERRADA, S., *El proceso de suspensión de pagos en la jurisprudencia última*, ed. La Ley, Madrid, 1996.
- ORTUÑO, «La suspensión de pagos», en *Revista de los Tribunales*, tomo XLI, pp. 535 y ss.
- OTERO LASTRES, J.M^a., «Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley concursal», ROJO, Á., «La reforma del derecho concursal español», en ROJO (dir.), *La reforma de la Legislación concursal*, ed. Marcial Pons-Colegio de Registradores, Madrid, 2002, p. 93.
- OTERO LASTRES, J.M^a., «Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel OLIVENCIA*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 425-432.
- OUBIÑA BARBOLLA, S./PALOMAR OLMEDA, A /DE ÁLVARO MONTERO, Á./ COLOMER HERNÁNDEZ, I./ACHA BESGA, B., (autores), *Las reformas en el Ordenamiento Procesal. Análisis de la LI 1/2009, y la Ley 13/2009*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- PACCHI, S. Y GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La intervención y los poderes de disposición el Ministerio Fiscal en el proceso concursal italiano y español», en *ADco*, n.º 28, enero-abril 2013, pp. 277-278.
- PACCHI, S., «El acuerdo para salir de la crisis: un instrumento para cualquier deudor. Descripción de los principios básicos del Derecho Concursal italiano: normativa vigente y reformas futuras», en GARCÍA BARTOLOMÉ, D./PACCHI, S./PÉREZ DEL BLANCO, G (coords.), AA. VV., *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016, pp. 435-468.
- PACCHI, S., «Il concordato fallimentare», en PACCHI (coord.), *Manuale di diritto fallimentare*, Seconda edizione, ed. Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 383-421.
- PACCHI, S., «Il concordato preventivo», en PACCHI (coord.), *Manuale di diritto fallimentare, seconda edizione*, ed. Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 475-526.

- PACCHI, S., «Il presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento», en PACCHI (coord.), *Manuale di diritto fallimentare*, Segunda edición, ed. Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 11-41.
- PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (reformas en el Derecho Comparado y crisis económica): La solución dictada por el legislador italiano», en GARCÍA-CRUCES (dir.), en AA. VV., *Las soluciones negociadas como respuestas a la insolvencia empresarial*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 272-286.
- PACCHI, S., *Manuale de Diritto Fallimentare*, ed. Giuffrè Editore, 2007.
- PACCHI, S., Y GARCÍA BARTOLOMÉ, D., «La intervención y los poderes de disposición del Ministerio Fiscal en el proceso concursal italiano y español», en *ADco*, n.º 28, enero-abril de 2013, pp. 245-291.
- PACHECO CIFUENTES, A., «¿Es la Ley Orgánica de Protección de Datos un medio válido para perseguir las filtraciones judiciales a los medios de comunicación?», en *Diario La Ley*, n.º 7815, sección tribuna, 9 de marzo de 2012, pp. 1-3.
- PAJARDI, P., *La giurisdizione volontaria*, ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1963.
- PALAO UCEDA, J., *La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.
- PALOMAR OLMEDA, A /DE ÁLVARO MONTERO, Á./ COLOMER HERNÁNDEZ, I./OUBIÑA BARBOLLA, S./ACHA BESGA, B., (autores), *Las reformas en el Ordenamiento Procesal. Análisis de la LI 1/2009, y la Ley 13/2009*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- PANZANI L., «Speziale Decreto sviluppo il concordato in bianco», en *Il Fallimentarista*, 14 de septiembre de 2012.
- PANZANI, L., «Decreto speciale-concordato in bianco» en <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/speciale-decreto-sviluppo-il-concordato-bianco>, 14 de septiembre de 2012, (consultado en marzo de 2013).
- PASCUAL BROTONS, C.C., «Efectos de la comunicación del inicio de negociación previa al concurso en la ejecución hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 8484, sección doctrina, 19 de febrero de 2015, ref. D-61, pp. 1-13.
- PAVÓN NEIRA, C., «El precurso como método para evitar el concurso de acreedores», en *Economist and Jurist*, vol. 21, núm. 171, pp. 68-73.
- PAVÓN NEIRA, C., *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.

- PAVÓN NEIRA, C., *Problemática a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011.
- PAYNE, J., «Schemes of arrangement y reestructuración de deuda en el Derecho Inglés», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 315-328.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M^a.J., «La negociación de convenio anticipado de acreedores como causa de “suspensión” del deber de instar el concurso», en *Diario La Ley*, n.º 7264, sección tribuna, 19 de octubre 2009, año XXX, pp. 1-4.
- PEITEADO MARISCAL, P., *La declaración de concurso*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- PELÁEZ, F.J., *La transacción. Su eficacia procesal*, ed. Bosch, Barcelona, 1987.
- PENDAS GARCÍA, B., «Procedimiento legislativo y calidad de las leyes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 28, 1990, p. 109.
- PEREDA LAREDO, J.M^a., «Posibilidad de nuevos juicios ejecutivos contra el deudor tras la providencia inicial del expediente se suspensión de pagos», en *Cuadernos del Poder Judicial*, 1995, pp. 123 y ss.
- PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Efectos de las diligencias preliminares sobre el proceso ulterior: la negativa del requerido a llevar a cabo las diligencias acordadas», en *Diario La Ley*, n.º 6598, sección doctrina, 24 de noviembre de 2006, año XXVII, p. 4.
- PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «Incidencia normativa y jurisprudencia comunitaria sobre insolvencia. El nuevo Reglamento Europeo 2015/848, sobre procedimientos sobre insolvencia, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M^a (dir.), AA. VV., *Las Administraciones Públicas en el concurso*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 817 y ss.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., «Cómputo del plazo para impugnar el informe de la administración concursal: interpretaciones posibles de un tenor literal confuso», en *Diario la Ley*, núm. 4, 2007, pp. 1635-1643.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., «Ejecución provisional en el proceso contencioso administrativo», en *CEFLegal*, n.º 51, 2005.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., «El procedimiento judicial de constitución de la adopción: de la jurisdicción voluntaria al proceso contencioso», en *CEFLegal*, núm. 52, mayo 2005, pp. 3-30.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., «La formación de la masa pasiva en las nueva Ley Concursal: el procedimiento de clasificación de los créditos», en AA. VV., *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, pp. 67-82.

- PÉREZ DEL BLANCO, G., «Problemática procesal de la aplicación de la Ley de tasas judiciales de 2012», en *RJUAM*, nº 27, 2013-I, pp. 273-290.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., «Proceso concursal y arbitraje: la *vis atractiva* concursal sobre los convenios y procedimientos arbitrales», en *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva ley 60/2003, de Arbitraje*, Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, Guipúzcoa, 2005, pp. 103-110.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., *Efectos de la vis atractiva concursal en la declaración de concurso*, ed. Reus, Madrid, 2007.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., *Ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo: doctrina y formularios*, ed. Del Blanco editores, León, 2003.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución no dineraria en la nueva Ley de enjuiciamiento Civil: condenas de hacer, no hacer y dar*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 2001.
- PÉREZ DELGADO, M., y RODRÍGUEZ PÉREZ, R., «Declaración y efectos del concurso. Transcendencia para la contratación pública», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 121, sección reflexiones, septiembre-diciembre, 2012, p. 2.
- PÉREZ LUÑO, A.E., «La seguridad jurídica y sus paradojas actuales», en *Teorder*, n.º 12, 2012., pp. 124-140.
- PICO I JUNOY, J. «El notario y la nueva Ley de jurisdicción voluntaria», en *la Notaria*, n.º 3, 2015, pp. 19-22.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., *La intervención de terceros en los procesos civiles especiales*, ed. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2014.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., «La competencia objetiva en materia no concursal de los juzgados de lo mercantil: problemas procesales», en *Anuario de la facultad de Derecho de Ourense*, n.º 1, 2006, pp. 251-278.
- PILLADO GONZÁLEZ, I., «La competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil para tramitar ejecuciones con garantía real sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado», en *Revista Xurídica Galega*, n.º 74, 2016, pp. 262-269.
- PLEITE GUADAMILLAS, F., en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 127, sección La Administración responde, septiembre-octubre, 2013, pp. 1-2.
- POLO, A., «Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil. La Unidad del nuevo Derecho concursal», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 632 y ss.

- PRADA GONZÁLEZ, J.M^a., «Problemas que plantea la regulación de la jurisdicción voluntaria», en *Actualidad Civil*, n.º 14, quincena del 16 al 31 de julio, 2009, pp. 1614 y ss.
- PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974.
- PRIETO CASTRO, L., «Naturaleza jurídica del concurso y de la quiebra», en *RDP*, núm. 4, octubre-diciembre, año I, 1945, p. 531.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. «Deberes ineludibles e inaplazables (El laberinto de la quiebra y de la jurisdicción voluntaria y el formalismo de la casación)», en *RDPIb*, núm. 1, 1969, pp. 7-15.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. «El Derecho concursal español y el extranjero: (La Ley desacredita a la Ley)», en *RDPIb*, núm.2-3. 1977, pp. 287-342.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria», en *RDP*, 1956, pp. 107-116.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Sobre el concepto y delimitación del derecho procesal civil, en *RDP*, nº 4, octubre, noviembre y diciembre, 1947, pp. 549-579;
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal, Procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, ed. Tecnos, Madrid, 1974.
- PULGAR EZQUERRA en PULGAR (dir.), AAVV, *El concurso de acreedores*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.
- PULGAR EZQUERRA, J, en PULGAR (dir.), GUTIÉRREZ GILSANZ, A./ARIAS VARONA/MEGÍAS LÓPEZ, (coords.), *Comentario a la Ley Concursal*, ed. La Ley, Madrid, 2016.
- PULGAR EZQUERRA, J, *La reforma del Derecho concursal comparado y español: los nuevos institutos concursales y reorganizativos*, ed. Civitas, Madrid, 1994.
- PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR (dirs.), *Derecho Concursal*, ed. Dilex, S.L., Madrid, 2003, pp. 56.
- PULGAR EZQUERRA, J., «“Acuerdos de refinanciación y escudos protectores” en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003 (1)» en *Diario La Ley*, n.º 7731, sección doctrina, 8 de noviembre de 2011, año xxii, pp. 1-6.
- PULGAR EZQUERRA, J., «Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (Ley 22/2003 y LORC

- 8/2'3, de 9 de julio)», en *Diario La Ley*, núm. 6094, sección doctrina, 27 de septiembre, 2004, año XXV, ref. D-191, pp. 1-12.
- PULGAR EZQUERRA, J., «Crisis inmobiliaria, daciones en pago y concurso de acreedores», en ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J., (coords.), AA. VV., *Implicaciones financieras de la Ley Concursal: adaptado al real decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 619-664.
 - PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA (dirs.), AA-VV., *Derecho concursal: estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, ed. Dylex, Madrid, p. 56.
 - PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo y las soluciones al concurso en el Anteproyecto de Ley Concursal español de 2001», en *AJA*, núm. 506, año XI, noviembre-2001 p. 3.
 - PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores», en ALONSO UREBA-PULGAR (dirs.), *Implicaciones financieras de la Ley concursal. Adaptado al Real de Decreto-Ley 3/2009, e 27 de marzo*, ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 51-134.
 - PULGAR EZQUERRA, J., «Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito», en *RdCyP*, n.º 23, 2015, pp. 31-53.
 - PULGAR EZQUERRA, J., «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», en *RdCyP*, núm. 5, 2006, pp. 25-64.
 - PULGAR EZQUERRA, J., «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC», en *RdCyP*, núm. 11, 2009, pp. 45-59.
 - PULGAR EZQUERRA, J., «Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 67-93.
 - PULGAR EZQUERRA, J., «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal», en *Diario la Ley*, núm. 8271, sección doctrina, 14 de marzo de 2014, p. 6.
 - PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid, 2009.
 - PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores*, AA. VV, PULGAR (dir.), ed. La Ley, Madrid, 2012.

- PULGAR EZQUERRA, J., *El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español*, ed. Universidad de Almería (servicio de publicaciones), Almería, 2000.
- PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma de Derecho concursal comparado y español: Los nuevos institutos concursales y reorganizativos*, ed. Civitas, Madrid, 1994.
- PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del derecho concursal comparado y español. (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de reestructuración empresarial*, 2ª edición, ed. La Ley, Madrid, 2016.
- PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012.
- PULGAR EZQUERRA, J., «EL nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al Derecho español» en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortíz, Universidad Carlos III*, Getafe (Madrid), 2015, pp. 253 y ss.
- QUATTROCHIO, M.L., «L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina», in *ildirittodegliaffari.it*, 18 ottobre 2015.
- QUINTÁNS EIRAS, R., «Luces y sombras en la reforma de la propuesta anticipada de convenio concursal», en GÓMEZ SEGADE-GARCÍA VIDAL (eds.) *El Derecho mercantil en el umbral del Siglo xxi. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 753-767.
- QUIOVENDA, J., *Principios de Derecho procesal civil*, 2ª edición, tomo I, ed. Reus, Madrid, 2000, (reimpresión de la 1ª edición de 1852).
- QUIOVENDA, J., *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo II, (traducción de Casais Santaló) ed. Reus, 2000.
- RAMÍREZ, J.A., *La quiebra*, 2ª edición, tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- RAMÍREZ, J.A., *La Quiebra*, ed. Bosch, Barcelona, 1958.
- RAMÍREZ, J.A., *La quiebra: Derecho concursal español*, 2ª edición, tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 19.
- RAMOS MÉNDEZ, F., «Los juicios concursales», en *Derecho Procesal Civil*, ed. J.M., Bosch, tomo II, Barcelona, 1992.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, ed. J.Mª. Bosch editor, tomo II, Barcelona, 1992.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, ed. Bosch, Barcelona, 1978.

- RAMOS, A., «Las consecuencias de la declaración de concurso de acreedores de licitadores y contratistas públicos», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 121, sección de reflexiones, septiembre diciembre, 2012, p. 5.
- REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, vol. I, ed. Dott. Giuffrè, Milano, 1952, pp. 31 y ss.
- REMÓN PEÑALVER, J., «La lucha por la seguridad jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7000, 28 de abril de 2008, Año XXIX, pp. 1 ss.
- REVILLA GONZÁLEZ, J.A., «Líneas generales del procedimiento concursal. Breve descripción de su contenido», en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AA. VV, *Derecho procesal concursal, Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 127.
- RICHARD, E.H., ¡Mas justicia y menos juicios! Conservación de la empresa y preconcursalidad societaria», en *Revista de Derecho Comercial del consumidor y de la empresa*, n.º 1, febrero 2013.
- RIFÁ SOLER, J.Mª., *La declaración de concurso*, en QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES (dirs.), AA. VV, *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 50.
- RIVES Y MARTÍ, F.P., *Concurso de acreedores y quiebras con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*, ed. Instituto Editorial Reus, tomo 2, 3ª edición corregida y adicionada por José SAURA JUAN, Madrid, 1954.
- RIVES Y MARTI, F.P., *Concurso de acreedores y quiebras con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*, ed. Instituto editorial Reus, tomo 1, 3ª edición, corregida y adicionada por José SAURA JUAN, Madrid, 1954.
- ROCCO, U., *Naturaleza del proceso de quiebra*, ed. Temis, 2ª edición, Bogotá (Colombia), 1982.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., «Tipología de los acuerdos de refinanciación», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ (dirs.), AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, Convenio y Reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 62-63.
- RODRÍGUEZ MORATA, F.A., *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *Curso de Derecho mercantil*, II, ed., revisada por RODRÍGUEZ DEL CASTILLO, MÉXICO, 1952.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «El nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal (another trick in the in the law)», en <http://www.Legaltoday.com>, 21 de mayo de 2009, pp. 1-4.

- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre la aplicación de las tasas judiciales en sede concursal y la perduración de una paradoja», ed. *Diario La Ley*, nº 8173, sección doctrina, 18 de octubre de 2013, p. 2.
- RODRÍGUEZ, A., *Tractatu de Concursu et privilegiis Creditorum in Bonis Debitorum, et de prelationibus eorum, atque de ordine et gradu. Quoae solutio fieri debet, cum debitor non est, et bona eius publicè venduntur*, Madrid, 1616.
- ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Á., «El estado de crisis económica», en AA. VV., *La reforma del Derecho de Quiebra: Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español*, ed. Civitas-Fundación-Universidad Empresa, Madrid, 1982, p. 132 y ss.
- ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Á., «La regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), AA. VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, tomo II, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 474.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho Preconcursal», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), AA. VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, ed. Civitas-Thomson Reuters, 13ª edición, Cizur Menor, 2015, p. 566.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de concurso», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.) y AA. VV., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 2ª edición, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 917.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de la suspensión de pagos», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil* (Homenaje al Evelio Verdera y Tuells), Tomo III, ed. La Ley, Madrid, 1994, 2233-2293.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos», en *RPJ*, n.º 33, marzo de 1994, pp. 195-240.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El Derecho concursal» en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.) *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, ed. Thomson-Civitas, 2ª edición, Cizur Menor, 2007, pp. 896-897.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias», en *RDBB*, n.º 29, 1988, pp. 113-164.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 12 de junio de 1980), Separata del tomo XXIV, Madrid, 1981, p. 258.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho concursal», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, 2ª edición, tomo II, p. 896.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El Derecho preconcursal» en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), VV. AA, *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II,

- 12ª edición, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 587 y ss.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El derecho preconcursal», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.) AA. VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, ed. Civitas-Thomson Reuters, vol. II, 13ª edición, Cizur Menor, 2015, pp. 563-564.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de derecho mercantil*, ed. Civitas, Madrid, 2001, Tomo I, pp. 59-69.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «El estado de crisis económica», en *La reforma del derecho de quiebra: jornadas sobre la reforma del derecho concursal español*, ed. Civitas-Fundación Universidad –Empresa, Madrid, 1982; pp. 127-133.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de concurso», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), en AA. VV., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Thomson-Civitas, tomo II, Cizur Menor, 2007, pp. 912-918.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de la suspensión de pagos», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo III, ed. La Ley, Madrid, 1994, pp. 2293-2332.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La declaración judicial de la suspensión de pagos», en *RPJ*, n.º 33, p. 1994, p. 2294.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La reforma del Derecho Concursal español», en ROJO (dir.) *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons/Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 87-130.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La reforma del Derecho concursal italiano y el derecho concursal español», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, p. 317.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La reforma del Derecho concursal italiano y el derecho concursal español», en *ADco*, núm. 6 p. 317.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal», en MENÉNDEZ-ROJO (dirs.), AA. VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi 13ª edición, Cizur Menor, 2015, pp. 473-474.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos», en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 33, marzo 1994, pp. 195-240.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Las opciones del anteproyecto de Ley Concursal de 1983», en *Rfduc*, marzo, 1985, pp. 89-131.

- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas», en AA. VV., *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Notas para la reforma de la legislación concursal», en *Revista de derecho mercantil*, núm. 135-136, 1975, pp. 512 y ss.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Presupuesto Objetivo» (art. 2) en ROJO-BELTRÁN (dirs.), AA. VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Tomo II, Madrid, 2004, pp. 164-192.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Prohibiciones», art. 105, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, p. 1957 y ss.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *El convenio anticipado*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Civitas-Thomson, Madrid, 2004.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 2ª edición, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 896-897.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil: Libro homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, La Ley, Madrid, tomo III, 1994, p. 2317.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Las principales funciones del concurso de acreedores», en MENÉNDEZ/ROJO (dirs.), AAVV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 492.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en CAMPUZANO LAGUILLO (coord.), *Legislación y Jurisprudencia concursales*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., «Notas para la reforma de la legislación concursal», en *RdM*, 1975, pp. 509-532; *ibidem*, «Crisis de empresa y procedimientos concursales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1981.
- ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *Legislación y Jurisprudencia concursales*, ed. Aranzadi, Madrid, 1997.
- ROLFI, F., «Decreto speciale sviluppo: la general intensificazione dell'automatic stay», *il fallimentarista*, 3 de agosto de 2012.
- ROMERO MATUTE, B., «La subordinación del crédito del acreedor inactivo en el acuerdo extrajudicial de pagos fracasado en el concurso de acreedores consecutivo», en GARCÍA BARTOLOMÉ/PACCHI/PÉREZ

- DEL BLANCO (coords.), AA. VV, *Estudios sobre Derecho de la Insolvencia*, ed. Eolas, León, 2016, pp. 565-582.
- ROMERO-MIURA GIMÉNEZ, F., «La suspensión penal de la suspensión de pagos», en *RGD*, n.º 576, 1992.
 - RUBIO VICENTE, P.J., «Prevención de la insolvencia y propuesta de reforma», *RdCyP*, n.º 4, 2006, pp. 187 y ss.
 - RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., «Jurisprudencia y doctrina judicial acerca del cómputo de plazos materiales y procesales», en *RPT*, núm. 65, nov. 2009, ed. La Ley, pp. 1-4.
 - RUIZ DE LA FUENTE, M^a.C., «El Derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes», en CACHÓN CADENAS-PICÓ I JUNOY, (coords.), *La ejecución civil: problemas actuales*, ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 21-22.
 - RUIZ DE LARA, M., «Ejecución del auto de homologación de acuerdos de refinanciación previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal», en MARTÍN MOLINA/DEL CARRE/LOPO (coords.), *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, ed. Dykinson, 2014, pp. 29-42.
 - SACRISTÁN REPRESA, M., «El convenio anticipado en la LC (notas sobre su régimen específico)», en AA-VV, *Estudios sobre la ley Concursal. Libro homenaje a Manuel OLIVENCIA*, tomo iv, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp., 4705 y ss.
 - SACRISTÁN REPRESA, M., «Suspensión de pagos: derecho de abstención en Junta de acreedores del titular del crédito contra el suspenso que consta en sentencia firme», en *CGJC*, n.º 6, 1984, pp. 1885 y ss.
 - SAGRERA TIZÓN J.M^a., *Comentarios a la Ley de la Suspensión de pagos*, ed. Barcelona, 1974.
 - SAGRERA TIZÓN J.M^a., *Comentarios a la Ley de Suspensión de pagos*, 2^a edición, ed. Barcelona, 1990.
 - SAGRERA TIZÓN, J.M^a., «El concepto de “balance definitivo” en los expedientes de suspensión de pagos», en *RJC*, n.º 3, julio-septiembre, 1982, pp. 205-208.
 - SAGRERA TIZÓN, J.M^a., *Comentarios a la Ley de Suspensión de pagos*, ed. Bosch, Barcelona, 1974.
 - SAGRERA TIZÓN, J.M^a., *Estudios de Derecho Concursal*, Madrid, 1989.
 - SALA REIXACHS, A., *Las causas de impugnación al convenio de suspensión de pagos*, Barcelona, 1988.

- SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, ed. de París (Lyon), de 1651.
- SALVADOR CODERCH, P., «comentario al art. 1597 CC», en ALBALADEJO (dir.), Madrid, 1986, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, pp. 123 y ss.
- SAN GIL LÓPEZ-QUESADA, P., «Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp., 71-79.
- SAN JUAN Y MUÑOZ, E. «Sobre la acción directa del artículo 1597 del código Civil y el concurso de acreedores (Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo y 11 de diciembre de 2013)», en *ADco*, n.º 33, septiembre-diciembre, 2014.
- SAN JUAN Y MUÑOZ, E., «Apuntes a la reforma del Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE de 31 de marzo de 2009)», en *Diario La Ley*, núm. 7189, sección doctrina, 4 de junio 2009, año XXX, ref-D-204, pp. 1-8.
- SAN JUAN Y MUÑOZ, E., «La mediación concursal en supuestos de entidades aseguradoras y reaseguradoras», en *Diario La Ley*, de 21 de octubre de 2015; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial...*, 2ª edición, op. cit., p. 556.
- SAN JUAN Y MUÑOZ, E., «Refinanciación de deuda tras la reforma concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7189, sección Doctrina, 4 junio, 2009, año XXX, ref. D-204, pp. 1-8.
- SAN JUAN Y MUÑOZ, E., «Sobre la acción directa del artículo 1597 del Código civil y el concurso de acreedores (comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo y 11 de diciembre de 2013)», en *ADco*, n.º 33, septiembre-diciembre 2014, p. 19.
- SAN JUAN Y MUÑOZ, E., *Concurso de acreedores en el sector de la construcción*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «Las crisis bancarias en España. Apuntes sobre su tratamiento hasta la mitad del siglo XX», en *RDM*, 1984, pp. 7-45.
- SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., «¿Un juez contra la reforma concursal? No lo creo», en: <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, de 18 de mayo.

- SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., «Discutiendo sobre la (¿penúltima?) reforma concursal», en: <http://jsanchezcalero.blogspot.com.>, de 24 de abril de 2009.
- SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., «El artículo 5.3 de la Ley Concursal puede tener un final feliz», en: <http://jsanchezcalero.blogspot.com.>, de 6 de noviembre de 2009.
- SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., «El fracaso de la propuesta anticipada de convenio», en: <http://jsanchezcalero.blogspot.com.>, de 14 de mayo de 2009.
- SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., «La continuada reforma de la Ley Concursal», en: <http://jsanchezcalero.blogspot.com.>, de 14 de diciembre de 2009.
- SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., «Ley Concursal y crisis económica (I)», en: <http://jsanchezcalero.blogspot.com.>, 4 de marzo de 2009.
- SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., «Refinanciación y reintegración concursal», en *EPrints Complutense*, noviembre 2009, pp. 1-39;
- SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., «Reforma Concursal de urgencia», en: <http://jsanchezcalero.blogspot.com.>, en 2 de abril de 2009.
- SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., «Un apunte sobre el (nuevo) artículo 5.3 de la Ley Concursal», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com.>, de 15 de junio de 2009.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid, 1970, pp. 482 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, ed., Montecorvo, Madrid, 1978.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J.C., «La fase común del concurso», ARIZAGALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 183-218;
- SÁNCHEZ PAREDES, M^a.L., «Breves reflexiones en torno al alcance subjetivo de la reforma concursal», en *e-Dictum*, 28, abril 2014, p. 1.
- SÁNCHEZ SOCIAS y TORRES FERNÁNDEZ, *La Hacienda frente a las quiebras y la suspensión de pagos*, ed. Madrid, 1992.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Apuntes sobre las obligaciones preconcursales de los administradores», en *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 969-993.

- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Artículo 5 bis LC: un auto pionero», en el *Blog de Juan SÁNCHEZ-CALERO*, 13 de junio 2014, www.jsanchezcalero.blogspot.com.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comunicación ex artículo 5 bis LC y paralización de ejecuciones», en el *Blog de Juan SÁNCHEZ-CALERO*, 26 de mayo de 2015, <http://jsanchezcalero.blospot.com.es>.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Deber de solicitar la declaración de concurso» (art. 5), en SÁNCHEZ-CALERO/ GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, ed. Lex Nova, Madrid, 2004, pp. 191-216.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Discutiendo sobre la (¿penúltima?) reforma concursal», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 24 de abril 2009.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El artículo 5.3 de la Ley Concursal puede tener un final feliz», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 6 de noviembre de 2009.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El contenido de la propuesta anticipada de convenio», en ROJO-CAMPUZANO (coords.), AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 2003 y ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El deber del deudor de instar el concurso», en MORLES-DE VALERA (coords.), *Comentario al Código de Comercio Venezolano*, ISBN 980-6396-22-7, Caracas, 2004, pp. 2035-2067.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El fracaso de la propuesta anticipada de convenio», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 14 de mayo de 2009.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La continuada reforma concursal», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 14 de diciembre de 2009.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y si posible enmienda)», en *RdCyP*, n.º 11, 2009, pp. 85-98.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Ley Concursal y crisis económica (I)», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 4 de marzo de 2009.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Los cambios que afectan a la nueva propuesta anticipada de convenio», en <http://eprints.ucm.es/>, de 13 de mayo de 2009.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Proyecto de Ley de refinanciación», en el *Blog de Juan SÁNCHEZ-CALERO*, de 24 de febrero de 2014, <http://jsanchezcalero.blogspot.com>.

- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 59-66.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Reforma concursal de urgencia», en <http://jsanchezcalero.blogspot.com>, 2 de abril de 2009.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Sobre deudas y acreedores», en *el Blog de Juan SÁNCHEZ-CALERO*, 7 de julio de 2015, <http://jsanchezcalero.com.es>.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *La reforma de la propuesta anticipada de convenio: apunte de un fracaso y su posible enmienda*, en *RdCyP*, n.º 11, 2009, pp. 86-88.
- SÁNCHEZ-CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid, 1970.
- SÁNCHEZ-CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, (revisada por Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE), ed. Thomsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- SÁNCHEZ-CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 36ª edición, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- SÁNCHEZ-CALERO, F.J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, ed. Montecorvo, Madrid, 1978.
- SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1997.
- SANJURJO RÍOS, E., «la eficacia jurídica del acuerdo de mediación: ejecución y posibles efectos de la cosa juzgada», en NEIRA PENA-PÉREZ GAIPO (coords.), BUENO DE MATA (dir.), AA. VV., *Processulus: Estudios sobre Derecho Procesal*, ed. Comares, Granada, 2015, pp. 287-297.
- SANJURJO RÍOS, E., *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal*, ed. Reus, Madrid, 2010.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Por un nuevo procedimiento legislativo*, ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- SANTAOLALLA, LÓPEZ, «Exposición de motivos de las leyes: motivos para su eliminación», en *Revista Española de Derecho constitucional*, año 11, n.º 33, septiembre-diciembre, 1991, pp. 47-63.
- SANTARELLI, U., *Per la storia del Fallimento nelle legislazioni italiana dell'età intermedia*, ed. CEDAM, Padova, 1964.
- SANZ BOSCH, F.J., «Acción directa y el concurso de acreedores», en *RdCyP*, n.º 15, 2011, pp. 283-292.

- SATTA, S., *Diritto Fallimentare*, ed. CEDAM, Padova, 1974.
- SATTA, S., *Diritto processuale civile*, ed., Padova, 1953.
- SAURA JUAN, J., *Suspensión de pagos: doctrina, jurisprudencia, formularios*, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951.
- SCARSELLI, G., «La declaración de fallimento», en PACCHI (coord.), *Manuale di diritto fallimentare*, seconda edizione, ed. Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 59-78.
- SCARSELLI, G., «Le sistemazioni stragiudiziali (overo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento delle esposizioni debitorie)», en PACCHI (coord.), *Manuale di diritto fallimentare*, seconda edizione, ed. Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 533-548.
- SCHMIDT K., «¿Desbanca el Derecho concursal al Derecho de sociedades? Disputas societarias, *Deb-to-Equity-Swap and Take over*», en *RdCyP*, núm. 22, 2015, p. 306.
- SCHMIDT, K., «Comentario al art. 270 y ss. InsO, en *Kommentar Insolvenzordnung*, 18ª edición, n.º 10, Munich, 2013, p. 5.
- SEIJO FERNÁNDEZ, J.Mª., «Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal», en GARCÍA-CRUCES (coord.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 273-306.
- SENÉS MOTILLA, C «Concurso y proceso», en *Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 12, diciembre, 2012, p. 27.
- SENÉS MOTILLA, C., «El procedimiento abreviado en el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal», en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 633-634 y 639.
- SENÉS MOTILLA, C., «La homologación de acuerdos de refinanciación, en *ADco*, nº 30, 2013, pp. 69 y ss.
- SENÉS MOTILLA, C., «La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores, en *ADco*, n.º 33, 2014.
- SENÉS MOTILLA, C., «La tramitación del procedimiento concursal», en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, núm. especial XVIII, 2004, pp. 559 y ss.
- SENÉS MOTILLA, C., «La tramitación del procedimiento concursal», en *RPJ*, núm. especial XVIII, 2004, pp. 559-560.
- SENÉS MOTILLA, C., «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO-LEÓN SANZ

- (dirs.), en AA. VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la ley Concursal*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 84 y 97.
- SENÉS MOTILLA, C., *La intervención judicial en el arbitraje*, ed. Cuadernos Civitas, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.
 - SEOANE CACHARRÓN, J., «El secretario Judicial como órgano de la jurisdicción voluntaria en el Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006», en *Diario La ley*, núm. 6713, sección doctrina, 15 mayo 2006, año XXVIII, pp. 1-7.
 - SEOANE CACHARRÓN, J., «Examen del procedimiento judicial común en el proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Diario La Ley*, n.º 6773, 6 de septiembre, 2007, pp. 1-10;
 - SEOANE CACHARRÓN, J., *Cuestiones prácticas sobre jurisdicción voluntaria. 200 preguntas y respuestas*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
 - SEOANE CACHARRÓN, J., y AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción voluntaria*, ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
 - SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Efectos procesales de la insolvencia», en *Estudios de Derecho Procesal*, ed. Ariel, Esplugues de Llobregat, 1969, pp. 563-568.
 - SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El interventor judicial en la Ley de Suspensión de Pagos, en Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, p. 657.
 - SERRA DOMÍNGUEZ, M., «La naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria», en *Revista de Derecho procesal*, núm. 10, 1954, pp. 619-642.
 - SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Legislación y experiencia jurídica: el proceso de responsabilidad civil de la Ley de Suspensión de Pagos», en *Estudios homenaje al Prof. López Rodó, Madrid*, 1982, tomo III, pp. 465 y ss.
 - SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Ministerio Fiscal», en *Nueva enciclopedia Jurídica Seix*, XVI, p. 430.
 - SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza del expediente de suspensión de pagos», en *RDPIb*, n.º 1, 1979, pp. 138 y ss.
 - SERRANO FENOLLOSA, G., «Novedosa solución a la pugna entre el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC y el principio *par conditio creditorum*», en *Diario La Ley*, n.º 7844, sección tribuna, 24 de abril de 2012, año XXXIII, pp. 1-4.
 - SOLCHAGA LOITEGUI, J., «Efectos del juicio de suspensión de pagos en el procedimiento administrativo de apremio», en *Crónica tributaria*, n.1 37, 1981, p. 251.

- SORIANO GUZMÁN, F.J., «Luces y sombras de la nueva Ley Concursal», en *las ponencias de las actas del II Foro Concursal organizado por Fundieco, celebrado los días 15 y 16 de diciembre de 2011*.
- SOSPEDRA NAVAS, F.J., *El proceso civil. Jurisdicción voluntaria*, ed. Civitas- Thomson Reuters, vol. 2016, Cizur Menor, 2016.
- SOTILLO MARTÍ, A., «En torno a la coincidencia temporal entre la solicitud de suspensión de pagos y la quiebra», en *RJC*, n.º 1, enero-marzo, 1977, pp. 77-101.
- SOTILLO NAVARRO, «A quien obliga el convenio en la suspensión de pagos», en *RGD*, 1953, p. 148.
- SOTILLO NAVARRO, «El desistimiento en la suspensión de pagos», en *RGD*, 1953, pp. 371 y ss.; y 1954, p. 78.
- SOTILLO NAVARRO, A., «Presupuestos de la suspensión de pagos», en *RGD*, n.º 2, tomo 19, 1963, pp. 833-837.
- STAMPA, G., «Jurisdicción voluntaria y declinatoria arbitral: (Comentario del Autor del Juzgado de Primera instancia n.º 39 de Madrid de 27 de abril de 2009, y del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 14ª), de 22 de diciembre de 2009), en AA. VV., *Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, ed. La Ley, Madrid, 2010.
- SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., «Del concurso de acreedores, (art. 1130 LEC)», en ALBÁCAR LÓPEZ (dir.), *Ley de Enjuiciamiento civil, doctrina y jurisprudencia*, ed. Trivium, Madrid, pp. 1036-1037.
- TARZIA, G., «I procedimenti in camera di Consiglio e la tutela dei diritti», en *Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo civile*, Palermo, 1989, pp. 263-270.
- TASIES BELETA, R., «Sobre la naturaleza jurídica del instituto de la retroacción en el proceso de quiebra, en *Diario La Ley*, núm. 5578, sección doctrina, 2 julio, año XXIII, Ref. D-176, p. 1466, tomo 5, La Ley 2212/2002.
- TERRANOVA, G., «Il concordato con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 1, 2013, pp. 6-8.
- TERRASA GARCÍA, A.J., «Acciones ejecutivas contra el suspenso. Valor concursal de las sentencias de remate», en *RGD*, n.º 598-599, 1994, pp. 8281-8301.
- THERY, A., «La junta de acreedores y el convenio. La propuesta anticipada», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 691-695.

- THERY MARTÍ, A., «Reestructuraciones e insolvencias: la encrucijada de la armonización europea», en *RdCyP*, n.º 24, 2016, pp. 1-9.
- TIRADO MARTÍ, I., «El “interés concursal”: ensayo de una construcción de la teoría de la finalidad del procedimiento concursal», en *ADC*, tomo LXII, fascículo I, 2009.
- TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- TORRALBA MENDIOLA, M., «La recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, p. 300.
- TORRALBA MENDOLA, E., «La Ley sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito», en *ADco*, núm. 6, 2005, pp. 365-385.
- TORRES DE CRUELLES, J., «Ámbito de la acción ejecutiva en las suspensiones de pagos», en *RJC*, 1961, p. 721.
- TORRES DE CRUELLES, J., «Aportaciones de nuevas ideas para una nueva y futura ley de quiebras», en *RJC*, 1974, pp. 710 y ss.
- TORRES DE CRUELLES, J., «La reposición de la declaración de quiebra», en *RDP (publicación Iberoamericana y Filipina)*, segunda época, núm. 4, 1957, pp. 19-44.
- TORRES DE CRUELLES, J., «Naturaleza del convenio de suspensión de pagos», en *RJC*, nº 4, octubre-diciembre, 1965, pp. 1037-1039.
- TORRES DE CRUELLES, J., «Una interpretación del artículo 9 de la Ley de Suspensión de pagos (comentarios a la STS de 22 de octubre de 1971)», en *RJC*, 1972, p. 675.
- TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, ed. Barcelona, 1957.
- TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, ed. Bosch, 2ª edición, preparada y completada por Román MÁS Y CALVET, Barcelona, 1995.
- URÍA FERNÁNDEZ, F., «Las reformas de la Ley Concursal y las entidades de crédito», en *Diario La Ley*, n.º 7240, sección tribuna, 14 septiembre 2009, año xxx, pp. 1-9.
- URÍA GONZÁLEZ, R., «La hacienda pública ante la reforma concursal», en *Crónica tributaria*, núm. 102, 2002, pp. 97-118.
- URÍA GONZÁLEZ, R., *Derecho Mercantil*, ed. Madrid, 1958.
- URÍA GONZÁLEZ, R., *Derecho Mercantil*, ed. Madrid, 10ª edición, 1975.
- URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E., «La suspensión de pagos», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), AA. VV, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo 2º, ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 1001-1031.

- URÍA, R./MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E, «Quiebra y suspensión de pagos», en URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Civitas, Madrid, 2001., p. 872.
- VACAS MEDINA, L «Consideraciones sobre el pasado, el presente y el futuro de la reforma concursal (1), en *Diario La Ley*, 1995, tomo I, pp. 940 y ss.
- VACAS MEDINA, L «La reforma del Derecho concursal español», en *RFDUC*, marzo 1985.
- VACAS MEDINA, L., «Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra», en *RdM*, núm. 57, julio-septiembre, 1955. Vol. XX, pp. 21 y ss.
- VACAS MEDINA, L., «Crítica a los procesos concursales vigentes», en *Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1984, pp. 5-39.
- VACAS MEDINA, L., «En torno al anteproyecto de ley concursal, en *Diario La Ley*, 1983, tomo 4, p. 1253.
- VACAS MEDINA, L., «La autonomía del Derecho concursal» en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1957, pp. 163-204.
- VACAS MEDINA, L., «La nueva Ley Concursal española (el anteproyecto)» en *Revista Jurídica de Cataluña*, año LVIII, núm. 5, Barcelona, 1959, pp. 615-630.
- VACAS MEDINA, L., «La reforma del Derecho concursal español», en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal)*, marzo 1985, pp. 47-87.
- VALIÑO CES, A., «La mediación en el precurso y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015», en NEIRA PENA/BUENO DE MATA/PÉREZ GAIPO (coords.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, ed. Atelier, Barcelona, 2016, pp. 423-438.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., *La prejudicialidad penal en el proceso civil y en el proceso concursal*, ed. Cims, Barcelona, 2007, pp. 90 y ss.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Los “acuerdos de refinanciación” en el proyecto de reforma de la Ley Concursal», en *RdCyP*, n.º 15, sección comunicaciones, segundo semestre de 2011, pp. 155-165;
- VAQUER MARTÍN, F.J., «La homologación judicial de acuerdo de refinanciación», en *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 223-240.
- VAROTTI, L., «Artículo 182 septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», en *Crisi d'impresa e Fallimento*, 18 de agosto de 2015, pp. 1-12.
- VATTERMOLI, D., «Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», en *Rivista della Banca e del Mercato Finanziario*, II, 2015, pp. 65-75.

- VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *Administraciones públicas y Derecho concursal, RdCyP*, monografía núm. 4, ed. La Ley, Madrid, pp. 107-118.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal (1)», en *Diario La Ley*, núm. 5856, sección doctrina, 24 de septiembre de 2003, año XXIV, ref. D- 209, pp. 3-11.
- VÁZQUEZ SOTELO, J.L., en VV. AA, *La nueva Ley Concursal*, ed. Instituto Vasco de Derecho procesal, San Sebastián, 2004, pp. 16-17.
- VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «La situación caótica y ‘laberíntica’ de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal», en AA. VV, *La nueva Ley Concursal*, Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, pp. 9-43.
- VEGAS TORRES, J., «El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del proceso», en QUINTANA/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 83 y ss.
- VEIGA COPO, A.B., «Preconcursalidad e incertidumbre», en *Diario económico cinco días*, 5 de marzo de 2013.
- VEIGA COPO, A.B., *Anatomías de una crisis: España y el mundo ante la crisis económica, social y política (2009-2015)*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- VELLA P., «Il controllo giudiziale sulla formazione della prededuzione e la nullità o ineficacia atti prodromici o interni al concordato», en (Corso di formazione della Corte suprema di cassazione), Roma, 11 ottobre de 2012, (Aula Giallombardo della Corte Di casazione): «Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del mertio a confronto e le novità della legge n.º 134 del 2012)», pp. 1-38.
- VERDERA Y TUELLS, E., «Aspectos económicos y jurídicos de la reforma de Derecho concursal: la supervivencia de las empresas en crisis, en *RFDUC (estudios sobre el anteproyecto de ley Concursal)*, marzo 1985, pp. 179-187.
- VICENT CHULIÁ, F., «Desapalancamiento y Ley Concursal: en torno a la Ley 17/2014, de 30 de setiembre, de refinanciación», *RdCyP*, n.º 22, 2015, pp. 19-42.
- VICENT CHULIÁ, F., «En vísperas de las reformas del Derecho concursal español», en *RJC*, 1978, pp. 919 y ss.
- VICENT CHULIÁ, F., «Tres años de Ley Concursal: temas de reforma», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 8, 2008, pp. 113 y ss.
- VICENTE Y GELLA, A., *Curso de derecho mercantil comparado*, Ed. Tip. “La Academia”, Zaragoza, 1960.

- VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- VILATA MENADAS, S., *Introducción al derecho concursal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- VIRGÓS SORIANO, M., «The 1995 European Community Convention on Insolvency proceeding: an Insider`s View» *Forum Internationale*, n.º 25, march 1998, Wolters Kluwer, p. 13.
- VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2003.
- WACH, A., *Manual de Derecho procesal civil*, ed. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977.
- YACQUET YESTE, T., «Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio», en *RdCyP*, núm. 4, sección varia, primer semestre 2006, pp. 227 y ss.
- YACQUET YESTE, T., «La propuesta anticipada de convenio en las reformas de la Ley Concursal», en ARIAS VARONA (dir.), *Conservación de empresas en crisis: estudios jurídicos y económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013, monografía núm. 17, pp. 211 y ss.
- YACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, ed. La Ley, monografía núm. 16, Madrid, 2012.
- YANES YANES, P., «La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio», en *Diario La Ley*, n.º 7161, sección doctrina, 24 abril 2009, año xxx, pp. 1-18.
- YANES YANES, P., «La reforma (inacabada) de la administración concursal en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo», en *RdCyP*, n.º 11, 2009, pp. 109-121.
- YANES YANES, P., «Quiebra. Fijación de la fecha de retroacción», en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, núm. 8, 1985, pp. 2564-2570.
- ZABALETA DÍAZ, M., «El derecho concursal de la crisis: tendencia de reforma de las normativas concursales», en *ADco*, n.º 30, 2013, pp. 193-232.
- ZANOBINI, «Su ll amministrazione publica del diritto privato», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1918, pp. 183 y ss.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «El proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria y su repercusión en el Derecho de las personas y de la familia», en *AJA*, núm. 892/2014, pp. 1-2.