

LEY 9/2015 DE REFORMA URGENTE CONCURSAL: COMUNICACIÓN EX ART. 5.BIS, EJECUCIONES SINGULARES Y COMPENSACIONES CONTRACTUALES DE DERECHOS DE CRÉDITO

JUANA PULGAR EZQUERRA¹

Catedrático de Derecho Mercantil

RESUMEN

En el presente trabajo se analizan las modificaciones introducidas por la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de Medidas urgentes en material concursal, en la incidencia de la comunicación de inicio de negociaciones ex art. 5.bis LC para alcanzar un acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o propuesta anticipada de convenio, en el inicio o continuación de ejecuciones singulares, analizándose resoluciones judiciales en que se trasladan a determinados pactos contractuales también dichos efectos. Todo ello, en el marco de la reciente incorporación en el anexo A del nuevo reglamento Europeo de insolvencia (reglamento UE 2015/848) de la comunicación del inicio del proceso de negociación ex art. 5.bis LC, lo que dota en determinadas condiciones de eficacia extraterritorial a los efectos conectados a dicha comunicación.

Palabras clave: comunicación negociaciones, ejecuciones singulares, pactos contractuales, Reglamento Europeo de Insolvencia.

ABSTRACT

This paper deals with Act 9/2015, of bankruptcy reform, and, specifically, with changes introduced by it on the impact of commencement of negotiations' notification ex art. 5 bis Act on Insolvency to reach either a refinancing agreement, or an out of court payment agreement, or to obtain adhesions to an advanced proposal of agreement, and on the initiation or continuation of singular enforcements. Judgments moving such effects into certain contractual clauses are also analyzed. All of it in the context of the recent incorporation in Annex A of the new European Insolvency Regulations (EIR) of the commencement of negotiations' communication ex art. 5 bis Act on Insolvency, which, as a consequence and under certain conditions, provides also extraterritorial effects to such communication's effects.

Keywords: automatic stay, refinancing agreements, contractual clauses, European Insolvency regulation (EIR).

SUMARIO

- I. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE NEGOCIACIONES EX ARTÍCULO 5.BIS LC
- II. NATURALEZA, FORMA, CONTENIDO Y TRAMITACIÓN DE LA COMUNICACIÓN EX ART. 5.BIS LC
- III. LA PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
 1. *Ámbito material de la paralización*
 - 1.1. *Sobre el concepto de ejecución y la naturaleza de procedimientos ejecutivos a los que afecta la paralización*

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «La financiación de empresas en crisis» (DER 2011/28586), concluido el 8 de junio de 2015.

- 1.2 . Bienes a los que afectan las limitaciones a la ejecución
 - A. Regla general: bienes necesarios para la continuidad de la actividad
 - B. Excepción: acreedores titulares de pasivos financieros
- 1.3. Tratamiento de acreedores con garantía real
- 1.4. El régimen especial respecto de acuerdos extrajudiciales de pagos
- 1.5. La extensión judicial de la paralización ex art. 5.bis LC: compensaciones contractuales de derechos de crédito en cuentas bancarias
- 2. Ámbito temporal
- IV. PUBLICIDAD VERSUS CONFIDENCIALIDAD DE LA COMUNICACIÓN DE INICIO DE NEGOCIACIONES
- V. LA INCLUSIÓN EN EL ANEXO A DEL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA DE LAS COMUNICACIONES EX ART. 5.BIS LC

I. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE NEGOCIACIONES EX ARTÍCULO 5.BIS LC

En el marco del nuevo paradigma del Derecho Europeo, tendente a la reestructuración preconcursal de empresas en crisis, que propicia la continuación de la actividad empresarial y el mantenimiento del empleo, del que venimos hablando desde hace ya algún tiempo, y que se refleja en la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 y, más recientemente, en el texto revisado del Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia (Reglamento UE 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2015), la protección de las negociaciones de dichas soluciones se presenta como una necesidad ineludible.

En efecto, como hemos analizado en otras ocasiones, la negociación de un acuerdo de refinanciación presenta tres retos fundamentales, que se acompañan de sus correlativos riesgos². De un lado, mantener viva la compañía hasta que se llegue a un acuerdo, lo que puede constituir un proceso largo que se dilate en el tiempo, y determina la necesidad de llevar un exhaustivo control de tesorería, inversiones y una permanente optimización de recursos. De otro, alinear en la medida de lo posible en torno a la refinanciación los distintos intereses crediticios. Ello puede resultar particularmente complejo, dado que los acreedores en este marco suelen tener distintas nacionalidades, funcionamientos y regulaciones y por tanto distintos impactos de la crisis en sus cuentas, siendo por tanto también distintos los incentivos que «mueven» a los acreedores a refinanciar, siendo generalmente las entidades con mayor exposición a la deuda las que tienen mayores incentivos para alcanzar dicha refinanciación, modulándose éstos respecto de entidades financieras en función de que posean garantías reales o deuda subordinada; finalmente conseguir convencer a todos los acreedores y no obstante sus distintas posiciones de partida de que su situación sería peor en un escenario concursal, que en el marco refinanciador.

Correlativamente, particularmente en modelos como el español, en el que esta negociación extrajudicial puede plantearse también en situaciones de insolvencia actual y no sólo inminente, está sometida básicamente a tres riesgos. De un lado, a la eventual solicitud de concurso necesario por acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo y que pueden representar porcentajes ínfimos del pasivo, al no condicionarse en la LC 22/2003 dicha legitimación a la titularidad de un porcentaje mínimo del pasivo (véase Nozar, Realía, Aysa, Inmobiliaria Chamartín).

De otro y en conexión con ello, en modelos como el español en que se configura un deber legal de solicitud de concurso ex art. 5 LC en el plazo de dos meses desde que hubiera conocido o debido conocer su insolvencia —por contraposición a los modelos anglosajones, en los que la protección de acreedores no se articula sobre la base de dicho deber, sino de la configuración de un marco de responsabilidad directa de los administradores sociales frente a los acreedores (modelo fiduciario norteamericano o modelo legal Reino Unido-*Wrongful trading*)— el deudor asume durante la negociación del acuerdo, cuando éste se plantea en situaciones de insolvencia actual, el riesgo de incumplimiento de dicho deber en el plazo legalmente establecido (art. 5 LC), dado que dicha negociación puede y de hecho se extiende en el tiempo.

Finalmente, se suscita el riesgo de ejecuciones singulares que «esquilmen» el patrimonio del deudor entre tanto éste negocia un acuerdo de refinanciación y que sólo parcialmente puede resultar neutralizado mediante

2 Vid. PULGAR EZQUERRA *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*. Madrid, 2012, pág. 335; con anterioridad, en el año 2005, en «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», *RcP* 5/2006, págs. 28-33.

un pacto de «*standstill*» convencionalmente acordado y que, por tanto, sólo vincula a los intervinientes en dicho pacto.

Pues bien, la necesidad de proteger la negociación de institutos preconcursales de reestructuración en nuestro Derecho, no siempre estuvo tan clara, siendo éste un aspecto en el que, desde que se inició la regulación y protección de dichos institutos preconcursales más se ha avanzado en un modo progresivo, de un lado y en un momento inicial, en un ámbito jurisprudencial y, posteriormente, a través de las distintas reformas legislativas acontecidas y en particular a través del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, convertido posteriormente en Ley 17/2014 de 30 de septiembre, y posteriormente en virtud del Real Decreto-Ley 11/2014 y Ley 9/2015 de 25 de mayo de Medidas urgentes en materia concursal, que trae causa de la tramitación como ley ordinaria de dicho Real Decreto-Ley.

En efecto, la **protección de las negociaciones** de acuerdos extrajudiciales de autocomposición de crisis, y en particular en un momento inicial, se produjo antes en un **ámbito jurisprudencial que legal**, en el que, por un lado, se desencadenaron las «alertas» sobre los riesgos en sede rescisoria, en un eventual concurso, de acudir previamente a soluciones amistosas extrajudiciales (rescisión Banco Spirito Santo) y, al mismo tiempo, en un proceso evolutivo, se intentó procurar protección a dicha negociación por tres vías: de un lado, **a través del concepto de sobreseimiento general en los pagos** (art. 2.4.1 LC), en el que podría fundarse una eventual solicitud de concurso necesario en el período en que el deudor está negociando un acuerdo extrajudicial, sobre la base de considerar que dicho hecho no concurriría respecto de obligaciones sobre las que recaiga un «pacto de *non petendo*», no hayan dado lugar a reclamación o no han sido dadas por vencidas por el acreedor, en particular cuando éste es un acreedor profesional en el sentido de financiero, operando de este modo una prórroga tácita o convencionalmente acordada por las partes³.

De otro lado, a través de la interpretación jurisprudencial de la existencia de dudas de hecho o de derecho, como elemento modulador de las consecuencias jurídicas *ex art.* 20.1 LC, y en particular de la imposición de costas, conectada a solicitudes de concurso necesario «poco meditadas», en el período en que se está negociando un acuerdo de refinanciación. Ello sobre la base de la **distinción entre la legitimación de todo acreedor para solicitar el concurso, con independencia de la cuantía de su crédito (art. 3 LC) y la insuficiencia de una cuantía ínfima del pasivo insatisfecho, en orden a constituir el hecho externo del sobreseimiento general en los pagos regulado en el art. 2.4.1.º LC**⁴.

Esta protección jurisprudencial de las negociaciones de institutos preconcursales de reestructuración, que en un primer momento se agotaban en los acuerdos de refinanciación, de algún modo motivó e impulsó reformas legislativas orientadas a introducir un marco legal protector y, por ende, incentivador de dichas negociaciones. Ello se inició con el Real Decreto-Ley 3/2009 y la introducción de aquel ya mítico apartado 3 en el art. 5 LC, inicialmente sólo pensado —al menos en su tenor literal— para proteger la negociación de una propuesta anticipada de convenio, mediante la no provisión de solicitudes de concurso necesario y prórroga en el plazo de exigibilidad del deber del deudor de solicitar la declaración de su concurso en supuestos de insolvencia actual (art. 5 LC). Dicho precepto derivó, tras sucesivas reformas, en el actual art. 5.bis LC, en su última redacción dada en virtud de la Ley 9/2015 de Reforma Concursal, que extiende su protección a propuestas anticipadas de convenio, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago. En este marco, la comunicación de inicio de negociaciones conlleva no sólo la referida prórroga en el plazo del deber de solicitud de concurso voluntario y modulación del juego entre concurso voluntario y necesario, teniendo como fecha de presentación del concurso, en supuestos en que éste finalmente se produzca, la fecha de presentación de la comunicación por el deudor sino, además, la prohibición de solicitudes de concurso necesario (art. 15.3 LC) y como gran hito protector de las negociaciones, que en modelos tan avanzados como el de los «*schemes of arrangement*» hasta el momento no se ha conseguido la paralización de ejecuciones singulares de carácter judicial o extrajudicial. En este sentido se prohíbe *ex art.* 5.bis.4 LC la iniciación o suspensión de las ejecuciones ya iniciadas, como regla general, respecto de bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor y, como excepción, con independencia de dicho carácter necesario en relación a acreedores titulares de pasivos

3 Autos de 25 de junio de 200 del Juzgado Mercantil n.º 5 de Barcelona/Aysa; Auto del Juzgado Mercantil n.º 1 de Madrid, de 5 de mayo de 2009/Nozar; Realia/Auto de 17 de febrero de 2012, del Juzgado Mercantil n.º 8 de Madrid/Inmobiliaria Chamartín. Vid, matizando estas posiciones jurisprudenciales, Auto de 28 de junio de 2010, sección 28 APM).

4 Vid Auto Juzgado Mercantil n.º 2 de Madrid, de 5 de mayo de 2009 (Nozar) y Auto de 17 de febrero de 2012 del Juzgado Mercantil n.º 8 de Madrid (Inmobiliaria Chamartín).

financieros *ex DA 4.^a LC*, cuando se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51% de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación.

En este marco, ha de señalarse que, previsiblemente, la evolución en la protección del proceso negociador de acuerdos extrajudiciales de pagos no puede considerarse cerrada con las últimas reformas acometidas en este ámbito, sobre la base de la Ley 9/2015. En efecto, **ahora iniciamos una nueva etapa en dicho marco protector, coincidiendo con la publicación en el DOUE del texto revisado del Reglamento europeo sobre Procedimientos de Insolvencia (Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, Texto Refundido que revisa el anterior Reglamento 1346/2000.**

En este marco, manifestándose una evolución en el planteamiento tradicionalmente subyacente a dicho Reglamento, desde orientaciones básicamente liquidatorias a tendencias de reestructuración o rescate preconcursal que forman parte de ese nuevo paradigma europeo, se amplía el ámbito material de aplicación de dicho Reglamento, no sólo respecto de procedimientos de insolvencia para los que inicialmente fue pensado el Reglamento 1346/2000, sino también respecto de institutos preconcursales o también denominados «híbridos», que pasan a formar parte de la enumeración contenida en el Anexo A de dicho Reglamento, ámbito en el que, como se analizará, respecto del Derecho Español se enumeran no sólo acuerdos de refinanciación homologados y acuerdos extrajudiciales de pagos, sino también el proceso de negociación público orientado a alcanzar acuerdos extrajudiciales colectivos, en una clara alusión a la comunicación de inicio de negociaciones *ex art. 5.bis LC*, lo que hay que destacar no acontece en modo paralelo respecto de los «*schemes of arrangement*» del Reino Unido, tomados en gran medida como modelo en nuestro Derecho en el diseño de la preconcursalidad. La referida inclusión en el Anexo A de la comunicación *ex art. 5.bis LC* y en un ámbito más amplio de los institutos preconcursales configurados en Derecho Español (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos), previsiblemente motivará reformas orientadas a adaptar la referida comunicación a su nueva dimensión transfronteriza, en el marco del Reglamento (UE) 2015/848, lo que puede conllevar dificultades técnicas, dado que las previsiones de dicho Reglamento, que traen causa del anterior Reglamento 1346/2000, fueron inicialmente previstas en relación a procedimientos de insolvencia y no tanto a procedimientos preconcursales de carácter híbrido.

El objeto del presente trabajo es analizar, partiendo de la actual redacción del art. 5.bis LC, tras la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de Medidas urgentes en materia concursal, en este marco descrito de evolución en el modelo español en la protección de la negociación de acuerdos extrajudiciales de pagos, el gran «hito» protector que supone haber conectado a la comunicación preconcursal y extrajudicial de inicio de negociaciones un efecto paralizador de la iniciación o continuación de ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales. El análisis se centrará, de un lado, en el marco de interpretaciones jurisprudenciales extensivas del ámbito de la paralización de ejecuciones también al ámbito de pactos contractuales de compensación de derechos de crédito, como la mantenida en el Auto del Juzgado Mercantil núm. 8 de Madrid, de 28 de abril de 2015; de otro, en el marco del referido texto revisado del Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia, que permite dotar, en las condiciones que se analizarán, de eficacia extraterritorial a dicha paralización. Adviértase al respecto que nos hallamos, como en tantas otras ocasiones en el ámbito preconcursal y concursal, en un territorio que podríamos calificar de «frontera», en el que confluyen aspectos procesales conectados a las limitaciones que se introducen en el derecho a la ejecución, así como relativos al Derecho Internacional Privado, dada la referida reforma del Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia, así como, en su caso, contractuales en el marco de la referida resolución jurisprudencial que conecta la paralización de ejecuciones también a las compensaciones contractuales de derechos de crédito.

II. NATURALEZA, FORMA, CONTENIDO Y TRAMITACIÓN DE LA COMUNICACIÓN EX ART. 5.BIS LC

En primer lugar, hay que resaltar que cuando nos referimos a la comunicación que el deudor en cualquier momento antes del vencimiento del plazo del art. 5 LC, pueda realizar al juez que en su caso sería competente para declarar su concurso de haber iniciado negociaciones *ex art. 5.bis LC*, nos estamos refiriendo a una mera notificación, constituyendo la comunicación un documento de carácter privado. Como tal documento, no se encontraría sujeto a formalidad alguna, ni en el fondo, ni en la forma, no conllevando su presentación la apertura en puridad de un procedimiento, limitándose el deudor a poner en conocimiento del juzgado que ha iniciado

negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o una propuesta anticipada de convenio.

Ante la presentación por el deudor de dicha comunicación, no se concede a los acreedores un trámite para realizar alegaciones, ni para oponerse a la presentación de dicha comunicación, no pudiendo adelantar a esta fase consideraciones sobre la realidad de los hechos alegados por el deudor del inicio de negociaciones o relativas a su situación económica, que tendrían su sede en una eventual calificación del concurso, no encontrándonos en modo alguno, en el marco de un procedimiento contradictorio.

En el supuesto en que, no obstante, dichos acreedores presentaren alegaciones contradictorias, han de tenerse por no puestas, debiendo «meditarse» adecuadamente la oportunidad de la presentación de dichas alegaciones. En efecto, la presentación de aquéllas a sabiendas de que la comunicación *ex art. 5 bis LC* no constituye un procedimiento contradictorio, puede conllevar, en su caso, la consideración de mala fe procesal (art. 247 LEC) en la medida en que algunas de estas alegaciones podrían prejuzgar al juez en orden a una eventual posterior sección de calificación concursal. Asimismo, ha de resaltarse que, de la presentación de dichas alegaciones de los acreedores en conexión con la comunicación *ex art. 5 bis LC*, que podrían prejuzgar la calificación culpable de un concurso que ni siquiera se ha declarado todavía, podría derivarse una «animadversión» de éstos hacia el deudor que podría cuestionar la independencia e imparcialidad de estos acreedores en conexión con la posibilidad de que sean miembros de la administración concursal y, por analogía con el art. 12, del Texto Refundido de la ley de auditoría.

Que la comunicación de inicio de negociaciones no constituye un procedimiento contradictorio resulta particularmente claro a la vista del apartado 5.3 bis LC, en virtud del cual, presentada la comunicación por el deudor «*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 ...*» atribuyéndose a ésta los efectos previstos en el art. 15.3 LC en orden a impedir solicitudes de concurso necesario, en tanto en cuanto no transcurra el plazo previsto en el art. 5.bis LC. Esta circunstancia debe comunicarse a otros órganos judiciales que pudieran conocer de otras solicitudes de concurso necesario respecto del deudor que está intentando alcanzar un acuerdo con sus acreedores, no debiendo darse desde el momento en que se toma constancia de la comunicación presentada por el deudor trámite ni pudiendo presentarse solicitudes de concurso necesario en otros juzgados respecto del deudor que está negociando un acuerdo de refinanciación. No ha de probar, por tanto, el deudor su situación económica, ni proceder el juez a la comprobación de ésta.

Nada se establece tampoco en el art. 5 bis LC sobre la necesidad de que la comunicación vaya firmada por abogado y procurador, pudiendo entenderse que, aun cuando ello no sea en puridad necesario, podría contribuir a la seriedad de la comunicación presentada en el Juzgado. De otro lado, y a efectos de preconstituir prueba en relación a la eventual apertura de una sección de calificación en un eventual concurso posterior, el deudor ha de poder acreditar de algún modo, aun cuando no lo haga en el momento en que presenta su comunicación, que ha iniciado negociaciones con algunos de sus acreedores en orden a alcanzar una propuesta anticipada de convenio o un acuerdo de refinanciación (p.e., burofax emplazando a los acreedores). No resulta, no obstante, necesario elevar a escritura pública el inicio de las negociaciones aun cuando, en ocasiones, en la práctica se opte por esta vía con el fin de dotar de mayor seriedad el inicio de las negociaciones entre deudor y acreedores. Todo ello con el fin de evitar supuestos en los que un deudor que se hubiere retrasado en su solicitud de concurso, pueda verse afectado por las consecuencias derivadas del referido cumplimiento tardío, o en su caso incumplimiento (art. 165.1.º LC), argumentando de manera infundada que, por haber iniciado negociaciones de propuesta anticipada de convenio o de un acuerdo de refinanciación con sus acreedores, puede beneficiarse de la ampliación del plazo del art. 5 bis LC.

III. LA PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Como se ha adelantado, no cabe diseñar un eficaz marco protector de la negociación de acuerdos extrajudiciales de composición de crisis económicas si no se regula la paralización de eventuales ejecuciones singulares («*automatic stay*») sobre el patrimonio del deudor lo que, sólo tras sucesivas reformas del art. 5.bis LC, se ha introducido en nuestro modelo.

En este sentido, en el considerando 18 de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, se recoge la conveniencia de que, en orden a establecer eficaces institutos concursales de reestructuración de empresas en crisis, se prevea la posibilidad de que el deudor solicite al órgano jurisdiccional la suspensión de las acciones de ejecución individuales y del procedimiento de insolvencia cuya incoación haya 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, **no debiendo concederse dicha suspensión en orden a garantizar un justo equilibrio entre los derechos del deudor y de los acreedores por un período superior a cuatro meses.**

En nuestro modelo, el inicio de negociaciones para alcanzar institutos concursales (léase acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o propuesta anticipada de convenio), no se conectó inicialmente —excepción hecha de la previsión contenida al respecto en el art. 240 LC respecto de acuerdos extrajudiciales de pagos— al ejercicio de ejecuciones singulares a través de las sucesivas reformas.

El planteamiento del tema, sin embargo, cambia acertadamente en la nueva redacción dada al art. 5.bis LC, en virtud del Real Decreto-Ley 4/2014, tramitado posteriormente como Ley 17/2014 de Medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, posteriormente modificado, a su vez, en virtud de la Ley 9/2015, que trae su causa de la tramitación como ley ordinaria del Real Decreto-Ley 11/2014 de 25 de mayo, de Medidas urgentes en materia concursal, pasando la comunicación *ex art.* 5.bis.4 LC a tener incidencia en el derecho a la ejecución forzosa en relación a ejecuciones pendientes o por incoar.

Nos encontramos ante un efecto procesal que incide en el derecho a la tutela judicial efectiva y conectado a la negociación de acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos o propuestas anticipadas de convenio, que en nuestro modelo, al menos en lo referido a acuerdos extrajudiciales de pagos y acuerdos de refinanciación, frente a lo que acontece en otros modelos de Derecho Comparado, hasta el momento no están dotados de una estructura procedimental judicial o administrativa, desarrollándose los acuerdos de refinanciación en su negociación y en su ejecución en el marco de la autonomía de la voluntad *ex art.* 1.255 Cc. En este sentido, como se ha adelantado, la comunicación que el deudor dirige al juez que sería competente para declarar su concurso no constituye un procedimiento en modo alguno y la intervención del juez, despejadas las dudas con la actual redacción del art. 5.bis LC que en su momento pudieron plantearse al respecto es prácticamente inexistente, limitándose a una resolución por la que se deja constancia de la comunicación presentada por el deudor cuya publicación en el Registro Público concursal ordenará el secretario judicial, salvo solicitud de confidencialidad por el deudor. Asimismo, la eventual intervención del órgano judicial en la homologación de acuerdos de refinanciación se produce en el marco de la jurisdicción voluntaria *ex DA* 4.^a LC, constituyendo los acuerdos extrajudiciales de pagos un expediente registral o notarial en función de la condición del deudor que solicita el nombramiento de mediador concursal.

No se trata, por tanto, de una paralización de ejecuciones conectada a un procedimiento, como acontece en el marco del concurso de acreedores, lo que plantea como cuestión previa un tema relativo al control de la competencia y condiciones a las que se conecta dicha paralización, lo que, como se analizará a continuación, no se realiza «a priori» sino «a posteriori» en la sección de calificación de un eventual concurso.

En una primera lectura del art. 5.4.bis LC parece que se introduce, en el ámbito de la negociación de un acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o propuesta anticipada de convenio, un régimen unificado de incidencia de la comunicación de negociaciones en las ejecuciones pendientes o por iniciar, en lo relativo a sus presupuestos materiales, subjetivos y temporales. Ello, sin embargo, como se analizará, ha de ser matizado en relación a la negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos, respecto del cual, partiéndose del régimen general de paralización de ejecuciones previsto en el art. 5.bis LC, se contemplan en el art. 235 LC especialidades, probablemente derivadas de la circunstancia de que a estos acuerdos puedan acceder deudores personas naturales, en el sentido de físicas, con independencia de su condición de empresarios (consumidores) que básicamente persiguen obtener una exoneración de su pasivo en un concurso de acreedores consecutivo.

Analizaremos a continuación el ámbito material y subjetivo, así como temporal, de la paralización de ejecuciones «*ex lege*» que se contempla en el art. 5.bis.4 LC y la interpretación extensiva que en este marco ha realizado en ocasiones la jurisprudencia de los jueces de lo mercantil.

1. Ámbito material de la paralización

La incidencia de la comunicación del inicio de negociaciones de un acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o propuesta anticipada de convenio en el derecho a la ejecución forzosa se aborda en el art. 5.bis.4 LC distinguiéndose diversas limitaciones en función de la naturaleza de la ejecución y la afectación (funcionalidad) de los bienes y derechos del deudor a la continuación del ejercicio de la actividad empresarial o profesional del deudor, así como de la garantía de los créditos cuya ejecución se persiga y del carácter de los acreedores como titulares de pasivos financieros

1.1. Sobre el concepto de ejecución y la naturaleza de procedimientos ejecutivos a los que afecta la paralización

En principio, cuando en el art. 5.bis.4 LC se alude a «ejecuciones judiciales o extrajudiciales» de bienes o derechos, con las matizaciones analizadas respecto del carácter necesario de éstas para la actividad del deudor en función del acreedor que pretenda iniciarlas o continuarlas, parece que el término **ejecución** ha de interpretarse por referencia al ejercicio de una acción ejecutiva, esto es, al **inicio de un procedimiento singular de ejecución** por un acreedor fundado en título que tenga aparejado ejecución, ya sea título ejecutivo judicial o extrajudicial (art. 517 LEC).

Las ejecuciones afectadas por la comunicación *ex art.* 5.bis LC serán **no sólo las ejecuciones judiciales sobre bienes y derechos del deudor, sino también las ejecuciones extrajudiciales, con exclusión no obstante de las ejecuciones administrativas** dada la expresa exclusión legal de los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público del ámbito de las limitaciones al derecho a la ejecución previstas en el art. 5.bis LC (art. 5.bis.4 in fine LC), **lo que no constituye sino una manifestación más de la «hiperprotección» que el crédito público recibe no sólo en sede concursal sino también preconcursal.**

En este marco, se contiene en el art. 5.bis LC una regla general de prohibición de inicio de ejecuciones y suspensión de las ejecuciones pendientes, pasando por tanto a insertarse la comunicación de inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o propuesta anticipada de convenio dentro de las **causas de suspensión legal de ejecuciones**, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 565.1 LEC).

Las limitaciones a la ejecución afectan incluso a la ejecución de garantías reales, pero con especialidades en este supuesto respecto del régimen general de paralización y suspensión, como se analizará más adelante.

En este ámbito como una cuestión esencial se suscita si el efecto paralizador de ejecuciones *ex art.* 5 bis LC, alcanzaría también a la efectividad de una medida cautelar acordada contra el patrimonio del deudor. Al respecto parece importante distinguir de un lado, medidas cautelares vinculadas a una ejecución (pe anotación preventiva de embargo) (medida cautelar ejecutiva), a las que habría de entenderse se extendería la paralización pues de otro modo quedaría vacía de contenido la previsión misma de paralización de ejecuciones contenida en el art. 5 bis LC.

De otro lado, medidas cautelares no vinculadas en puridad a una ejecución (pe depósito en garantía o retención *ex art.* 1866 II Cc) que en principio y aun cuando recayeran sobre bienes que pudieran ser necesarios para continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, no quedarían comprendidas dentro de la paralización *ex art.* 5 bis LC si nos atenemos al tenor literal del precepto que solo alude a las «ejecuciones». No obstante, como veremos más adelante, si se opta por una interpretación amplia y extensiva del ámbito material de la paralización como se ha hecho en algunas resoluciones de los jueces de lo mercantil a las que luego aludiremos, podría entenderse que en la medida en que la ejecución de la concreta medida cautelar pudiera afectar a la continuidad de la actividad del deudor, podría resultar sometida al efecto suspensivo del art. 5 bis LC. (*vid.* Conclusiones de los jueces de lo mercantil de Madrid de 7 y 21 de noviembre de 2014, con anterioridad a las últimas reformas concursales pero con consideraciones que no obstante ello podrían mantenerse).

1.2 . Bienes a los que afectan las limitaciones a la ejecución

Respecto de los bienes y derechos a los que afecta la prohibición de inicio de ejecuciones, este tema ha sido objeto de una evolución desde la Ley 17/2014 hasta la **Ley 9/2015, de 26 de mayo**, que trae su causa de la

tramitación como ley ordinaria del Real Decreto-Ley 11/2014, con matizaciones en supuestos en los que lo que se está negociando sea un acuerdo extrajudicial de pagos.

A. Regla general: bienes necesarios para la continuidad de la actividad

En efecto, en la actual redacción del art. 5.bis LC en virtud de la **Ley 9/2015, de 26 de mayo**, se contiene una regla general y una excepción. Como **regla general, la prohibición del inicio de ejecuciones sólo afectará a aquellos bienes y derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor**⁵, regulándose en el art. 568.1 LEC, tras la última reforma, en supuestos de ser instada ejecución ordinaria, ya sea por título judicial o asimilado extrajudicial, la prohibición del despacho de la ejecución, esto es, la prohibición temporal de «trabar» el embargo respecto de bienes necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, pudiendo el ejecutante, transcurrido el plazo temporal de limitación para trabar el embargo, instar el embargo de éstos o, si procede, la mejora o modificación del mismo (art. 612.1 LEC).

Se suscita así, como cuestión esencial la determinación del sujeto competente para indicar cuáles de entre los bienes que integran el patrimonio del deudor serían necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

En la redacción del art. 5.bis LC en virtud de la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de Medidas urgentes en materia concursal, se establece que **el deudor indicará en su comunicación qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de éstas recaen sobre bienes que él considera necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que deberán hacerse 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 prevé la posibilidad de **recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso**.

Las ejecuciones sobre bienes de esta naturaleza, esto es, que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor no podrán iniciarse desde la presentación de la comunicación, suspendiéndose, desde la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación, las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación por el juez que estuviera conociendo de las mismas.

Ambas limitaciones, esto es, la **prohibición de iniciación de ejecuciones o suspensión de las que estuvieran tramitándose**, 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 legalmente previstos.

Con ello, parece que se encomienda la decisión última sobre la determinación del carácter necesario del bien sobre el que recae la ejecución —y, por ende, sobre su paralización— al juez que sería competente en su caso para conocer del concurso, que sería el mismo ante el que se presentó la comunicación, lo que parece acertado, dado que en la eventualidad en que las negociaciones fracasasen y el concurso sea finalmente declarado, será este mismo juez el que debe pronunciarse sobre el mantenimiento de la paralización de estas ejecuciones *ex art.* 56 LC.

Con ello se resuelve, en aras de la seguridad jurídica, la controversia a la que dio lugar en este materia la inicial redacción del art. 5.bis LC, en la que no se resolvía la cuestión de determinar si el juez competente para pronunciarse sobre el carácter necesario de los bienes sería el juez ante el que se presenta la comunicación de

5 *Vid.* SENES «La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociación con acreedores», *ADCo* n.º 33, septiembre-diciembre 2014, pág. 78, cuestionando la falta de rigor en la redacción empleada en el art. 5.4.bis LC, con anterioridad a la última reforma introducida en virtud de la Ley 9/2015, pero con argumentaciones sostenibles también tras esta reforma, cuando, respecto de acreedores cuyos créditos estén desprovistos de garantías reales, se refiere impropriadamente a las ejecuciones «de bienes» que resulten necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, desconociéndose que la ejecución ordinaria no se dirige contra bienes concretos, derivando la afectación del embargo posterior al despacho de la ejecución (art. 551.3 LEC) y ello incluso aun cuando el ejecutante designe bienes en la demanda ejecutiva (art. 549.1.3.º LEC).

inicio de negociaciones o el que estuviera conociendo de la ejecución, lo que había dado lugar a resoluciones contradictorias⁶.

B. Excepción: acreedores titulares de pasivos financieros

Como excepción a la regla general, respecto de los bienes a los que afectan las limitaciones a la ejecución, tras la última reforma del art. 5.bis LC en virtud de la Ley 9/2015 de 25 de mayo, cuando estas ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, sean promovidas por acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la DA 4.^a LC, no podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las que estuvieran tramitándose sobre «*cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor*», con independencia de su carácter necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Pero esta excepción no opera en todo caso respecto de acreedores titulares de pasivos financieros, sino sólo por expresa previsión legal contenida en el art. 5.bis.4 LC «*siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51% 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*». Esto es, siempre que los acreedores titulares de pasivos financieros hayan alcanzado un «*standstill*» convencional con un 51% de apoyo, que a su vez será el porcentaje legal mínimo para que un acuerdo de refinanciación pueda homologarse ex DA 4.^a LC «*reforzándose*» ese acuerdo con el «*standstill*» legal que conlleva la previsión contenida en el art. 5.bis.4 LC.

Ello nos lleva al concepto de **acreedor titular de pasivo financiero** ex DA 4.^a LC, encontrándonos ante un concepto introducido acertadamente en virtud del Real Decreto-Ley 4/2014 y mantenido en la Ley 17/2014, así como en la Ley 9/2015 de 25 de mayo de Medidas urgentes en materia concursal, frente a la inicial referencia contenida en dicha DA 4.^a LC a las «*entidades financieras*», expresión más limitada en su ámbito de aplicación que la actual, relativa a «*acreedores titulares de pasivo financiero*».

En efecto, como ya pusimos de manifiesto⁷, la referencia a entidades financieras, en una primera interpretación y sin perjuicio de interpretaciones correctoras⁸, parecía conectar con el art. 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de Intermediarios. Con ello, parecía desconocerse que en el momento actual en España, como en otros países de nuestro entorno, los financiadores ya no son sólo las entidades de crédito en el sentido referido, algunas de las cuales han desaparecido (cajas de ahorros) y otras se encuentran en procesos de reestructuración o fusión, habiendo adquirido —como es sabido— protagonismo en la posición de prestamistas, de un lado, los bonistas, que aportan dinero a cambio de una retribución, y de otro, los fondos (*credit funds, distressed funds, hedge funds...*), que en ocasiones están adquiriendo con descuento paquetes importantes de deuda de las tradicionales entidades prestamistas y que, por no ser en puridad entidades financieras, no podían, a los efectos de la DA 4.^a LC, computar en las mayorías legalmente exigidas ni resultar sometidos a los efectos de la homologación. Fueron precisamente estas carencias las que motivaron la necesidad de ir adaptando la DA 4.^a LC a la sucesiva entrada de distintos sujetos en el ámbito refinanciador, que en puridad no son entidades financieras pero ocupan un relevante lugar en el marco refinanciador (DF 7.^a de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias, equiparando la posición de SAREB, y de quienes por cualquier título adquieran préstamos o créditos de ésta, a la de entidades financieras a los efectos de la DA 4.^a LC).

Pues bien, en el Real Decreto-Ley 4/2014 se persiguió, acertadamente, superar la descrita problemática y propiciar y dar protagonismo a la financiación no bancaria, dando así cumplimiento al punto 27 del Memorando de Entendimiento firmado entre el Eurogrupo y el Gobierno de España, en julio de 2012, introduciendo a los

⁶ En efecto, la ausencia de previsión legal al respecto había dado lugar a resoluciones judiciales en ocasiones contradictorias, pues a veces se había optado por interpretar, sobre la base de los arts. 55 y 56 LC, que sería el juez ante el que se presenta la comunicación, que sería a su vez el juez competente para declarar en su caso el concurso el competente determinar el carácter necesario de los bienes (así, SJM Granada de 17 de marzo de 2014). Frente a ello, en otras resoluciones judiciales se había entendido que correspondía la competencia para dicho pronunciamiento al juez que estaría conociendo de la ejecución singular sobre la que recaería la paralización, invocándose en apoyo de esta interpretación el art. 568 LEC (SJM Jaén de 25 de abril de 2014).

⁷ PULGAR EZQUERRA «Preconcurso y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, págs. 466 y ss.

⁸ CÁRDENAS SMITH/GARCÍA RODRÍGUEZ «El concepto de entidad financiera a los efectos de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal», *Diario La Ley* n.º 8192, de 15 de noviembre de 2013.

efectos de la DA 4.^a.1 LC el tránsito del concepto de «entidad financiera» a los «acreedores de pasivos financieros», entendiéndose como tales los **titulares de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que el acreedor esté o no sometido a supervisión financiera, excluidos los acreedores por operaciones comerciales, así como los acreedores de pasivos de derecho público.**

Se amplía así notablemente, en un modo acertado, con la referencia a los «acreedores titulares de pasivos financieros» no sólo el ámbito de aplicación de la DA 4.^a LC, sino también, tras las últimas reformas introducidas en el art. 5.bis LC, el ámbito de los sujetos que pueden determinar en sede de negociación de un acuerdo de refinanciación una paralización de ejecuciones de acreedores titulares de pasivo financiero, no sólo respecto de bienes necesarios para la continuidad de la actividad del deudor con la eventual eficacia extraterritorial que ello puede llegar a tener, como analizaremos más adelante.

Así, bajo la categoría de «acreedores de pasivos financieros» podrían incluirse a nuestro entender cualquiera de las entidades enumeradas en las letras (b) y (c) del apartado 1 del art. 4 del RDL 5/2005, de 11 de marzo; los organismos de inversión colectiva, así como sus compartimentos de inversión definidos en la Directiva 2011/61UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, por la que se modifican las Directivas 2003/41CE y 2009/65CE y los Reglamentos CE 1060/2009 y (UE) núm. 1095/2010, con independencia de su naturaleza jurídica o contractual o de la vía o vehículo a través del cual hayan instrumentado su participación directa o indirecta en el pasivo objeto del acuerdo de refinanciación; fondos o vehículos de finalidad especial de titulización, con independencia —de nuevo— de su naturaleza legal o contractual, así como cualquier vehículo fiduciario, fondo de cualquier tipo o cualquier otra entidad o persona jurídica, cualquiera sea su naturaleza y cuyo objeto social contemple como actividad conceder, participar y/o invertir en préstamos, créditos, activos financieros análogos u otras operaciones de naturaleza equivalente. Asimismo, en este ámbito resultarían comprendidos los titulares de préstamos participativos que tendrían la consideración de pasivos financieros⁹ y, por tanto, el «poder», si constituyeran el 51% requerido legalmente, de paralizar las ejecuciones sobre cualesquiera bienes o derechos del patrimonio del deudor.

1.3. Tratamiento de acreedores con garantía real

Como se ha adelantado, las limitaciones a la ejecución contempladas en el art. 5.bis.4 LC afectan incluso a la ejecución de garantías reales, pero con especialidades que recaen no tanto sobre la naturaleza de los bienes sobre los que recaería la prohibición de iniciación o suspensión de la ejecución, cuanto en lo relativo al **contenido de la limitación a la ejecución.**

En efecto, la **ejecución de garantías reales, se puede iniciar y continuar si recae sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor en supuestos en que el acreedor con garantía real no sea, a su vez, titular de pasivo financiero.** Pero si el bien sobre el que recae la garantía a ejecutar es necesario para dicha continuidad de la actividad empresarial o profesional o si el acreedor con garantía real, a su vez, es titular de pasivo financiero en cuyo supuesto resultaría irrelevante, con el porcentaje exigido del 51% apoyando la negociación, el referido carácter necesario del bien para la continuidad de la actividad del deudor, **se autoriza** —y aquí es donde reside la especialidad— **el ejercicio de la acción real de garantía, pero no su continuación, pues la ejecución iniciada se paraliza en tanto en cuanto no hayan transcurrido los plazos legalmente previstos.** Esta iniciación de la ejecución resulta aconsejable por ser conveniente «*ad cautelam*», en conexión con los efectos es art. 57.3 LC —si el concurso finalmente se declarase fracasadas las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o propuesta anticipada de convenio o posteriormente el acuerdo alcanzado se incumpliese— con el fin de poder **mantener la ejecución separada.** En este ámbito, el art. 568.1 LEC, tras la última reforma, dispone que el juez ejecutor tenga por iniciada la ejecución a los efectos del art. 57.3 de la Ley Concursal para el supuesto en que finalmente sobrevenga el concurso, a pesar de la falta de despacho de la ejecución.

1.4 . El régimen especial respecto de acuerdos extrajudiciales de pagos

No obstante parecer, en una primera lectura del art. 5.bis.4 LC, que se estaría introduciendo un régimen unificado y común a acuerdos extrajudiciales de pagos, acuerdos de refinanciación y propuestas anticipadas de convenio, de incidencia de la comunicación de negociaciones en las ejecuciones pendientes o por iniciar, en lo

⁹ Vid. COLINO MEDIAVILLA *Créditos participativos y concurso de acreedores*. Monografía 12/2010 asociada a la RCP.

que respecta a sus presupuestos subjetivos, materiales y temporales, sin embargo, ello no es exactamente así, al menos en lo relativo a acuerdos extrajudiciales de pagos, si ponemos en conexión la previsión contenida en el art. 5.bis.4 LC con el art. 235.2.a) LC, específicamente regulador de dichos acuerdos extrajudiciales de pagos.

En efecto, en dicho precepto, que no ha resultado modificado en su redacción en virtud de la Ley 9/2015, se contempla también la prohibición de iniciación o continuación de ejecución judicial o extrajudicial, pero no limitada como regla general, como acontece en el art. 5.bis.4 LC, exclusivamente a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, **sino extendiéndose a todo el patrimonio del deudor, operando dicha funcionalidad de los bienes en relación a la incidencia de la comunicación en la ejecución sólo respecto de acreedores con garantía real**, no conteniéndose referencia alguna a los acreedores titulares de pasivo financiero *ex* DA 4.^a LC, pues la homologación judicial solo y exclusivamente está prevista respecto de acuerdos de refinanciación, y no así respecto de acuerdos extrajudiciales de pagos. Así, respecto de acreedores con garantía real, no operarían las limitaciones a la ejecución respecto de bienes no necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial, estableciéndose que «cuando la garantía recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial o sobre vivienda habitual, se podrá ejercitar la acción real que le corresponda, sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en este apartado».

Asimismo, en el art. 235.3 LC se contempla expresamente, durante el período de negociación del acuerdo extrajudicial de pagos, respecto de los créditos que puedan verse afectados por éste, la suspensión del devengo de intereses conforme al art. 59 LC, lo que no se prevé en el art. 5.bis LC.

Parece, por tanto, que nos encontraríamos ante un régimen especial que sólo operaría respecto de acuerdos extrajudiciales de pagos, completándose las lagunas en éste con las previsiones del art. 5.bis LC que constituiría régimen general aplicable a los acuerdos de refinanciación, propuestas anticipadas de convenio y acuerdos extrajudiciales de pagos en todo lo no previsto en su normativa especial, dentro de la que se situaría el referido art. 235 LC.

Las razones últimas de estas especialidades, sin duda residen en la aplicación de los acuerdos extrajudiciales de pagos a sujetos personas físicas, que en realidad lo que buscan a través de éstos es exonerar su pasivo en un eventual concurso consecutivo.

1.5. La extensión judicial de la paralización ex art. 5.bis LC: compensaciones contractuales de derechos de crédito en cuentas bancarias

En el marco que estamos abordando de incidencia de la comunicación de inicio de negociaciones *ex art.* 5.bis LC, sobre ejecuciones singulares, es importante analizar la interpretación extensiva de dichos efectos mantenida en alguna de las resoluciones de los jueces de lo mercantil y en particular en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 28 de abril de 2015¹⁰.

En esta resolución, se entiende que la paralización de ejecuciones regulada en el art. 5.bis.4 LC conlleva un juicio de necesidad de valoración de instrumentalidad de medio a fin y en ese marco se incluye, dentro de la prohibición de iniciación o suspensión de ejecuciones judiciales o extrajudiciales, las compensaciones contractuales por entidades financieras de derechos de crédito en las cuentas bancarias.

En este marco, se consideran —partiendo del carácter dificultoso de esta valoración en un marco procesal tan estrecho como el del art. 5.bis LC, en el que la intervención judicial se remite a la mera constancia del secretario judicial— **bienes necesarios para el mantenimiento de la actividad productiva los derechos de**

¹⁰ Obsérvese que la resolución se dicta con anterioridad a la aprobación de la Ley 9/2015, de 26 de mayo, que, como se ha analizado, introduce modificaciones en la naturaleza de los bienes, en conexión con la paralización de ejecuciones y, por ello, conecta el carácter necesario del bien o derecho sobre el que recae la ejecución —en este supuesto «contractual» por la interpretación extensiva que realiza el juez— también respecto de acreedores titulares de pasivo, sin hacer la matización, porque no se contenía en la redacción del art. 5.bis LC anterior a la Ley 9/2015, relativa a la paralización de la ejecución sobre cualquier bien si el acreedor es titular de pasivo financiero en el marco de la DA 4.^a LC y concurre en sede de negociación el porcentaje legalmente exigido. Así mismo, se dicta, con anterioridad a la aprobación del nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia (Reglamento UE 2015/848 de 20 de mayo de 2015).

cobro contra terceros y la tesorería disponible¹¹. En consecuencia, **se extiende la paralización de ejecuciones singulares no sólo a lo que en puridad constituiría una ejecución forzosa fundada en título judicial o extrajudicial, sino también a los pactos contractuales de compensación y retención de saldos previstos en contratos bancarios de financiación, descuento y prestación de avales frente a tercero**. Ello sobre la base de la equiparación de las compensaciones contractuales por entidades financieras de derechos de crédito en las cuentas bancarias a ejecuciones extrajudiciales, entendiéndose por éstas *«aquellos medios de realización que hayan podido establecer bajo pacto las partes contractuales cualesquiera que sea su forma, siempre y cuando recojan la efectiva actuación de un derecho de crédito vencido, líquido y exigible contra el patrimonio del deudor»* **siempre que nos encontremos ante una compensación convencional o contractual de créditos que opere al margen de la compensación legal automática** *ex art. 1.195 Cc*.

En este marco, se entiende que los pactos contractuales presentes en contratos de financiación, en el caso analizado, que conllevan la posibilidad de retención de saldos y realización de depósitos, constituyen una forma de garantía de los derechos de crédito resultantes a favor de las entidades financieras porque así se ha pactado y al margen de derechos de compensación legal.

En este marco, se argumenta, además, que precisamente por ello en sede concursal se prohíbe *ex art. 59.bis LC* el ejercicio o mantenimiento de derechos de retención, no sólo de origen convencional sino incluso legal y en el art. 58 LC se prohíbe la compensación.

Por ello, se concluye que estos pactos contractuales presentes en contratos de financiación *«cuando conllevan la realización automática y unilateral del derecho de crédito por el propio acreedor en atención al cobro sobre bienes de naturaleza pecuniaria»* (*vid. art. 634.2 LEC*), son equiparables, a estos meros efectos, esto es, a efectos de paralización de ejecuciones y en el marco estricto de esta valoración, a formas abiertas de ejecuciones extrajudiciales, esto es, de realización del propio derecho pactadas contractualmente y a margen de toda vía judicial.

En contra de esta interpretación podría argumentarse, como expresamente se cita en el Auto del Juzgado Mercantil núm. 8 de Madrid, de 28 de abril de 2015, **la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que en algunas de sus resoluciones** (STS 428/2014, de 24 de julio) ha admitido de modo excepcional y no obstante el art. 58 LC, durante la pendencia del concurso, la compensación de cantidades siempre que la relación contractual se mantuviera vigente tras la declaración del concurso y se prevea en ésta el pacto de compensación con depósitos del concursado, por lo que podría entenderse que si ello es así en sede concursal, también debería serlo —incluso con más razón— en sede preconcursal.

No obstante, se entiende en el Auto del Juzgado Mercantil núm. 8 de Madrid, que resultaría inaplicable esta doctrina en el presente caso por tres motivos fundamentales: de un lado, se solicita la paralización de **ejecuciones respecto de bienes necesarios para la actividad empresarial del deudor**, lo que no sucedía en el supuesto objeto de análisis por el Tribunal Supremo. De otro, en este supuesto la aplicación de las cláusulas convencionalmente acordadas no redundarían en interés del concurso sino que, antes bien, **impedirían la continuidad de la actividad empresarial del deudor** y finalmente la duración del concurso y el plazo de espera *ex art. 5.bis LC* es distinta, pues si bien la duración del concurso no se sabe a priori y puede ser indefinida (pensemos en un convenio con plazo de espera, por ejemplo, de ocho años, no concluyendo el concurso hasta que el convenio no se cumpla), **el plazo de espera ex art. 5.bis LC es limitado y taxativo**.

La decisión del juez de extender los efectos de suspensión o paralización de acciones ejecutivas a los pactos de compensación y retención de saldos previstos en los contratos bancarios suscritos por la sociedad deudora, **incide en la función de garantía de la compensación como protección frente al riesgo de insolvencia del deudor**, desactivándose esta función en virtud de una decisión judicial desatendiéndose, en consecuencia, la tutela de las expectativas de compensación que se habían formado las partes y que el derecho material considera legítimas y por tanto tutela.

11 La consideración de los derechos de cobros contra terceros como bienes necesarios para el mantenimiento de la actividad se realiza, de un lado, sobre la base de valoraciones fácticas (sólo disponiendo de los derechos de cobro de clientes frente a terceros añadidos a la posibilidad de contar con la tesorería disponible) el deudor podría soportar sus gastos estructurales. De otro, sobre la base de valoraciones jurídicas (valoración de instrumentalidad de medio a fin que impone el juicio de necesidad *ex art. 5.bis LC*) en orden a determinar que los derechos de cobro contra terceros y tesorería son «absolutamente» indispensables para mantener su actividad productiva en funcionamiento en favor de los acreedores, tanto si la refinanciación tiene éxito como si, no teniéndolo, se abre un concurso al conllevar el mantenimiento de la actividad empresarial un valor añadido al mero inmovilizado del patrimonio (considerando cuarto).

Ello no obstante, ha sido posible en el supuesto que estamos analizando, al considerar el juez que **no nos hallamos dentro del ámbito de las compensaciones protegidas en el Real Decreto-Ley 5/2005 de 11 de marzo, de Reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública**, pues de otro modo habrían resultado dichas compensaciones protegidas de la paralización acordada por el juez. A este respecto, debe resaltarse que en virtud de la Disposición Adicional Primera de la Ley 9/2015, de Reforma urgente concursal, **a los efectos del Real Decreto-Ley 5/2005, las actuaciones que se deriven de la aplicación del art. 5.bis LC y de la Disposición Adicional 4.ª de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento**, siendo de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura del concurso el Capítulo II y el Título I de dicho Real Decreto-Ley 5/2005.

La referida decisión del juez de extender los efectos de la comunicación *ex art.* 5.bis LC también a los pactos de compensación y retención de saldos previstos en contratos bancarios, puede resultar cuestionable. Ello no tanto desde la consideración que compartimos de permitir la finalidad perseguida por el art. 5.bis LC, que no es sino conceder un período general de espera de ejecuciones, durante un tiempo de la negociación por la sociedad con sus acreedores de un acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o propuesta anticipada de convenio, cuando aquélla tenga posibilidades reales y efectivas de reconducir su situación financiera y pueda continuar funcionando, cuanto desde la **fundamentación jurídica de dicha extensión que parece basarse en una equiparación entre la realización unilateral y automática del derecho de crédito por el acreedor sobre la base de un pacto contractual y una ejecución extrajudicial**.

En efecto, es cuestionable **conectar cumplimiento contractual** mediante la realización de un pacto contractualmente acordado, en nuestro caso de compensación y retención de saldos previstos en contratos bancarios y **ejecución**, pues este segundo término, como se ha analizado, si nos atenemos al tenor literal del precepto, parece aludir en el marco del art. 5.bis.4 LC a una ejecución forzosa singular de carácter civil, que puede iniciar aquel acreedor que pueda fundamentar su crédito en un título ejecutivo judicial o extrajudicial (art. 517. LEC), esto es, en un **documento** del que se deduce que el acreedor tiene derecho no tanto a la ejecución cuanto al despacho de la ejecución¹², con exclusión de ejecuciones de créditos de derecho público (ejecuciones contencioso-administrativas) que quedan fuera del ámbito del art. 5.bis.4 LC.

En este ámbito, el contrato no constituye título ejecutivo judicial ni extrajudicial, sin perjuicio de que, en virtud de un eventual cumplimiento forzoso de un contrato, se pueda ir a una ejecución dineraria de la conversión de la prestación (debida) en prestación dineraria (monetarización de la prestación).

Y es que los **contratos en puridad no se ejecutan, los contratos son eficaces y se cumplen o se incumplen o son ineficaces**, y cuando el juez está acordando *ex art.* 5.bis.4 LC la suspensión o paralización de cláusulas contractuales de compensación en el marco de contratos bancarios, en realidad **lo que está haciendo es establecer un régimen de ineficacia contractual atípica de carácter parcial y temporal, lo que puede resultar cuestionable, pues en principio los regímenes de ineficacia contractual son típicos, esto es, se encuentran reglamentados por el legislador (nulidad, anulabilidad y rescisión)**¹³.

En efecto, cuando hablamos de «eficacia» de un contrato, aludimos a la producción de unas determinadas consecuencias y efectos. De un lado, efectos que —conectando con la función económico-social del tipo de negocio de que se trata— son proyección del contenido que al contrato dan las partes en virtud de la autónoma reglamentación de intereses que éste conlleva (efectos voluntarios) (art. 1.255 Cc), de otro lado, efectos que no dependen tanto del contenido prefijado por las partes cuanto de la imposición del ordenamiento jurídico, de modo que siendo libres las partes para querer o no cierto tipo contractual, optando por éste se producen en ocasiones ciertos efectos necesariamente impuestos por la ley (eficacia legal o «*ex lege*» del contrato imperativa o dispositiva).

Ello conlleva, como consecuencia, la creación de un deber de observancia del contrato por las partes y de vinculación a lo establecido, teniendo que cumplir aquéllas lo que el contrato les impone, lo que, a su vez, permite fundamentar una serie de pretensiones que las partes se dirigen recíprocamente.

12 Vid. la ya tradicional obra de FERNÁNDEZ BALLESTEROS *La ejecución forzosa y medidas cautelares*. Madrid, 2001, págs. 69 y ss.

13 Vid. por todos DÍEZ PICAZO *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I. Teoría del contrato, Civitas 1993, págs. 423-489.

Pero no sólo entre las partes comporta el contrato un deber de observancia, sino también por parte de jueces y tribunales, que habrán de acoger las pretensiones que se funden en el contrato¹⁴, habiendo de ser resueltos los conflictos que eventualmente se susciten entre las partes también con arreglo a lo previsto en el contrato.

Cuando hablamos de «ineficacia» aludimos, sin embargo, a la contrapartida de la eficacia, esto es, aludimos a la falta de producción de consecuencias de un contrato o, al menos, de aquellas consecuencias o efectos que deberían haberse producido y razonablemente cabría esperar en virtud de la celebración del contrato y ello se produce en conexión con las causas típicas de ineficacia del contrato.

Por tanto, como se ha adelantado, cuando el juez, respecto del que en principio el contrato también comporta un deber de observancia, establece la suspensión o paralización de pactos de compensación y retención de saldos previstos en contratos bancarios de financiación suscritos por el deudor, convencionalmente pactados por las partes, en realidad **está incidiendo por decisión judicial en la fase de ejecución del contrato, decidiendo que cláusulas de compensación que normalmente habrían producido sus consecuencias** y que podían haber sido razonablemente esperadas en virtud de la celebración del contrato, no se produzcan. **Se priva, por tanto, de fuerza vinculante a determinadas cláusulas de un contrato, no conectando ello, como acontece en otras causas de ineficacia con una sanción vinculada a una irregularidad del contrato, sino que se produce en virtud de una interpretación finalista de la paralización de ejecuciones prevista en el art. 5.bis.4 LC.**

Con ello, se estaría introduciendo, por decisión judicial, una categoría de ineficacia atípica, que presentaría las siguientes características:

— **Ineficacia parcial**, porque el contrato desenvolvería algunos de los resultados o efectos esperados, pero no todas las consecuencias ni resultados, al decidirse la suspensión o paralización de esos pactos de compensación y retención de saldos previstos en contratos bancarios de financiación. Esta ineficacia parcial resultaría a nuestro entender admisible partiendo de la base del principio de conservación del negocio y la regla de que lo invalidado no puede viciar lo válido (*utile per inutile non vitiatur*) (supuestos de nulidades parciales «*ex lege*» art. 1.476 Cc, 1.691 o nulidad del pacto comisorio que permite al acreedor apropiarse de las cosas dadas en garantía, lo que no impediría la validez de la prenda o la hipoteca)¹⁵.

— Esta **ineficacia parcial que acuerda el juez no sería estructural**, esto es, no atendería a la fase de celebración o formación del negocio jurídico, porque el contrato no es defectuoso, ni está viciado, ni es imperfecto, **sino que sería funcional**, pues atiende a las consecuencias que un contrato que ha sido regularmente formado produciría en la realidad, que serían contrarias a la finalidad prevista en el art. 5.bis LC.

— **Ineficacia temporal**, que duraría sólo y exclusivamente el período temporal previsto en el art. 5.bis LC, que se encuentra dentro de los límites aconsejados en la Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque al fracaso empresarial de 12 de marzo de 2014, como se ha analizado.

Por tanto, cuando el juez, respecto del que —insistimos— en principio el contrato también comporta un deber de observancia, establece la suspensión o paralización de pactos de compensación y retención de saldos previstos en los contratos bancarios de financiación suscritos por el deudor, **está incidiendo, de un lado, en la fase de ejecución del contrato**, al decidir la falta de producción o consecuencias de cláusulas convencionalmente pactadas entre las partes que normalmente deberían haber producido sus consecuencias, y ello sobre la base de una decisión judicial (categoría atípica de ineficacia de carácter judicial que se añadiría a las tradicionales categorías típicas de invalidez; nulidad, anulabilidad y rescisión). De otro lado, está incidiendo en un dogma tradicional, en el ámbito de la teoría general de obligaciones y contratos, sobre la base del cual **los contratos producen los efectos previstos por las partes**.

No es ésta la primera vez que en un marco preconcursal o concursal se superan dogmas de Derecho Privado, pensemos en la superación del principio de relatividad contractual (art 1257 Cc), en el marco de los acuerdos de

14 *Ibidem* Díez Picazo.

15 No desconocemos, sin embargo, que la admisión de la posibilidad de una ineficacia contractual parcial no es un tema pacífico en la doctrina, pues se ha sostenido en ocasiones, partiendo de la consideración del contrato como instrumento unitario para la consecución de intereses, que la ineficacia en todo caso es total y no puede ser parcial, en la medida en que, si una parte del contrato resulta ineficaz, se está «unificando» la autonomía privada de la voluntad *ex art.* 1.255 Cc. *Vid.*, recogiendo estos posicionamientos doctrinales, Díez Picazo, *op. cit.*

refinanciación, lo que, con posterioridad se ha trasladado también a los acuerdos extrajudiciales de pagos. En principio, del concepto mismo del contrato considerado como manifestación de la voluntad privada *ex art.* 1.255 Cc, derivaría que éste sólo podría producir sus efectos en relación con las personas o partes que habrían realizado dicha manifestación. De aquí la idea de que el contrato limita su eficacia a la esfera de las partes que lo han celebrado (principio de relatividad contractual o para los terceros el contrato es res «*inter alias acta*») y, por tanto, no despliega ninguna eficacia en la esfera jurídica de los terceros ni en su beneficio ni en su perjuicio (*nec prodest nec nocet*) sin perjuicio de la eficacia indirecta o refleja que, en su caso, el contrato podría desplegar frente a terceros. Sin embargo, un acuerdo de refinanciación cuya naturaleza se inserta en el ámbito de la rene-gociación contractual y que, por tanto, no es sino un contrato, extiende, en virtud de la «capacidad de arrastre» de que se dota al acuerdo mismo, sus efectos también a los acreedores disidentes o no participantes en él cuando es objeto de homologación en virtud de la DA 4.^a LC, en una clara superación del referido principio de relatividad contractual¹⁶.

La diferencia, sin embargo, es que, **en el marco del art. 5.bis.4 LC no se prevé expresamente la ineficacia temporal y parcial de ciertas cláusulas contractuales** cuando el deudor ha comunicado que se han iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o propuesta anticipada de convenio. En efecto, el juez acuerda en este Auto de 28 de abril de 2015 objeto de análisis, extender a dichas cláusulas la paralización de ejecuciones prevista en dicho precepto por vía interpretativa, esto es, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, que no es sino permitir que el deudor pueda contar con un período de espera de ejecuciones, si con ello va a mantener una actividad productiva en funcionamiento, sobre la base de lo cual extiende dicho efecto, no obstante ser restrictivo de derechos (impide iniciar o paraliza ejecuciones iniciadas sobre bienes del deudor necesarios para la continuidad de la actividad).

Precedentes de interpretaciones jurisprudenciales superando los jueces de lo mercantil en sus resoluciones paradigmas clásicos de Derecho Privado, sin que ello se prevea legalmente, pueden citarse, habiendo motivado además en algunas ocasiones en gran medida estas interpretaciones jurisprudenciales subsiguientes reformas legales.

Pensemos en el supuesto de enajenación en concurso de unidades productivas en funcionamiento y el tratamiento de la cesión forzosa de contratos a los que se vincula la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor y que, no estando inicialmente contemplada por el legislador, fue acordada jurisprudencialmente (*vid.* AJM número 12 de Madrid de 4 de diciembre de 2012 caso Poly, AJM número 8 de Madrid de 20 de diciembre de 2013 en el Caso Blanco, Inoxcrom, Monix respecto de la cesión de licencias), recogándose en posteriores reformas concursales dicha cesión forzosa «*ex lege*» de contratos en el marco de enajenaciones de unidades productivas en funcionamiento *ex art.* 146 bis.1 LC.

Lo importante sería, no obstante —si convenimos en la necesidad de paralizar no sólo ejecuciones forzosas singulares en el sentido estricto del término—, que se introdujera dicha previsión expresamente en la norma, como ha acontecido en el supuesto de cesión forzosa de contratos, en el marco de la enajenación de unidades productivas de empresas en concurso, para **evitar la inseguridad jurídica que conlleva depender de una interpretación jurisprudencial**, sobre todo cuando, como se analizará más adelante se puede dotar de eficacia extraterritorial a la comunicación de inicio de negociaciones que *ex art.* 5.bis.4 LC puede presentar el deudor ante el juez que sería competente para declarar su concurso.

En este sentido, no olvidemos los efectos adversos que, en relación a las decisiones de los financiadores en España podría conllevar esta «inseguridad». En efecto, los financiadores, de un lado seleccionan estructuras legales que conlleven o puedan conllevar la aplicación de normas legales predecibles en caso de concurso o precurso (principio de expectativas legítimas y seguridad del tráfico. Considerando 67 posición 7/2015); de otro, en la adopción de esas decisiones de financiación incide en un modo relevante el tratamiento que se da a la compensación que, como se ha analizado, conlleva, entre otras, una función de garantía (Considerando 70 posición UE 7/2015).

Por todo ello, **es necesario un pronunciamiento legal en una revisión del art. 5.bis LC sobre esta eventual extensión de las limitaciones a la ejecución contempladas en dicho precepto, también a pactos contractuales de compensación**, o en un ámbito más general, a pactos contractuales cuyo cumplimiento pueda incidir en la

16 *Vid.* PULGAR EZQUERRA «Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, págs. 466-471.

continuación de la actividad empresarial o profesional (pensemos que no solo un pacto de compensación contractual puede afectar a la continuidad de la actividad del deudor sino también por ejemplo cláusulas conectadas a prendas de créditos en virtud de las cuáles el deudor tenga que hacer pagos en una determinada cuenta o compensaciones fundadas en derechos de prendas irregulares...)

2. **Ámbito temporal**

Los efectos de la comunicación de inicio de negociaciones *ex art. 5.bis LC* sobre las ejecuciones iniciadas o por iniciar, en los términos analizados, se producen desde la presentación misma de dicha comunicación, sin perjuicio de que, como ha resaltado la doctrina, la suspensión efectiva de las ejecuciones requiera la presentación al Tribunal ejecutor del testimonio de la resolución¹⁷.

La prohibición y en su caso suspensión de ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor se limita temporalmente en el apartado 4 del art. 5.bis LC, desde la presentación de la comunicación de inicio de negociaciones hasta que se produzca alguna de estas circunstancias:

- Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el art. 71.bis.1 LC.
- Se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, supuesto en el que a la paralización de ejecuciones *ex art. 5.bis.4 LC* sucederá la paralización derivada de la homologación, en los términos de la DA 4.^a LC.
- Se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos.
- Se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio.
- O tenga lugar la declaración de concurso, en el sobreentendido de que en este supuesto habrán fracasado las negociaciones para obtener un acuerdo de refinanciación y esta solicitud podrá, de un lado, provenir del deudor, si la presenta dentro del plazo previsto en el art. 5.bis.5 LC (transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, dentro del mes hábil siguiente —cuatro meses en total—), teniéndose en este supuesto como fecha de la presentación de la solicitud de concurso la fecha de presentación de la comunicación, garantizándose por tanto el deudor la consideración como voluntario de su concurso; también podrá provenir de algún acreedor si, encontrándose el deudor en insolvencia actual transcurrido el período temporal señalado, aquél incumplió su deber de solicitud de concurso encontrándose en estado de insolvencia actual.

Por tanto, transcurridos los referidos plazos desde la presentación de la comunicación, el Tribunal ejecutor alzará la suspensión, salvo si se hubiera alcanzado un acuerdo de refinanciación homologado, en cuyo caso, insistimos, conforme a lo previsto en la DA 4.^a.10 LC, las ejecuciones quedarán sometidas al contenido de éste, con expresa previsión de la facultad del juez para decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación.

Pero no es preciso en todo caso «agotar» los anteriormente señalados períodos temporales para que las limitaciones sobre la iniciación o continuación de ejecuciones singulares sean levantadas, pudiendo procederse a ello si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos aportados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

IV. **PUBLICIDAD VERSUS CONFIDENCIALIDAD DE LA COMUNICACIÓN DE INICIO DE NEGOCIACIONES**

En todo diseño normativo de un marco legal protector e incentivador de institutos preconcursales de carácter extrajudicial, que permitan a las partes autocomponer sus intereses en supuestos en que el deudor se encuentre en insolvencia o dificultades económicas y en particular cuando a su fase de negociación se conecta, como

¹⁷ *Vid. SENES, op. cit.*, pág. 79, resaltando que la modalidad de resolución, acorde con lo previsto en la Ley, sería una diligencia de constancia (art. 206.2.3.º LOPJ), aun cuando destacando que, dada la falta de determinación legal del sujeto al que le correspondería efectuar el control de los requisitos de la comunicación, si ello competiera al secretario, la resolución idónea sería un decreto.

acontece en nuestro modelo, efectos tan potentes como la prohibición de solicitudes de concurso necesario o una paralización de ejecuciones singulares, se plantea la **necesidad de resolver el binomio publicidad-confidencialidad**, en las distintas fases que integran el iter formativo y ejecutivo de estos acuerdos y en particular en la fase de negociación.

En efecto, de un lado, se plantea la necesidad de proteger, en la medida de lo posible, el crédito del deudor en el tráfico, evitando que su posición en el mercado pueda resultar lesionada por la información que se suministra sobre el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo amistoso, en una situación económica que podría ser tan solo de temporal dificultad económica y ello en particular cuando el deudor es una sociedad cotizada, supuesto en que la difusión de esta información puede ser particularmente «delicada» en la exposición de la sociedad en el mercado.

De otro lado y al mismo tiempo, se suscita la «conveniencia» de informar al tráfico del inicio de negociaciones y en su caso de la conclusión y ejecución de un acuerdo de refinanciación o acuerdo extrajudicial de pagos, y en particular a aquellos acreedores que no hayan participado en el *iter* formativo de dicho acuerdo, **derivando esta «conveniencia» de publicidad en «necesidad»** cuando de lo que se trata es de vincular a dicho proceso, y en particular al inicio de negociaciones efectos que, con el fin de incentivar su conclusión, pueden vincular y afectar a terceros y en particular a acreedores disidentes o no participantes.

Eso es precisamente lo que acontece en el modelo español, en el que se vincula a la comunicación de inicio de negociaciones la prohibición de solicitud de concurso necesario, así como la prohibición de iniciación de ejecuciones y suspensión de las iniciadas, y ello no solo respecto de los acreedores participantes en la negociación, lo que exige que el tráfico y en particular los acreedores a los que afecte dicha paralización tengan conocimiento del inicio de negociaciones y en consecuencia no soliciten el concurso, ni inicien ejecuciones que puedan ser paralizadas, incurriendo por tanto en gastos innecesarios.

Argumentaciones paralelas son las que se suscitan una vez que, transcurrida la fase de negociación, el acuerdo ha sido alcanzado y han motivado la regulación de la publicidad, en particular de los acuerdos de refinanciación¹⁸.

En efecto, en un momento inicial de la regulación de los acuerdos de refinanciación, cuando no se preveía su homologación judicial y no conllevaban capacidad de arrastre respecto de acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo, no se preveía publicidad alguna respecto de la conclusión de estos acuerdos. No obstante, tras la tipificación de acuerdos de refinanciación homologados *ex* DA 4.^a LC, se prevé expresamente, la necesaria publicidad edictal del proceso de homologación judicial de estos acuerdos, que, como es sabido, extienden sus efectos incluso respecto de acreedores disidentes o no participantes, superándose, como se ha señalado, el principio de relatividad contractual, lo que requiere **medios de defensa a favor de estos acreedores, lo que se vincula a una necesaria publicidad del acuerdo**.

En este marco, y centrándonos en la comunicación de inicio de negociaciones de un acuerdo de refinanciación o acuerdo extrajudicial de pagos, en la actual redacción del art. 5.bis.3 LC se parte de una **regla general y de una excepción en materia de publicidad del inicio de negociaciones** para alcanzar un acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o propuesta anticipada de convenio.

La regla general prevista en el art. 5.bis.3 LC la constituye la publicación en el Registro Público Concursal, que se constituyó en virtud del Real Decreto 892/2013 de 15 de noviembre, ordenada por el secretario judicial, del extracto de la resolución por la que se deja constancia de la comunicación presentada por el deudor —lo que acontecerá en supuestos de acuerdos de refinanciación y propuestas anticipadas de convenio— 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.

Se opta, por tanto, por la publicidad del inicio de negociaciones a través del Registro Público Concursal (art. 198 LC), que se organiza, como es sabido, en secciones, siendo en la tercera de estas secciones donde se hará constar la iniciación y finalización de los acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos, así como la publicidad edictal del proceso de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación *ex* DA 4.^a LC.

18 Vid PULGAR EZQUERRA «Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, págs. 307-315.

Frente a esta regla general, sin embargo, se contempla en el art. 5.bis.3 LC una **excepción sobre la base de la cual el deudor puede «solicitar expresamente» el carácter reservado de la comunicación de negociaciones**, en cuyo caso no se ordenará la publicación del extracto de la resolución, pudiendo el deudor solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento.

La previsión de esta posibilidad de confidencialidad de la comunicación presentada por el deudor, a elección de éste, se produce en relación a la negociación de acuerdos de refinanciación, propuestas anticipadas de convenio y acuerdos extrajudiciales de pagos, aun cuando con matizaciones en este último caso, dado que «estructuralmente» la mecánica de los acuerdos extrajudiciales de pagos no parece ser compatible con la elección de dicha confidencialidad (piénsese que el mediador convoca a todos los acreedores necesariamente *ex art. 234 LC*, lo que en gran medida eliminaría la confidencialidad, aun cuando ésta fuera la opción del deudor)¹⁹.

La **confidencialidad** del inicio de negociaciones opera en todo caso a elección del deudor **conectándose también en estos supuestos a la comunicación *ex art. 5.bis LC* sus efectos impeditivos de la solicitud de concursos necesarios y la paralización de ejecuciones**, lo que, como se ha adelantado, justificaría dotar en todo caso a la referida comunicación de publicidad. Es cierto que esta confidencialidad, como se ha adelantado, puede parecer justificada respecto de sociedades que cotizan en bolsa, pero la excepción a la regla general no opera sólo en este ámbito y hay que señalar que en todo caso dicha confidencialidad podría provenir por la vía del art. 82.4 de la Ley del Mercado de Valores. En efecto, en dicho precepto se contempla una excepción de confidencialidad al permitir al emisor, bajo su propia responsabilidad, retrasar la publicación y difusión de la información relevante, cuando considere que la misma perjudica sus intereses legítimos, siempre que tal omisión no sea susceptible de confundir al público y que el emisor pueda garantizar la confidencialidad de la misma, ámbito en el que podría encuadrarse, en su caso, la eventual comunicación *ex art. 5.bis LC*, respecto de este tipo de sociedades.

La opción en el modelo español en la regulación del binomio publicidad-confidencialidad de la fase de negociación de institutos preconcursales, parece de algún modo conectada al Derecho Francés, en el que, en relación a la «conciliation» y a la vista de la lección aprendida en conexión con el «Réglement amiable», que en todo caso se acompañaba de publicidad con lesión potencial en muchos casos del crédito del deudor en el tráfico, se admiten dos modalidades de aquélla. De un lado «accord constaté» absolutamente confidencial y «accord homologué»²⁰. En este marco, en el modelo español como en el francés el deudor podrá elegir, de un lado que el inicio de negociaciones se rodee o no de publicidad y, de otro lado, que el acuerdo de refinanciación ya alcanzado y no sólo su negociación se rodee de publicidad o sea confidencial (acuerdo de refinanciación *ex art. 71.bis LC* sin publicidad y sin homologación, y DA 4.^a LC acuerdo homologado con publicidad).

Lo que sucede, sin embargo, es que la opción en el Derecho Francés, en lo que se refiere a confidencialidad o publicidad de la *conciliation* tiene sus consecuencias, dado que el «*accord homologué*» francés, como nuestros acuerdos de refinanciación homologados, conllevan efectos más potentes que los no homologados; sin embargo, **en sede de comunicación de inicio de negociaciones no se conectan particulares efectos al carácter confidencial o público de la comunicación** de inicio de aquéllas, operando, como se ha adelantado, en ambos supuestos la paralización de ejecuciones singulares frente al deudor, la prohibición de solicitud de concurso necesario y la modulación del juego entre concurso voluntario y necesario, lo que podría inclinar al deudor a optar, en un importante número de supuestos, por el carácter confidencial de la comunicación de inicio de negociaciones²¹.

Sin embargo, **los incentivos** para inclinar la opción del deudor por dotar de publicidad a la comunicación de inicio de negociaciones, frente a la confidencialidad, **van a provenir**, como se analizará en el siguiente epígrafe, **de la reciente aprobación del nuevo Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia**, y en particular de la **expresa inclusión del inicio de negociaciones *ex art. 5.bis LC* en el Anexo A del Reglamento**, aludiéndose en dicho anexo al «*Procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio*».

19 Vid MAIRATA «Confidencialidad de la comunicación de negociaciones en el art. 5.bis LC», *RcP* 22/2015, págs. 251-259.

20 Vid PEROCHON «La prevención de las crisis en Derecho Francés», traducción Pilar Montero, *RcP* 15/2011, págs. 511-523. Lucas, F-X «Presentation de l'ordonnance por tant réformé de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives», *Bulletin Joly entreprises en difficulté*, Mars-Avril 2014.

21 Así me manifesté con anterioridad en PULGAR EZQUERRA «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal», *Diario La Ley* núm. 827/2014 marzo 2014.

Sobre la base de esta previsión contenida en el Reglamento Europeo de Insolvencia, sólo si el proceso de negociación reviste carácter público resultaría comprendido en el Anexo A a los efectos de dotar de eficacia extraterritorial a la comunicación del inicio de negociaciones, lo que puede ser, en un relevante número de supuestos, un claro incentivo para que el deudor opten por dotar de publicidad al proceso negociador del acuerdo de refinanciación, con las consecuencias que analizaremos a continuación.

V. LA INCLUSIÓN EN EL ANEXO A DEL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA DE LAS COMUNICACIONES EX ART. 5.BIS LC

No obstante ser valorable positivamente la progresiva evolución acontecida en nuestro modelo, en relación a la protección legal *ex art. 5.bis LC* de las negociaciones orientadas a alcanzar un acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o una propuesta anticipada de convenio, ésta presentaba como carencia su **ausencia de eficacia extraterritorial, al no resultar comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento Europeo de Insolvencia 1346/2000**, sin perjuicio de la posibilidad discutible de hacer valer su eficacia extraterritorial, sobre la base 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 Privado²². En efecto, la comunicación de inicio de negociaciones *ex art. 5.bis LC*, dado su carácter preconcursal o híbrido, orientado a prevenir la apertura de un procedimiento concursal formal, quedaba fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento Europeo de Insolvencia 1346/2000 (31 de mayo de 2002), tradicionalmente limitado a procedimientos de insolvencia intracomunitarios, esto es, aquellos en que el deudor tiene su centro principal de interés (COMI) en el territorio de cualquier estado de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca, no encontrándose los procedimientos preconcursales o híbridos anteriores a la declaración de un procedimiento de insolvencia, en general y en particular la comunicación de inicio de negociaciones *ex art. 5.bis LC*, enumerados en el Anexo A del citado Reglamento²³.

De ello derivaba que la comunicación de inicio de negociaciones de acuerdos de refinanciación, propuestas anticipadas de convenio o acuerdos extrajudiciales de pagos no podía beneficiarse del reconocimiento automático en los restantes estados miembros, sobre la base del art. 16 del Reglamento 1346/2000, en su originaria redacción. Por tanto, no había garantía alguna de que los efectos conectados a dicha comunicación *ex art. 5.bis LC*, y en particular la prohibición de solicitud de concurso necesario o la paralización de ejecuciones sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad fuera oponible frente a un acreedor que iniciase o hubiera iniciado esa ejecución ante un juez de otro estado miembro.

No obstante, este planteamiento del tema ha cambiado acertadamente en virtud del texto revisado del Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia (Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015), que desde el 26 de junio de 2017 sustituirá al Reglamento 1346/2000.

En efecto, nos hallamos ante una nueva versión del Reglamento Europeo de Insolvencia, que coexistirá con otras normas internacionales, así como con distintos derechos procesales nacionales y principios y directrices de cooperación judicial en supuestos de insolvencia transfronteriza, como normas de «soft law», y que no obstante conservar la estructura y el modelo normativo de la versión anterior, no constituye una mera modificación del Reglamento 1346/2000 sino, como se indica en el propio texto, una **refundición en virtud de la cual se introducen relevantes novedades en el tratamiento en el ámbito europeo de la insolvencia internacional**.

Entre estas novedades, ha de destacarse en este lugar, por la conexión que presenta con el objeto de estudio en el presente trabajo, **la extensión del ámbito de aplicación material del nuevo reglamento *ex art. 1* no sólo**

22 Así lo resaltábamos en PULGAR EZQUERRA «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, págs. 408-409.

23 *Vid.* VIRGÓS SORIANO/GARCIMARTÍN ALFÉREZ *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid 2003. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ *Derecho Concursal Internacional*, Madrid 2004. En relación al inicialmente regulado art. 5.3 LC y la ausencia de aplicación extraterritorial, *vid* NIETO DELGADO «Comunicación previa del art. 5.3 LC nuevos institutos preconcursales y reglamento (CE) n.º 1346/2000», *RcP* 15/2001, págs. 199-209, planteando, en relación a una redacción anterior de la comunicación de inicio de negociaciones a la actual del art. 5.bis LC, dudas sobre la consideración de la comunicación de inicio de negociaciones *ex art. 5.bis LC* como parte del «concurso de acreedores» enumerado en relación a España como procedimiento incluido en el Anexo A del Reglamento 1346/2000, considerándolo como fase incipiente o preliminar de éste, a lo que, sin embargo, obstaría el hecho de que en la hoy derogada redacción del art. 5.3 LC, el auto judicial teniendo por efectuada la comunicación no podía considerarse en modo alguno una «resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia». *Vid.*, analizando, así mismo la posible inclusión de la comunicación de inicio de negociaciones en el art. 3.4 del Reglamento 1346/2000, págs. 203-205 el referido trabajo.

como venía siendo tradicional a los procedimientos de insolvencia de cualquier deudor cuando su estado de origen sea un estado europeo, esto es, cuando su centro de intereses principales (COMI) se sitúe en un estado miembro de la Unión Europea (con excepción de entidades de crédito, compañías de seguros y empresas de servicios de inversión, *ex art.* 12 del Reglamento), sino **también —bajo ciertas condiciones— a los «procedimientos preconcursales», también denominados en ocasiones, en el ámbito internacional, «procedimientos híbridos» que persiguen evitar la declaración de un procedimiento concursal**²⁴.

Se manifiesta así, como se ha adelantado, el importante cambio de paradigma que se está produciendo en un ámbito europeo en el tratamiento de las crisis económicas, con una clara tendencia a propiciar reestructuraciones preconcursales de empresas en crisis, como se ha evidenciado en la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, y ahora con ocasión de la nueva versión del Reglamento Europeo de Insolvencia²⁵. En efecto, se advierte en ésta un tránsito desde los planteamientos tradicionalmente liquidatorios, que subyacían a dicho Reglamento, a **un nuevo planteamiento «pro rescate o pro reestructuración»**, particularmente en sede preconcursal, persiguiéndose evitar con ello el estigma vinculado a los procedimientos concursales y los costes económicos y temporales que éstos conllevan. Es precisamente en este ámbito en el que se explicaría la opción por incluir, bajo el ámbito material de aplicación del Reglamento, también a los institutos preconcursales o híbridos que persigan «rescate, reestructuración de deuda, reorganización o liquidación», pudiendo probablemente este nuevo enfoque conllevar en su caso interferencias en el marco del derecho de la competencia, pudiendo en ocasiones distorsionarse la equidad del mercado y puede motivar, a su vez, en última instancia, una correlativa modificación en el régimen europeo de ayudas de estado de recuperación, en el marco de la consecución de un mercado único europeo, en el que un elemento fundamental lo constituye la configuración de eficaces institutos preconcursales y concursales de tratamiento de crisis económicas del deudor común (Acta del Mercado Único II.iii de 2012).

Así, en el art. 1.1 del Reglamento (UE) 2015/848 se establece, en relación a su ámbito de aplicación «*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:*

- 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, o*
- 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) o 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».

Puede suscitar dudas si en nuestros institutos preconcursales (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos) concurrirían todos los elementos a los que en el art. 1 del Reglamento se condiciona la aplicación de éste a aquéllos y en particular la estructura procedimental de estos institutos²⁶. Lo

24 Vid GARCIMARTÍN ALFÉREZ «Los procedimientos preconcursales en el Reglamento Europeo de Insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen», en *RcP* 22/2015, págs. 95-103, abordando el tema con anterioridad a la aprobación del nuevo reglamento durante el proceso de revisión de éste con consideraciones sostenibles también tras dicha aprobación. Con posterioridad, *vid* GÓMEZ BERNARDO, N. «Primera aproximación al nuevo Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia», *RcP* 23/2015.

25 Me he ocupado de estos temas en «El nuevo paradigma concursal europeo», en libro electrónico homenaje a Rafael Illescas.

26 Vid PULGAR EZQUERRA «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, pág. 384 y ss, analizando la particularidad que representa el modelo español en el marco del Derecho Comparado al no configurarse estrictamente «procedimientos preconcursales» (obsérvese que los acuerdos de refinanciación homologados se insertan en el marco de la jurisdicción voluntaria y los acuerdos extrajudiciales de pagos serían expedientes de carácter registral o notarial).

que no admite, sin embargo, discusión es que, en una **opción de política legislativa** que corresponde a las autoridades nacionales y europeas, teniendo los estados miembros la iniciativa para notificar qué procedimientos nacionales se quieren incluir en el Anexo A —al que, expresamente, remite el art. 1, así como el art. 2.4 de dicho Reglamento— en relación a España se enumeran: el concurso de acreedores, el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación, el procedimiento de acuerdos extrajudiciales de pagos y, finalmente, el «procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio», debiendo resaltarse que, sin embargo, respecto de Reino Unido no se ha incluido en el Anexo A del Reglamento los conocidos *«schemes of arrangement»*, en gran medida tomados como modelo en las últimas reformas acometidas en España en el régimen de los acuerdos de refinanciación. Ello, probablemente responda, de un lado, a un tema de opción de política jurídica y costes de oportunidad, pues teniendo los *«schemes»* **puntos de conexión tan flexibles** como los que tiene, no interesa su sustitución por el COMI, que conlleva cierta rigidez y, de otro lado, porque no se adapta a los requisitos del art. 1, al **no estar regulados en el marco del derecho de insolvencia**, sino en la normativa de sociedades (expresamente excluidas en el expositivo 16 del Reglamento) y **no conllevar la suspensión temporal de los procedimientos de ejecución individual** exigida en dicho art. 1.1 del Reglamento.

La inclusión de nuestros institutos preconcursales en el Anexo A del Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia es de trascendental relevancia, dado que éste sólo se aplica a los procedimientos nacionales que expresamente estén incluidos en este Anexo, sin necesidad de ulterior examen por los jueces de los demás estados miembros sobre las condiciones de aplicación de este Reglamento.

Ello significa que, a partir del 26 de junio de 2017, los efectos de la comunicación de inicio de negociaciones para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos se sobreentiende *ex art. 71.bis LC*, acuerdos de refinanciación homologados *ex DA 4.^a LC*, y propuestas anticipadas de convenio, **se proyectarán también en un ámbito extraterritorial, al resultar comprendida dicha comunicación en el ámbito material de aplicación del recientemente aprobado Reglamento Europeo de Insolvencia** (Reglamento UE 2015/848, de 20 de mayo de 2015).

Por tanto, desde dicha fecha y a los efectos del tema objeto de análisis en este trabajo, la comunicación *ex art. 5.bis LC* desplegará sus efectos en el resto de los estados miembros, **no pudiendo iniciarse ejecuciones individuales sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor** (excepción hecha del art. 8 del Reglamento) y **no se podrá abrir un procedimiento principal a instancia de acreedores en otro estado de la Unión Europea, siendo posible no obstante la apertura de procedimientos territoriales en otro estado miembro, pero con la opción del deudor *ex art. 38* del Reglamento de pedir su suspensión.**

Ahora bien, adviértase que ello sólo será así si la comunicación del inicio de negociaciones *ex art. 5.bis LC* se acoge a la regla general prevista en dicho precepto de publicación de ésta en el Registro Público Concursal, dado que en el referido Anexo A del Reglamento se alude a «procedimientos de negociación pública» en el sentido de sometidos a publicidad, de modo que los acreedores puedan saber que se ha abierto un procedimiento preconcursal y tengan, en su caso, medios de defensa. **Resultarían, por tanto, excluidas de dicho Anexo A**, y por tanto del ámbito material de aplicación del Reglamento Europeo de Insolvencia, **aquellas comunicaciones de inicio de negociaciones *ex art. 5.bis LC* en las que el deudor solicite expresamente — usando de la previsión contenida en este sentido en el referido precepto— el carácter reservado de la comunicación de negociaciones**, en cuyo caso no se ordenará la publicación del extracto de la resolución por la que se deja constancia de la comunicación presentada por el deudor. En estos supuestos, la comunicación sólo y exclusivamente tendrán alcance territorial, no pudiendo impedir, por tanto, el inicio o continuación de ejecuciones singulares sobre bienes del deudor fuera de España, aunque fueran necesarios para el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial de éste, ni se podría evitar tampoco la solicitud y apertura de un procedimiento concursal, principal fuera de España, si se dieran las condiciones legales para ello.

A partir, por tanto, del nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia 2015/848, el **tradicional debate en un ámbito preconcursal entre confidencialidad/publicidad presenta una vertiente de extraterritorialidad que antes no tenía y que puede orientar y aún más determinar la opción del deudor —pues en nuestro modelo sólo a él le corresponde— entre un régimen público o confidencial de la comunicación de inicio de negociaciones *ex art. 5.bis LC*.**

En efecto, al conectarse expresamente a dicha publicidad de la comunicación *ex art. 5.bis LC*, la eficacia extraterritorial de los efectos conectados a ésta, ello previsiblemente constituirá un incentivo para que el deudor se acoja a la regla general de publicidad, al menos en los supuestos en que a éste le interese dotar de otra de eficacia extraterritorial a dicha comunicación, lo que en el ámbito de los acuerdos de refinanciación será muy frecuente. Con ello, resultarían en cierto modo resueltas las dudas que algunos planteamos tras la reforma del art. 5.bis en virtud del Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo, que introdujo la duplicidad de regímenes público y confidencial de la comunicación sobre la motivación para el deudor de acudir a un régimen de publicidad de la comunicación *ex art. 5.bis LC*, que, como se ha analizado, puede afectar a su crédito en el tráfico, si no se discriminaban en dicho precepto distintos efectos de la comunicación en virtud de su carácter confidencial o público.

De otro lado, **la nueva regulación contenida en el Reglamento Europeo de Insolvencia incentivaré previsiblemente, a su vez, el recurso a los acuerdos homologados de refinanciación *ex DA 4.ª LC*, frente a los acuerdos sin homologación regulados en el art. 71.bis LC.** En efecto, obsérvese que en el Anexo A se incluye —y por tanto se considera dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento, bajo la única condición de su carácter público— el **proceso de negociación para la consecución** de propuestas anticipadas de convenio, acuerdos extrajudiciales de pagos, **acuerdos de refinanciación «colectivos»**, en lo que parece una alusión a acuerdos de refinanciación *ex art. 71.bis LC*, esto es, no homologados, por contraposición a los **«acuerdos de refinanciación homologados»** a los que, en modo individualizado, también se alude, en conexión con la DA 4.ª LC. Sin embargo, **respecto de los acuerdos de refinanciación ya alcanzados**, sólo se consideran incluidos en el ámbito del Anexo A del Reglamento los de homologación de acuerdos de refinanciación *ex DA 4.ª LC*, así como los acuerdos extrajudiciales de pagos, no haciéndose referencia alguna a las propuestas anticipadas de convenio, lo que se explica porque su tramitación, una vez alcanzadas, es concursal y no preconcursal y tampoco a los **acuerdos de refinanciación no homologados *ex art. 71.bis LC*, que por tanto, más allá de su negociación, resultarían excluidos del ámbito material de aplicación del Reglamento y, por tanto, no desplegarían sus efectos en un ámbito extraterritorial sino sólo territorial.**

No obstante, hay que señalar y adelantar que, aun cuando el nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia, en general y en particular en sus previsiones relativas a procedimientos preconcursales o híbridos, constituye norma de eficacia directa, y por tanto directamente aplicable sin necesidad de trasposición a los Derechos internos, no es menos cierto que, como se ha adelantado, algunos de sus preceptos pueden requerir la introducción de reformas en el ámbito concursal, en lo relativo no sólo a sus preceptos relativos a normas de Derecho Internacional Privado, sino también en lo referente a la regulación de institutos preconcursales.

Estas implicaciones de la comunicación *ex art. 5.bis LC*, en un ámbito internacional, pueden **reabrir de nuevo el debate sobre la fundamentación de política jurídica y garantías para los sujetos afectados por dicha comunicación**, y en particular respecto de los acreedores en el contexto del art. 1.1 del Reglamento, en el que se alude a la necesidad de que **se prevean» medidas adecuadas para proteger al conjunto de acreedores.** En efecto, en nuestro modelo, como se ha analizado, la comunicación *ex art. 5.bis LC* no constituye en puridad un procedimiento y no se acompaña de un control «a priori» judicial —aunque sí «a posteriori», en una eventual sección de calificación culpable del concurso, que se declararía si las negociaciones no prosperan— de la concurrencia de los requisitos legales a los que se condiciona dicha comunicación y, entre ellos, la comprobación de la competencia judicial y la veracidad del empleo de la paralización/moratoria que dicha comunicación conlleva en orden a negociar y alcanzar un acuerdo extrajudicial de prevención o remoción de la insolvencia.

Ello puede plantear una problemática particular e indefensión para los acreedores, en particular en lo que se refiere a la competencia judicial del juez ante el que se presenta la comunicación *ex art. 5.bis LC*, que ahora puede tener efectos extraterritoriales.

En efecto, en el art. 5.bis LC se establece que la comunicación de inicio de negociaciones se presentará ante el juez que sería en su caso competente para declarar el concurso, lo que nos remite al art. 10 LC, debiendo entenderse hecha la referencia no sólo a la competencia territorial interna sino también a la competencia internacional.

Esta competencia se fija en dicho art. 10 LC, en concordancia con el Reglamento Europeo de Insolvencia al que está muy «apegada» nuestra Ley Concursal, en relación al **centro de intereses principales del deudor**

(COMI) como criterio de atribución de la competencia internacional al Tribunal, por el que se sigue optando en la versión revisada del Reglamento.

Pues bien, en el marco de un procedimiento concursal *ex art.* 10.4 LC, el juez de oficio examinará su competencia, lo que, sin embargo, no acontece en el marco del art. 5.bis LC. En este sentido, judicialmente la comunicación *ex art.* 5.bis LC se tramita, en la práctica, como un incidente atípico, que se encabeza con el escrito del deudor y que, sin ulteriores trámites ni audiencias, viene seguido de un resolución por la que se deja constancia de la comunicación presentada, reproduciéndose habitualmente en su parte dispositiva los efectos que se recogen en los arts. 5.bis y 15 LC.

Es, por tanto, el deudor el que dice que tiene su centro de intereses principales en España, sin que se prevean mecanismos de control de la competencia judicial, en conexión con la localización del centro de los intereses principales del deudor en España y la posibilidad de que los acreedores puedan impugnar dicha competencia. Piénsese que el tema puede tener gran trascendencia práctica porque con una comunicación se pueden paralizar ejecuciones de garantías reales sobre bienes necesarios para la actividad del deudor, incluso extraterritorialmente bajo la simple manifestación de éste de que su centro de intereses principales está en España, bastando con un 51% de acreedores titulares de pasivo financiero (por ejemplo, titulares de préstamos participativos) para paralizar ejecuciones, no sólo sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad, habiendo sido además, como se ha analizado, en ocasiones la interpretación por nuestros jueces mercantiles del término «ejecución» muy amplia²⁷.

Nos encontramos, por tanto, con ocasión de la nueva eficacia extraterritorial, que puede tener la comunicación de inicio de negociaciones *ex art.* 5.bis LC ante **el reto de introducir reformas y mejoras en la regulación de dicha comunicación y en un ámbito más amplio de los institutos preconcursales que potencien el marco de garantías de los acreedores**, en particular en lo relativo a control judicial de la competencia. No obstante, a mi entender, ello sería conveniente abordarlo, pero **sin «encorsetar» la comunicación *ex art.* 5.bis LC en un rígido procedimiento que haga que pierda su actual carácter ágil y expeditivo** y, por tanto, su utilidad práctica introduciéndose medidas que permitan a los jueces de lo mercantil agilizar la adopción de sus decisiones y tramitación de comunicaciones en la medida de lo posible al modo de los tribunales de «*equity*» ingleses, lo que suscitará de nuevo el clásico debate entre garantismo/celeridad.

27 En este ámbito, se podría plantear declinatoria, recurrir en reposición la admisión a trámite y, en su caso, un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, pero obsérvese, de un lado, que esta eventual revisión de la competencia del juez se hará con lo que diga el deudor y, de otro lado, que ello no interrumpiría la paralización de ejecuciones.