

Dación en pago e insolvencia empresarial

MARÍA DEL CARMEN PASTOR SEMPERE



Derecho Privado

DACIÓN EN PAGO E INSOLVENCIA EMPRESARIAL

DACIÓN EN PAGO E INSOLVENCIA EMPRESARIAL

MARÍA DEL CARMEN PASTOR SEMPERE



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2016

Primera edición: marzo de 2016



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© María del Carmen Pastor Sempere
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es/>

NIPO: 007-16-004-1
ISBN: 978-84-340-2275-1
Depósito legal: M-6437-2016

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A mi maestro Luis Fernández de la Gándara

Legum servi sumus ut liberi esse possimus
MARCO TULLIO CICERÓN (Pro Cluentio, 66, a. C)

SUMARIO

	Páginas
Abreviaturas	17
Prólogo	21
Presentación	27
Capítulo 1. <i>Objeto y delimitación del tema</i>	33
1. El nuevo paradigma concursal	33
2. Aspectos concursales de la dación en pago	40
2.1 Iliquidez y «renegociación de un crédito»	40
2.2 Alternativa a la subasta y «maximización del valor de la masa activa»	42
2.3 Las «nuevas» daciones en pago «necesarias» en el seno del concurso «conservativo». «Conversión de deudas en acciones» (<i>debt-equity-swap</i>)	47
Capítulo 2. <i>El sistema de responsabilidad por deudas en nuestro ordenamiento y «segunda oportunidad»</i>	55
1. Un apunte histórico sobre «el proceso humanizador de la responsabilidad por deudas»	55
1.1 La <i>datio in solutum</i> (dación en pago) como alternativa de pago en la concepción clásica de la responsabilidad por deudas	55
1.2 El <i>pretium iustum</i> medieval como regla de irrazonabilidad ...	62

	Páginas
1.3 La cesión de bienes en pago de deudas en la etapa codificadora	67
2. Sistema de responsabilidad «por deudas» en la actualidad y concurso	71
2.1 El art. 1911 del Código civil y concurso de acreedores	71
2.2 Mecanismos de limitación de la responsabilidad y de exoneración del pasivo insatisfecho. La «matización» del artículo 1.911 del Código civil.....	78
2.2.1 En el Derecho comparado.....	78
2.2.2 La «segunda oportunidad» en España	86
Capítulo 3. <i>La dación en pago en nuestro sistema de Derecho privado</i>	99
1. Hacia una nueva función económico social de la dación en pago ..	99
1.1 La dación en pago como mecanismo privado del nuevo paradigma monetario	99
1.2 Principal mecanismo privado de ajuste entre el valor y el precio, y del problema de la iliquidez.....	104
2. Concepto y naturaleza.....	109
2.1 Las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno al Concepto y la naturaleza jurídica de la dación en pago.....	109
2.2 La dación en pago como subrogado del pago.....	115
3. Distinción de otras figuras jurídicas afines	118
3.1 En la Doctrina	118
3.2 En nuestra jurisprudencia.....	121
4. Efectos jurídicos de la dación en pago.....	126
Capítulo 4. <i>Los presupuestos de la dación en pago y supuestos particulares de la nueva prestación pactada entre acreedor y deudor (aliud pro alio)</i>	135
1. La determinación del valor en la prestación originaria.....	135
1.1 El principio de la autonomía de la voluntad en la determinación del valor.....	135
1.2 La especificidad de la deuda dineraria.....	139

1.3	Revisión del principio nominalista del dinero y la aplicación de pautas interpretativas «ad valorem» por nuestros tribunales	145
2.	La nueva prestación pactada entre acreedor y deudor (<i>aliud pro alio</i>) y su rescisión como «acto perjudicial para la masa activa del concurso»	149
2.1	La problemática de las daciones voluntarias.....	149
2.2	Concepto y características de la acción de reintegración concursal.....	152
2.3	Dación en pago como «acto perjudicial para la masa»: un estudio jurisprudencial.....	155
2.3.1	La conceptualización del <i>aliud pro alio</i> como indicador de «acto perjudicial para la masa»	155
2.3.2	La necesaria contextualización de la dación en pago al efecto de determinar la existencia del perjuicio	160
2.3.2.1	Contexto de renegociación tendente a la conservación de la empresa	160
2.3.2.2	Contexto conservación de empresa versus perjuicio.....	162
3.	La nueva prestación pactada entre acreedor y deudor («aliud pro alio»). La realización del valor de los bienes sujetos a garantía como límite	169
3.1	<i>Ius distrahendi</i> y autonomía de la voluntad.....	169
3.2	La subasta como mecanismo ineficiente en la fijación del «valor» del bien sujeto a garantía	172
3.3	La autonomía de la voluntad en la «realización del valor» de determinados bienes sujetos a garantía.....	183
3.3.1	Interpretación evolutiva del «pacto comisorio» y sus variantes.....	183
3.3.2	Validez del pacto <i>ex intervallo</i> , en los acuerdos entre deudor y acreedor posteriores al negocio constitutivo de la garantía	190
3.3.3	Excepciones a la realización del valor de la garantía. Supuestos particulares	195

	Páginas
3.3.3.1 Las garantías financieras.....	195
3.3.3.1.1 Consideraciones introductorias	195
3.3.3.1.2 Concepto.....	199
3.3.3.1.3 Modalidades de ejecución según de la naturaleza de los activos dados en garantía.....	201
3.3.3.1.4 Protección de acreedores del concursado.....	205
3.3.3.1.5 Recapitulación.....	207
3.3.3.2 Dación en pago de bienes afectos a privilegio especial en el concurso.....	208
3.4 A modo de conclusión: La dación en pago y el «pacto marciano» como alternativa al ineficiente sistema de ejecución de las garantías.....	212
Capítulo 5. <i>La dación en pago en el precurso</i>	221
1. El precurso	221
1.1 El desarrollo del precurso en España	221
1.2 La Recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014 en un nuevo enfoque para el fracaso empresarial y la insolvencia. El «nuevo paradigma» en las insolvencias	230
1.3 Las «resistencias» al «nuevo paradigma» concursal desde la perspectiva de nuestro sistema.....	234
2. Los procedimientos concursales en nuestro país	241
2.1 Nuevas medidas e instrumentos comunes para facilitar la refinanciación de empresas y la transmisión de unidades productivas	241
2.1.1 La nueva clasificación de las preinsolvencias según el tamaño de la empresa	241
2.1.2 La comunicación previa del artículo 5 bis.....	248
2.1.3 Dación en pago como operación de refinanciación acogida a los procedimientos concursales y su protección frente a las «acciones de reintegración» ..	252

	Páginas
2.1.4	La concurrencia de «sacrificio desproporcionado» en el plan de viabilidad y la protección de los acreedores disidentes 257
2.1.5	El <i>fresh money</i> y la clasificación del riesgo de los «créditos reestructurados» por el Banco de España.. 261
2.2	Las daciones en pago en el marco de las operaciones de refinanciación 266
2.2.1	La nueva funcionalidad de los acuerdos de refinanciación. La reestructuración de empresas..... 266
2.2.2	Tipología y homologación de los acuerdos de refinanciación..... 273
2.2.3	Contenido de los acuerdos de refinanciación 279
2.3.1.1	Préstamos participativos 282
2.3.1.1.1	Orígenes y marco legal 282
2.3.1.1.2	Concepto y naturaleza jurídica.. 285
2.3.1.1.3	Posición jurídica del acreedor tras el acuerdo de canje de deuda por préstamos participativos 287
2.3.1.1.4	Efectos jurídicos de la conversión de la deuda en préstamo participativo en el marco del acuerdo de refinanciación..... 289
2.3.1.2	La capitalización de deudas como uno de los principales contenidos de los acuerdos de refinanciación y su configuración como <i>datio pro soluto necessaria sui generis</i> 292
2.3	Las daciones en pago en el marco de los acuerdos extrajudiciales de pagos 299
2.3.1	Consideraciones introductorias. Principales problemas del acuerdo extrajudicial antes de la reforma de 2015 299
2.3.2	Concepto y ámbito subjetivo 303

	Páginas
2.3.3 Naturaleza jurídica.....	310
2.3.4 Extensión subjetiva. La discutida superación del principio de relatividad contractual (<i>res inter alios</i>) .	313
2.3.5 La dación en pago como contenido ordinario del plan de pagos.....	318
2.3.6 Efectos de las daciones en pago realizadas en el marco de los acuerdos extrajudiciales y su protección frente de las acciones de reintegración.....	327
Capítulo 6. <i>La dación en pago en el concurso</i>	333
1. Fase común del concurso	333
1.1 Consideraciones introductorias.....	333
1.2 La dación en pago en el ámbito concreto del artículo 43 de la LC	340
1.3 La venta o dación en pago de activos hipotecados integrados en la Unidad Productiva (UP).....	347
2. Fase de convenio; la dación como contenido del convenio de continuación.....	354
2.1 Consideraciones introductorias. La problemática indefinición del convenio de continuación antes de la reforma de 2014	354
2.2 «Convenio conservativo» como solución preferente del concurso tras las reformas	370
3. Fase liquidación Como contenido del plan de liquidación	382
3.1 Consideraciones introductorias. La problemática anterior a la reforma.....	382
3.2 «Liquidación conservativa» como solución preferente del concurso tras las reformas.....	389
Bibliografía	395

ABREVIATURAS

<i>AAMN</i>	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
<i>AA.VV.</i>	Autores varios.
<i>AC</i>	Administrador Concursal.
<i>a. C</i>	antes de Cristo.
<i>AC</i>	Aranzadi civil.
<i>ADCo</i>	Anuario de Derecho Concursal.
<i>ADC</i>	Anuario de Derecho Civil.
<i>AECE</i>	Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España.
<i>AEP</i>	Acuerdos Extrajudiciales de Pagos.
<i>AN</i>	Audiencia Nacional.
<i>AP</i>	Audiencia Provincial.
<i>ARAJL</i>	Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación.
<i>Art.</i>	Artículo.
<i>Arts.</i>	Artículos.
<i>BGB</i>	Bürgerliches Gesetzbuch.
<i>BOE</i>	Boletín Oficial del Estado.
<i>BOICAC</i>	Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
<i>Cap.</i>	Capítulo.
<i>C.c.</i>	Código civil.
<i>C.com.</i>	Código de comercio.
<i>c.s.p.</i>	Conferencia sin publicar.
<i>CDC</i>	Cuadernos de derecho y Comercio.
<i>CDJ</i>	Cuadernos de Derecho Judicial.
<i>CGPJ</i>	Consejo General del Poder Judicial.
<i>CE</i>	Constitución Española.
<i>CEE</i>	Comunidad Económica Europea.
<i>Cfr.</i>	Confróntese.

■ DACIÓN EN PAGO E INSOLVENCIA EMPRESARIAL

Cit.	Citado.
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional, (o, por sus siglas en inglés, UNCITRAL, <i>United Nations Commission for the Unification of International Trade Law</i>).
COC	Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.
Codir.	Codirectores.
CSJN	Corte Suprema de Justicia argentina.
Coord.	Coordinador.
CP	Código Penal.
D	Digesto.
DA	Disposición Adicional.
d.C.	Después de Cristo.
Dir.	Director.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
<i>DOCE</i>	Diario Oficial de la Comunidad Europea.
DS	Diario de Sesiones.
DT	Disposición Transitoria.
Ed.	Editorial.
EM	Exposición de Motivos.
<i>EJBC</i>	Enciclopedia Jurídica Básica Civitas.
Esp.	Especialmente.
<i>La Ley</i>	Revista Jurídica la Ley.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LH	Ley Hipotecaria.
LCQ	Ley de Concursos y Quiebras (argentina).
NIC/NIIF	Normas Internacionales de Contabilidad y de Información Financiera.
Núm.	Número.
Núms.	Números.
Ob.cit.	Obra citada.
P	<i>Las Partidas de Alfonso X</i> .
p.	Página.
pp.	Páginas.
R.	Resolución.
<i>RCDI</i>	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RD.	Real decreto.
<i>RDBB</i>	Revista de derecho bancario y bursátil.
RDGRN	Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado.
<i>RDM</i>	Revista de Derecho Mercantil.
<i>RDN</i>	Revista de Derecho Notarial.
<i>RcP</i>	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.
<i>RDP</i>	Revista de Derecho Privado.
<i>RdS.</i>	Revista de Derecho de Sociedades.
<i>REJ</i>	Revista de Estudios Jurídicos.
<i>RGD</i>	Revista General del Derecho.

<i>RGDR</i>	Revista General de Derecho Romano.
<i>RJN</i>	Revista Jurídica del Notariado.
RM	Registro Mercantil.
RRM	Reglamento Registro Mercantil.
S.	Sentencia.
s.f.	Sin fecha.
ss.	Siguientes.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
t.	Tomo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEAC	Tribunal Económico-administrativo Central.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Trad.	Traducción.
TTIP	Tratado Transatlántico de Libre Comercio e Inversión (TTIP en sus siglas en inglés).
TS	Tribunal Supremo.
STJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
UE	Unión Europea.
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.
v.gr.	Por ejemplo.
Vid.	Véase.
Vol.	Volumen.

PRÓLOGO

I

Son muchas las ramas del ordenamiento jurídico que han visto afectada sustancialmente su configuración normativa e institucional desde el comienzo de la llamada «Gran Recesión»; entre ellas destaca, en particular, el Derecho mercantil, y dentro de sus fronteras, cada vez menos precisas, hay que referirse, de manera inevitable, al Derecho de sociedades, al Derecho bancario y, de manera muy señalada, al Derecho concursal. Que asumamos aquí sin especiales matices la inclusión de este último en la materia jurídico-mercantil puede merecer críticas de diverso tipo, si se parte de la pretensión unitaria inherente a su pieza normativa básica, es decir a la Ley concursal, así como al relieve extraordinario que en dicha disciplina juega la vertiente procesal. Pero los avatares de la crisis económica, en cuyo detalle no se puede entrar aquí, han tenido el particular efecto de relativizar el significado jurídico de algunos conceptos aparentemente bien establecidos, que, sin perder su relieve dogmático, se han visto desplazados del primer plano por otros asuntos más perentorios y, por ello, de más urgente consideración. Al mismo tiempo, el intenso aluvión normativo que se ha derivado de la crisis, con la evidente finalidad de trazar cortafuegos eficaces frente a su indiscriminado avance, ha terminado por situar al jurista ante una situación normativa compleja y altamente inestable, de muy difícil interpretación y manejo.

Siendo las anteriores afirmaciones pertinentes respecto de muchos sectores del ordenamiento jurídico, como los relativos a las sociedades mercantiles y a las entidades de crédito, ya citados, adquieren todavía mayor significado en el marco del Derecho concursal, materia ésta que viene asistiendo desde hace ya más de un lustro a una sucesión continua y desordenada de reformas de

muy variado alcance, susceptibles de poner en crisis, a su vez, los propios presupuestos de la disciplina. Bien podría decirse, por tal motivo, que, en atención a su origen, ese amplísimo elenco legislativo constituye un ejemplo destacado de los que los juristas suelen denominar *Derecho excepcional*; es decir, un conjunto de preceptos cuya promulgación se ha derivado no de la voluntad de corregir ciertos defectos o insuficiencias del régimen precedente, como tantas veces leemos en los preámbulos de las leyes, sino, más bien, de la necesidad de atender a una situación insólita y no prevista, susceptible de dar al traste con parcelas enteras del ordenamiento jurídico, por su previa e intensa agresión a los supuestos básicos de la sociedad sobre la que aquél ha de proyectarse.

Por pertenecer a esta categoría, no bien delimitada en sus aspectos esenciales, cabría pensar que las múltiples reformas del Derecho concursal producidas en los últimos años y proyectadas en su gran mayoría sobre la Ley del mismo nombre, habrían de ser neutralizadas una vez que se superase el «estado de excepción» (entiéndase la fórmula sin ningún relieve constitucional) derivado de la crisis. No es seguro que esto vaya a suceder, al menos a corto plazo, como consecuencia de las dudas existentes sobre la evolución inmediata de los acontecimientos, a pesar de la evidente mejoría de la situación económica. Pero, por otra parte y al margen del contenido de la regulación, esa manera, a la vez hiperactiva y circunscrita, de legislar, ejemplo extremo de la «legislación motorizada», parece haber venido para quedarse, más allá de otras urgencias, sobre todo de signo político, tan habituales en estos tiempos. En ese contexto, la legislación concursal ha perdido buena parte de las virtudes formales con las que fue diseñada para convertirse en un conjunto heterogéneo y asistemático, lleno de materiales normativos de difícil intelección, referidos no sólo al concurso propiamente dicho, sino a sus situaciones precedentes, agrupadas por lo común bajo el nombre, nada eufónico pero certero en su significado, de «precurso».

II

El reto que para el jurista supone esa regulación minuciosa, llena de detalles variopintos y falta, por lo común, de criterios nítidos y sólidos de política jurídica es ciertamente considerable. Y digo para el jurista, sin mencionar a otros posibles afectados por las situaciones de insolvencia, como las empresas, las entidades de crédito, los consumidores y el sistema económico en cuanto tal, no por dar curso al «espléndido aislamiento» con el que muchos de ellos, sobre todo en su vertiente académica, suelen concebir el Derecho y, a la vez, tienden a vivir su profesión.

La justa censura de esta orientación no impide poner de manifiesto la urgencia con la que el estado magmático de nuestra legislación concursal pide una respuesta concreta de los juristas a fin de hacerla operativa en un contexto de notable dificultad. Y es que no sólo se trata de interpretar las minuciosas y, en ocasiones, larguísimas normas con las que el legislador ha considerado oportuno, en atención a la crisis, dotar a la Ley concursal, con ser esa tarea verdaderamente ardua; hace falta, sobre todo, fijar unas pautas básicas del Derecho concursal español que den seguridad a los operadores económicos y que, a la vez, permitan a los tribunales –cuyo protagonismo en la materia no es preciso destacar ahora– ofrecer la respuesta cierta y firme que la complejidad del momento exige.

Debe afirmarse, sin ningún género de duda, que la doctrina concursalista española, por suerte abundante y bien nutrida, ha estado a la altura de las circunstancias y sigue estándolo, desde luego, como consecuencia de la perduración de los efectos de la crisis, de un lado, y de la continuidad del esfuerzo legislativo en la materia, teñido todavía de una significativa cuota de excepcionalidad, de otro. En ese contexto, bien podría pensarse que la labor doctrinal, en la que participan con igual relieve todos los estamentos jurídicos, se enfrenta no sólo a las dificultades concretas derivadas de la situación que sucintamente se ha descrito, sino a una dificultad superior, de orden casi filosófico, resultado de la inestabilidad «estructural» del Derecho de la insolvencia; la tarea del jurista, de este modo, vendría a remedar, en nuestro contexto el mito de Sísifo, y la necesidad de comenzar de nuevo, una y otra vez, cuando la labor precedente no se había podido concluir.

Esta valoración, es cierto, puede ser tachada de exagerada, pues la situación presente en lo que al Derecho concursal se refiere quizá no alcance el elevado grado de problematismo que puede apreciarse en tantos momentos de la evolución jurídica; resulta, con todo, necesario llamar la atención sobre las dificultades de mantener una actitud equilibrada y equitativa en el tratamiento de los muchos intereses que confluyen en el concurso, sin un marco normativo estable y sin unas orientaciones de política jurídica suficientemente claras y firmes. No corresponde a los juristas, es evidente, la elaboración de uno y de otras; es más, bien podría decirse que los profesionales del Derecho, en sus posiciones correspondientes, han conseguido que el aluvión normativo no haya sepultado los criterios básicos con arreglo a los cuales ha de articularse una institución tan relevante como el concurso de acreedores; cabe añadir, incluso, que, la intensa atención de la doctrina a la reforma permanente de la legislación concursal ha permitido individualizar algunos elementos ordenadores, deducidos no de una expresa toma de postura del legislador, sino, más bien, como resultado o, quizá mejor, *precipitado* de sus continuas reformas.

III

El libro de Carmen Pastor que ahora se publica se inscribe plenamente en ese amplio caudal de estudios aportado por la doctrina española a la inteligencia del Derecho concursal (y preconcursal) de nuestros días. En la línea de esos trabajos, y como obsequio a la renovación continua de la materia, también la autora ha asumido la tarea, esforzada y nada sencilla, de seguir el hilo conductor, quizá inexistente, de las sucesivas reformas legislativas, que han cambiado sustancialmente la faz de la disciplina concursal entre nosotros. Limitarse, no obstante, a ese análisis normativo puramente cronológico no hubiera aportado gran cosa al amplio círculo de interesados en la materia, necesitados, como sabemos, de una orientación jurídica certera. Analizar, desde otra perspectiva, alguna figura típica del Derecho concursal hubiera tenido, sin duda, más interés, y así se ha solido hacer entre nosotros, viendo el modo, a veces radical, en el que las continuas modificaciones legislativas han venido a matizar o a alterar, según los casos, institutos jurídicos dotados de considerable tradición y de sólida configuración dogmática.

No obstante, Carmen Pastor ha elegido otra vía para elaborar el presente estudio y debo confesar, desde este momento, que me parece sumamente acertada. Consciente de la insuficiencia de los remedios concursales clásicos para evitar la destrucción patrimonial derivada de la crisis, y convencida del carácter parcial –y, por ello, también insuficiente– de las reformas posteriores, la autora ha intentado buscar fuera del Derecho concursal un instrumento capaz de contribuir al logro de una *finalidad conservativa* y no puramente liquidatoria. La conveniencia de este propósito desde la perspectiva del tejido empresarial de nuestro país (y de cualquier otro en situación semejante) parece fuera de toda duda, a pesar de la dificultad de objetivarlo y concretarlo en específicas normas jurídicas en el momento presente. A tal efecto, la figura elegida ha sido la dación en pago, institución en la que algunos han creído ver la panacea para todos los males producidos o, quizá mejor, realzados por la crisis, con especial relieve en el terreno de los desahucios, de triste y habitual actualidad entre nosotros.

Al margen ahora de esta circunstancia, sobre cuyos perfiles y utilización casi siempre simplificadora desde distintas vertientes no es posible extenderse, sí conviene constatar la existencia de un parentesco relevante entre el Derecho concursal y la dación en pago, derivado de su común adscripción al capítulo relativo al cumplimiento de las obligaciones. Afirmado este vínculo, las dificultades para su traducción en un estudio científico solvente resultan notables, desde su mismo inicio, como consecuencia, entre otras cosas, del diferente contexto personal e institucional en el que una y otro han de ponerse en prác-

tica. De un lado, la dación en pago nos sitúa, en principio, ante una alternativa al cumplimiento susceptible de llevarse a cabo en un contexto individualizado; de otro, el concurso, a causa de su propia naturaleza, se conecta con el cumplimiento de las obligaciones en un marco necesariamente multilateral, lo que multiplica, como es fácil de entender el entrecruzamiento de relaciones jurídicas y la necesidad de que todas ellas, en sus matices o desarrollos, se adapten al interés del procedimiento concursal iniciado. Pero, además de esta diferencia «ontológica», el hecho de la insolvencia, presupuesto necesario del concurso, como es bien sabido, resulta, en principio, ajeno a la posible operatividad de la dación en pago, figura en la que vienen a confluír, como también es notorio, situaciones heterogéneas derivadas de la evolución peculiar de las partes vinculadas por la relación obligatoria.

Con todo, y como decíamos más arriba, algunas e, incluso, bastantes de las certezas consabidas por los juristas antes de la crisis, han sido cuestionadas radicalmente por ésta o, quizá mejor, por los múltiples acontecimientos que la han acompañado o que tienen en ella su causa directa. Y la actividad desarrollada por el legislador, bien patente, como también sabemos, en el ámbito concursal, ha servido, con su complejidad, sus detalles y su desorden sistemático, para dar cauce a algunas ideas que sin ser del todo nuevas adquieren en el contexto presente visos no sólo de verosimilitud, sino también de utilidad. Por tal motivo, Carmen Pastor ha emprendido valientemente la tarea de ver el posible relieve de la dación en pago a lo largo de todas las fases de la crisis económica de las empresas, incluido el precurso, mediante su contraste con los distintos institutos concursales, tal y como han ido evolucionando al calor de las sucesivas reformas legislativas. Y todo ello con la finalidad de ver hasta qué punto la dación en pago, actualizada desde sus lejanos orígenes romanos, puede ser un instrumento propicio para lograr la conservación de las empresas en crisis o en situación de insolvencia, objetivo que para la autora constituye no sólo algo conveniente sino una auténtica necesidad.

IV

La ambición del propósito pretendido por la autora salta a la vista desde su misma formulación y adquiere tonos de considerable intensidad por los numerosos vericuetos que ha debido sortear a la hora de articular y organizar sus ideas, así como de formularlas en el contexto presente, cuyas particularidades he intentado mostrar sumariamente en las anteriores líneas. No conside-

ro oportuno aportar mayores detalles ni, mucho menos, resumir las numerosas y sugestivas ideas contenidas en la monografía de Carmen Pastor; no es esa la tarea del prologuista, siéndolo, en cambio, la de lograr con el acierto, en su caso, de su prosa atraer al potencial lector a la consulta directa de la obra prologada. Quizá baste con decir que la autora, formada con el magisterio del profesor Luis Fernández de la Gándara, se ha esforzado a lo largo de un tiempo considerable en ordenar minuciosamente un material heterogéneo, no sólo normativo, analizándolo con sumo cuidado; a la vez, nos ofrece, desde el rigor jurídico, una serie de propuestas interpretativas y constructivas que, a buen seguro, atraerán la atención de todos aquellos que desde distintos sectores y con intereses igualmente diversos perfilan subjetivamente el desarrollo evolutivo del Derecho concursal.

No quisiera, sin embargo, terminar estas ya largas líneas introductorias sin señalar que la realización del trabajo ha supuesto para la autora un esfuerzo notablemente mayor del que se suele asociar, por lo común, a la elaboración de una monografía jurídica; y no me refiero a la dificultad de la materia objeto de tratamiento, con ser, sin duda, elevada. Se trata, más bien, de que aun encontrándonos ante una obra eminentemente universitaria, por la vocación y la condición profesional de Carmen Pastor, no ha contado ésta con el apoyo de la Universidad, como entidad concreta, para llevarla al feliz término que con su publicación ahora se propicia. Privada nuestra autora del amparo académico básico, ha sido su propio tesón, siempre estimulado y acompañado por el profesor Fernández de la Gándara, el responsable directo de ese gran logro. He sido testigo de todo ello y mucho me place que, finalmente, pueda ver la luz la presente monografía, cuya utilidad e interés para el momento presente del Derecho concursal español resultan del todo evidentes.

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

PRESENTACIÓN

Esta monografía terminó de escribirse en el año 2009. En el periodo de tiempo comprendido hasta su publicación, hemos vivido con desazón una severa crisis económica y social, en la que han acontecido rápidos cambios en nuestro sistema jurídico. De alguna manera esta monografía ha necesitado de este tiempo que, unido a especiales circunstancias personales, exigió de una particular perseverancia y determinación en su culminación y actualización. Este tiempo ha permitido que la dación en pago se abriera camino en nuestras insolvencias empresariales, y que esta monografía tuviera un sólido apoyo en la nueva realidad normativa, al servicio del que parece ser el «nuevo paradigma de la insolvencia», y que tiene su reflejo en medidas concretas de conservación de la empresa como es la paulatina aceptación de la dación en pago en su seno, sustituyendo hasta la que escasas fechas fue exclusivamente la solutoria, con pago en efectivo, como única vía satisfactiva de los acreedores.

En la actualidad la Ley concursal ya no es ajena a las ventajas que tanto para los acreedores como para el resto de intereses afectados por la crisis pueden derivarse de la conservación de la estructura empresarial, de ahí la necesidad de arbitrar instrumentos que actúen en la fase temprana de la insolvencia y sustitutivos al pago en efectivo.

Todo ello ha supuesto un singular esfuerzo, pues con la finalidad de interpretar correctamente una realidad normativa en constante cambio y transformación, se ha requerido del apoyo de la *jurisprudencia y doctrina, desde la clásica hasta la de más recentísima aparición*, que –al vertiginoso ritmo de las reformas concursales– han ido interpretando la evolución este «vital» Derecho de la insolvencia. Se ha necesitado además, el auxilio de la jurisprudencia y la bibliografía, que abarca, *el más amplio campo del Derecho privado*; pues, una cosa es que técnicamente estemos frente a una dación en pago, y otra bien diferente

es que reciba un correcto tratamiento en sede de insolvencias empresariales, que es lo que persigue esta monografía. La tarea no ha sido sencilla, estamos ante una figura que, como se ha señalado, ha sido «atormentada dogmáticamente», y en la que como comprobaremos se mezclan diferentes aspectos y elementos que han dado lugar a diversas argumentaciones en pro o en contra de distintas teorías. A ello se une la ausencia de tipicidad legal y su equívoca asimilación, en virtud de la analogía, a instituciones de Derecho privado que poco o nada tienen que ver. También se suma la desconfianza en su «tratamiento», por una arraigada creencia de que la institución de la dación en pago, es, en esencia, «un acto perjudicial para los acreedores» inclusive para el deudor.

Si bien es cierto que la dación en pago voluntaria nunca dejó de ser utilizada, hoy encuentra su mayor escollo en la acción rescisoria concursal. No puede decirse lo mismo de la dación en pago necesaria (*datum solutum necessaria*). Su carácter excepcional y las circunstancias de bonanza económica que ha vivido nuestra Sociedad han propiciado el olvido de la institución. A ello tampoco ha sido ajena la dificultad de aplicar una institución que se desterró por la codificación francesa y, por ende, del Código civil español. En cualquier caso su mayor obstáculo en la actualidad, viene de la necesidad de establecer cauces procesales que faculten que la dación en pago necesaria cumpla su papel extintivo y éste sea efectivo en el momento oportuno, ya sea en el procedimiento de ejecución hipotecaria o concursal. Este último, parece resuelto tras las últimas reformas concursales, no pudiéndose decir lo mismo del primero, lo que plantea una necesaria actuación legislativa para que este subrogado del cumplimiento despliegue todo su potencial.

Por ello, para poder abordar el objeto de estudio de la monografía, ha sido necesario recurrir a las *fuentes clásicas* y a nuestro *Derecho histórico*, pues el diseño de un sistema capaz de responder a la «insolvencia», tanto en sus aspectos económicos como sociales, ha sido una constante científica a lo largo de la historia. Las respuestas recibidas por la ciencia jurídica se han albergado bajo soluciones técnicas diferentes. Es complejo determinar, pues, si estamos realmente ante un verdadero «nuevo paradigma». Incluso, antes de que cristalizase el modelo de concurso de acreedores recogido en la literatura jurídica del siglo xvii, los tribunales tuvieron que buscar soluciones «humanitarias» a los problemas «técnico jurídicos» que se les iban presentando, para que la Sociedad pudiera «funcionar de manera razonablemente equilibrada», destacando el «*beneficium dationis in solutum*». Y ello porque las más de las veces no se acometió por vía legislativa, una reforma que restableciera las alteraciones sufridas en el valor de la unidad monetaria. Como veremos, existen reminiscencias que, salvadas las distancias, nos proyectan, a unas soluciones técnicas

cercanas a la adoptadas concursalmente *por mor* de la «conservación de la empresa viable», su «mantenimiento con un grado eficiente de productividad», y la «segunda oportunidad» de nuestros días; y que, incluso, fueron «más allá». Particularmente ello se evidencia, en el tratamiento que ha recibido la dación en pago.

La dación en pago emerge, pues, como uno de los principales instrumentos al servicio del que parece ser el «nuevo» «paradigma de la insolvencia», que se estructura en torno a tres ideas básicas: prevalencia de soluciones pre-concursales y contractuales de reestructuración y mecanismos de segunda oportunidad para el empresario persona física. En definitiva, que la satisfacción de los acreedores pueda venir de la «conservación de las empresas viable y honradas», y que los empresarios de buena fe, que fracasan, puedan «volver a empezar dentro de la economía formal». Y por último, situar en el precurso al administrador en una posición cercana a la de un auditor de cuentas; lo cual ofrece *per se* un medio para asegurar, dentro del actual sistema de economía de mercado, que las empresas sean dirigidas por quienes estén en grado de mantenerlas con un grado eficiente de productividad. Como comprobaremos, sin lugar a duda, el Derecho concursal español ha sufrido una importante transformación, acelerada, en escaso tiempo, en sintonía con las Recomendaciones de la Unión Europea la Recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014 *un nuevo enfoque para el fracaso empresarial y la insolvencia* y el nuevo texto refundido Reglamento (UE) 2015/848 Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 *sobre procedimientos de insolvencia*, así como con las recomendaciones de UNCITRAL.

La dación en pago, necesitaba, por tanto, de una adecuada contextualización, tratamiento, y reinterpretación en las insolvencias empresariales. Por ello, abordaremos los puntos más destacables que este cuadro normativo ha experimentado como consecuencia del proceso de reforma de la legislación concursal, en el que la dación en pago ha ganado terreno poco a poco, pues su función, va unida irresolublemente a la «conservación de la empresa viable». El actual diseño de las operaciones de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos ha extendido, a las daciones celebradas en su marco su protección frente a las «acciones de reintegración». Ahora bien, no puede dejar de señalarse que, fuera de ellos, no son tenidos en cuenta en un contexto preconcursal las dación en pago voluntarias como forma de extinción de las obligaciones y posible opción de reestructuración de deuda, debido principalmente a al peligro que supone para el acreedor aceptar la dación en pago («micro refinanciaciones de deuda»). Y no siempre son necesarios los procedimientos formales para resolver micro insolvencias, o coyunturales problemas de iliquidez.

Otro claro avance en la dación en pago, que han supuesto las últimas reformas concursales, es, de algún modo, la introducción de las «mayorías de arrastre», pues no dejan, en cierta forma de ser una «*datio in solutum quasi necessaria*» para al disidente/arrastrado dentro de un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, acuerdo de refinanciación, o como contenido del convenio de continuación –pues como veremos puede optar por la «propuesta alternativa de quita», aunque ello no se mencione expresamente en los acuerdos extrajudiciales–. Pero su éxito descansa, en el juicio sobre «la viabilidad de la empresa» que es la que debe convencer a la mayoría de acreedores para que acepte la *datio in solutum*. Y este es el capítulo que nuestro legislador sigue sin saber afrontar.

Por otro lado, y con carácter general, en cualquier fase del concurso, podrán incluirse las daciones en pago de bienes o derechos a los acreedores si los bienes o derechos dados en pago no resultan necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94.5, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4. En ningún caso se impondrá la dación en pago a los acreedores públicos (art. 100.3 *in fine*). También en el art. 100.2 la restricción de que, respecto de créditos públicos, no cabe acordar contenidos alternativos distintos de la espera y la quita. Asimismo, se introducen en el artículo 148 previsiones adicionales respecto a la dación en pago y una previsión novedosa consistente en que el juez pueda acordar la retención de un quince por ciento de la masa activa destinado a satisfacer futuras impugnaciones (redacción dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal). Esta previsión debería conducir a una agilización de la fase de liquidación. De este modo, el número 5 cambia de redacción y pasa a tener la siguiente: «*Salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155*». Ello supone una importante excepción al carácter de ejecución universal que suponía la liquidación concursal. No obstante, se sigue obligando a realizar operaciones de venta de activos para poder pagar a los acreedores públicos.

Como comprobaremos, nuestro Derecho concursal, se alinea en todos sus procedimientos, incluidos los preconcursales –sin distinción del tamaño de la empresa–, a la orientación conservativa de la empresa, presente en mayor o menor medida en el conjunto del Derecho concursal comparado, y en medidas concretas de conservación de la empresa como es la aceptación de la dación en pago.

No quisiera, por último, finalizar esta presentación sin agradecer, a todos los que han hecho posible su publicación. A la Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, en especial a don Manuel Tuero Secades, director de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, al profesor don Antonio Manuel Morales Moreno, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, y director de la colección de Derecho Privado, y a don Julián Vinuesa Cerrato Jefe de Área Editorial del Departamento de Programación, Seguimiento y Evaluación de la Gestión, por su disponibilidad y buen hacer.

Debo agradecer muy especialmente, al profesor Luis Fernández de la Gándara que, como a tantos otros de sus discípulos, me inició en el estudio del Derecho mercantil, con la excelencia, honestidad y rigor académico que le han caracterizado, y lo siguen haciendo. Su prematura jubilación en la Universidad de Alicante, nunca me privó del placer de su magisterio, de las enseñanzas de los grandes maestros que, constituyen una realidad notoria y, por regla general, escasamente reconocida. Sin su apoyo constante esta monografía nunca se hubiera publicado. Al profesor Francisco Llopis Vañó, titular de Organización de Empresas de la Universidad de Alicante, por sus inestimables lecciones de economía; al profesor José Miguel Embid Irujo, catedrático de la Universidad de Valencia, que amablemente accedió a prologarla y, como no podía ser de otro modo, a nuestra excelente doctrina y jurisprudencia, que me ha facilitado enormemente la comprensión de esta compleja y cambiante realidad normativa. Mi más profunda gratitud a todos ellos.

Por supuesto, ninguno de ellos ni de las instituciones a las que se agradece su publicación son responsables de los errores o desaciertos que, a buen seguro, se encontraran en esta monografía. Como es natural, corresponden en exclusiva a la autora.

CAPÍTULO 1

OBJETO Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

1. EL NUEVO PARADIGMA CONCURSAL

No puede dudarse que las últimas reformas concursales han procurado, como ha observado nuestra mejor doctrina concursal «la propiciación de la concursalidad conservativa»¹, donde se quiere que las instituciones concursales sean un instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización de nuestro tejido empresarial.

Se ha señalado que estamos ante un «nuevo» «paradigma de la insolvencia», que parece estructurarse en torno a dos ideas básicas: prevalencia de soluciones preconcursales y contractuales de reestructuración y mecanismos de segunda oportunidad para el empresario persona física. En definitiva, que la satisfacción de los acreedores pueda venir de la «conservación de las empresas viables y honradas», y que los empresarios de buena fe, que fracasan, puedan «volver a empezar dentro de la economía formal»².

Como veremos (capítulos segundo, quinto y sexto, principalmente) el Derecho concursal español ha sufrido una importante transformación en escaso tiempo, en sintonía con las Recomendaciones de la Unión Europea la Recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014 un nuevo enfo-

¹ PULGAR EZQUERRA, J., «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», *Diario La Ley*, núm. 8391, Sección Doctrina, 3 de Octubre de 2014, Año XXXV. De la misma autora, «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español» en AA. VV. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 253-268.

² Suele señalarse a Estados Unidos (Bankruptcy Act de 1898), como el primer ordenamiento en el que emerge con identidad propia el expediente de liberación de deudas, con fundamento de su concesión en la «honestidad del hombre».

que para el fracaso empresarial y la insolvencia y el nuevo texto refundido Reglamento (UE) 2015/848 Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia³, así como con las recomendaciones de UNCITRAL⁴.

³ El papel que jugará en este ámbito la Recomendación de 14 de marzo de 2014, es fundamental, pues como se sabe la armonización, hasta el momento tan solo se había conseguido parcialmente en el ámbito procesal, a través del Reglamento de insolvencia transfronteriza (Reglamento CE núm. 1346/2000 del Consejo) que regulaba cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, que finalizó su proceso de reforma hace escasas fechas. Así en referencia al acuerdo de 6 de junio de 2014, *Modern insolvency rules: EU Ministers back Commission proposal to give honest businesses a second chance*; European Commission Memo – Brussels 6 junio 2014 <http://ec.europa.eu/Reding>) debe ser destacado que, en palabras de la de su Vicepresidenta Viviane Reding, y también Comisaria de Justicia de la UE. *El acuerdo de hoy en el Consejo de Europa lleva un paso más cerca de ofrecer mejores condiciones para las empresas como para los acreedores (...). Las pequeñas y medianas empresas son la columna vertebral de la economía de la UE Europa necesita un rescate y recuperación de la cultura de negocios viables –. Las normas de insolvencia modernizadas facilitarán un nuevo comienzo. Los cambios permitirán un mayor espíritu empresarial en Europa, impulsar el crecimiento y el empleo. Los ciudadanos también pueden estar seguros de que cuando su empleador se enfrenta a dificultades financieras, la empresa tienen una mejor oportunidad de supervivencia* (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-397_en.htm). Ello permitió al Parlamento Europeo –[la Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) Expediente interinstitucional: 2012/0360 (COD), está disponible en: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?!=ES&f=ST%2016636%202014%20INIT>)]– adoptar el texto en segunda lectura en su periodo de sesiones de mayo de 2015. Finalmente fue publicado Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (DOUE núm. 141, de 5 de junio de 2015, pp. 19 a 72). El nuevo texto será aplicable a los procedimientos concursales que se abran con posterioridad al 26 de junio de 2017 (vid. art. 84) y extiende su ámbito de aplicación a los llamados procedimientos híbridos o preconcursales, de este modo se señala en su décimo considerando: *El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe ampliarse a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. En particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios. También debe hacerse extensivo a los procedimientos que prevean una donación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos, por ejemplo reduciendo la cuantía que deba pagar el deudor o ampliando el plazo de pago que se le hubiera concedido. Dado que esos procedimientos no implican necesariamente el nombramiento de un administrador concursal, deben estar sujetos al presente Reglamento si se desarrollan bajo el control o la supervisión de un órgano jurisdiccional. En este contexto, el término «control» debe incluir aquellas situaciones en las que el órgano jurisdiccional solo intervenga a instancia de un acreedor u otras partes interesadas.*

⁴ La Guía Legislativa de la CNUDMI (UNCITRAL), parte primera II (de los mecanismos para resolver las dificultades financieras del deudor), en el punto B aborda las negociaciones voluntarias de reestructuración. Sobre la misma, Vid. CLIFT, J., «Objetivos fundamentales de un régimen de insolvencia eficaz y eficiente: la Guía UNCITRAL sobre Régimen de la Insolvencia (Recomendaciones 1 a 7)» AA. VV. *Guía legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia*, Coord. Morán Bovio, D, *Colección monografías Revista de derecho Concursal*, núm. 5, 2006, pp. 24 a 26. Así las conclusiones adoptadas en la 45.ª Sesión de Trabajo de CNUDMI de 2014 *El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia...* (Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de abril).

La razón por la que nuestra doctrina señala que estamos ante un «nuevo» «paradigma» quizá descansa en la concepción de las instituciones concursales, pues para nuestro legislador la finalidad del procedimiento concursal hasta escasas fechas fue exclusivamente solutoria, y prevalentemente liquidatoria, como única vía de satisfacción de los acreedores. Una señal inequívoca de este cambio es que se aborde, por vez primera, la *Valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación* en el informe de la Administración Concursal⁵. No obstante, como se tratará al analizar el contenido de los acuerdos de refinanciación, tampoco puede decirse en términos absolutos que se haya descuidado la experiencia acumulada en otras crisis, y de entidades «estructuralmente» deficitarias en recursos propios. Podemos adelantar que instrumentos como los préstamos participativos, a los que se alude en las últimas reformas concursales, han sido utilizados en anteriores crisis económicas, pues al igual que en esta el instinto de supervivencia ha operado una transformación de la mentalidad de los acreedores que, percatados de que *para cobrar hace falta que el otro pueda pagar*, han ido evolucionando desde una exclusiva preocupación por el crédito y su garantía hacia un sentido deseo de preservar o mantener la empresa deudora, como auténtico presupuesto para su seguridad⁶, haciéndose éstos, desde un punto de vista sociológico, en parte copartícipes en el riesgo de la empresa o *coempresarios*, evidenciando la cooperación en el concurso como uno de los campos donde *la teoría económica de juegos matemáticos* cristaliza como comunidad de pérdidas⁷.

⁵ Se añade el número 5.º al apartado 2 por el art. único. Dos.2 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Ref. BOE-A-2015-5744. La reciente redacción del artículo 75 de la LC incluye un número 5 al apartado 2, en los siguientes términos: «5.º *Valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación*» (téngase en cuenta que esta modificación será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya presentado el texto definitivo del informe de la administración concursal, según establece la disposición transitoria 1.2 de la citada norma). Ya apuntábamos como propuesta de *lege ferenda*, que el *Informe* de la administración concursal debía proporcionar una *imagen poliédrica* de la situación patrimonial de la empresa concursada. Es decir, no se trataba de que la administración concursal hiciera un estudio de viabilidad sobre la continuidad de la empresa (lo cual, obviamente, podría suplirse con la figura de los auxiliares); simplemente su labor debía acotarse a suministrar *la información suficiente* con la finalidad de que los sujetos involucrados en el proceso concursal dispusieran de una *información adecuada* acerca del valor de la empresa en funcionamiento, pero también, y a la vez, sobre el valor de liquidación. Vid. PASTOR SEMPERE, C., «Las cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal (art. 75 de la Ley Concursal)» en AA. VV *Gobierno Corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Barcelona, 2006, pp. 490-522.

⁶ MARTÍNEZ SANCHIZ, «Préstamos y créditos participativos y subordinados», en *AAMN*, t. XXVIII, 1988, pp. 135-172, p. 139.

⁷ *Como ya ha sido expuesto sólidamente por numerosos autores, el deudor y los acreedores que participan en una negociación privada de reorganización se ven envueltos en una situación conocida como el dilema del prisionero, en la que la conducta racional individual de cada una de las partes impli-*

Al mismo tiempo, se observa la evolución de la *tradicional funcionalidad de un Derecho concursal* que sostiene la expulsión de los malos deudores⁸, que calculan mal y yerran es, —a falta de un acuerdo de reestructuración con los acreedores—, la solución más ajustada a los principios de una economía de mercado, pues la exclusión de los empresarios ineficientes deja el campo libre a los competidores exitosos⁹. La crisis que hemos vivido ha cuestionado al mercado, que *ya no sirve para seleccionar natural y eficientemente a los empresarios*. El apalancamiento financiero unido a la iliquidez ha producido una nueva realidad: empresas realmente viables desde un punto de vista operativo (es decir susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario) se han tornado en inviables desde un punto de vista financiero.

Ante esta situación existen dos alternativas: o bien liquidar las empresas en su conjunto, o bien sanearlas desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico. Un nuevo paradigma por el que se sostiene, no solo *la conservación de la empresa*, sino también *una segunda oportunidad para volver a empezar dentro de la economía formal*, para el acreedor *sin culpa*, y que se concibe, de este modo como un instrumento de política económica. Y ello porque a pesar de que *a priori* parece que el sistema financiero absorbe la mala suerte del deudor, se entiende que toda la Sociedad se beneficia de la liberación del deudor, en tanto, exonerado de su pasivo pendiente, ésta recuperara un miembro que puede ser productivo para la Sociedad¹⁰. Es la denominada teoría de la utilidad social o teoría humanitaria. De alguna forma esta visión de la insolvencia puede catalogarse como

...cadas persiguiendo maximizar la satisfacción de los propios intereses conduce a un resultado peor para el conjunto de acreedores que el que se obtendría con una conducta cooperativa entre ellos. Esta conducta racional de los acreedores que les lleva a una satisfacción menor que la que recibirían de cooperar entre ellos viene provocada por la existencia de costes de transacción (costes de información, de negociación y de ejecución de lo acordado), que impiden a los acreedores conocer el empleo alternativo de los recursos del deudor que maximice su valor: que continúen bajo titularidad del deudor; que lo empleen terceros, los propios acreedores, etc. JACQUET YESTE, T. «Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 18, Sección Estudios, Primer semestre de 2013, p. 107 y bibliografía allí indicada.

⁸ GONDRA, M., «Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema concursal proyectado», AA. VV Número extraordinario dedicado al Anteproyecto de Ley Concursal, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1985, pp. 145 y 153.

⁹ IMMENGA, U., «Orden económico y Derecho de sociedades», *RDM*, núm., 276, 2010, p. 542.

¹⁰ *Muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohonestarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor; así como con una premisa que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo*

más eficiente, tanto desde un punto de vista económico, como social. Con ello se introduce una visión moral que en términos gráficos se ha denominado «ética-tapón»¹¹, y que como ya apuntábamos en trabajos previos, deja traslucir una cierta *responsabilidad social concursal*¹².

Como última pieza, formando parte de este nuevo paradigma; de esta *nueva ética*, la doctrina ha ubicado distintos instrumentos que persiguen en el precurso¹³, situar al administrador en una posición cercana a la de un auditor de cuentas; lo cual ofrece *per se* un medio para asegurar, dentro del actual sistema de economía de mercado, que las empresas sean dirigidas por quienes estén en grado de mantenerlas con un grado eficiente de productividad¹⁴. Ello será tratado en nuestro capítulo quinto dedicado al precurso.

No en vano el diseño de un sistema capaz de responder a la *insolvencia*, tanto en sus aspectos económicos como sociales, ha sido una constante científica a lo largo de la historia como se evidencia en el capítulo segundo. Las respuestas recibidas por la ciencia jurídica se han albergado bajo soluciones técnicas diferentes; dependiendo de los márgenes dejados a la *libertas* –que dejaba la fijación del precio a la voluntad de los contratantes–, y a la *iustitia* –que rechazaba un desequilibrio excesivo entre el valor de la cosa y el precio convenido–. Toda vez que en muchos momentos históricos no se produjo una verdadera separación entre el *ethos* y el *ius*, entre la moral y el Derecho.

hace (E. M de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. (BOE, núm. 180 miércoles 29 de julio de 2015).

¹¹ *Un modelo de valoración moral establecido por las propias instituciones capitalistas con el fin de garantizar el juego limpio en el mercado y asegurarse el apoyo de los operadores económicos, sin el cual el sistema perdería su base de legitimación social*, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. «Derecho, Ética y negocios», *Lección Inaugural del año académico 1993-1994*, Universidad de Alicante, Disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-etica-y-negocios--0/>

¹² PASTOR SEMPERE, C., «Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la “responsabilidad social concursal”» *Revista Deusto Estudios Cooperativos*, núm. 2, 2013, pp. 61-82.

¹³ En referencia a Propuesta de Directiva comunitaria relativa a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada «Societas Unius Personae (SUP)» que, caso de ser aprobada definitivamente, podría coexistir con las unipersonales nacionales, con un régimen especial armonizado a nivel comunitario en materia de régimen de constitución, domicilio social, capital mínimo [DOC. COM (2014) 212 final de 9 de abril de 2014], señala PULGAR EZQUERRA, J. *Se aproxima en alguna medida en este ámbito, la función y significado de la actuación del administrador social a la de un auditor, que, de un lado, ha de pronunciarse sobre el going concern de la sociedad o principio de empresa en funcionamiento; y, de otro, efectuar un juicio de futuro, sobre la previsibilidad de que en el plazo de un año la sociedad podrá atender con la continuidad de su actividad al cumplimiento de sus obligaciones* («El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español» en AA. VV *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz cit. p. 257.*)

¹⁴ Sobre la relevancia individualizadora del régimen de responsabilidad legal, vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La Atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977, pp. 428-429.

Es complejo determinar, pues, si estamos realmente ante un verdadero *nuevo paradigma* (en el sentido kuhniano del término «paradigma») ¹⁵. Incluso, antes de que cristalizase el modelo de concurso de acreedores recogido en la literatura jurídica del siglo xvii ¹⁶, los tribunales tuvieron que buscar soluciones «humanitarias» a los problemas «técnico jurídicos» que se les iban presentando, para que la Sociedad pudiera «funcionar de manera razonablemente equilibrada» ¹⁷, destacando el *beneficium dationis in solutum*. Y ello porque las más de las veces no se acometió por vía legislativa, una reforma que restableciera las alteraciones sufridas en el valor de la unidad monetaria, cuestión sobre la que volveremos en el capítulo cuarto.

Como veremos en el capítulo segundo, existen reminiscencias que, salvadas las distancias, nos proyectan, a unas soluciones técnicas cercanas a la adoptadas concursalmente por *mor* de la *conservación de la empresa* y la *segunda oportunidad* de nuestros días ¹⁸, y que, incluso, fueron *más allá*. Particularmente ello se evidencia, en el tratamiento que ha recibido la dación en pago, a cuyo estudio se dedica esta monografía.

Si bien la dación en pago voluntaria nunca dejó de ser utilizada, hoy encuentra su mayor escollo en la acción rescisoria concursal, cuestión que, entre otras, se estudiará en el capítulo cuarto. No puede decirse lo mismo de la dación en pago necesaria (*datum solutum necessaria*). Su carácter excepcional y las circunstancias de bonanza económica que ha vivido nuestra Sociedad han propi-

¹⁵ KUHN, T. ¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos., (*Introducción*, de Beltrán, A., traducción de Romo Feito, J), Barcelona, 1989. pp. 24 y 25.

¹⁶ En especial, la inspiración humanizadora del concurso de acreedores del autor Francisco SALGADO DE SOMOZA *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, Venecia, 1653. (Citada por PULGAR EZQUERRA, *El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español*, Almería, 2000). Debe ser destacado que, FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA se mostró favorable a la utilización generalizada de la aplicación del *beneficium dationis in solutum*, si bien tenía que satisfacer determinadas exigencias. De forma compendiada se entendieron requisitos ineludibles: a) que el deudor no poseyera dinero líquido y le resultara imposible procurárselo, sin su culpa; b) no encontrara comprador para sus propios bienes, o de encontrarlo no se le ofreciera adquirirlo a un justo precio; c) el acreedor pudiera elegir una entre las cosas mejores del deudor; d) el deudor tenía que transferir al acreedor la propiedad de la cosa así individualizada y garantizar la evicción con el resto; POLACCO, V., *Dazione en pagamento*, Padova, I, 1888, 68 y ss, SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, 2008, p. 77 y ss. (Citados por EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A., «Crisis económica, falta de liquidez, y dación en pago necesaria. Un estudio del Párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo» *Revista Jurídica de Navarra*, Enero-Junio, 2011. núm. 51., p. 56).

¹⁷ EMBID IRUJO, J. M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, 2013, segunda nota a pie de página del Capítulo cuarto, pp. 62 y 63.

¹⁸ Una referencia actualizada sobre esta orientación conservativa de la empresa puede consultarse en AA. VV. *Conservación de empresas en crisis en Estudios jurídicos y económicos*, Madrid, 2013, y ZABALETA DÍAZ, M., «El Derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», BIB 2013\1720, *ADCo* núm.30, 2013, GARNACHO CABANILLAS. L., *El convenio de Asunción*, Colección *Estudios de Derecho Concursal*, Madrid 2014.

ciado el olvido de la institución¹⁹. A ello tampoco ha sido ajena la dificultad de aplicar una institución que se desterró por la codificación francesa y, por ende, del Código civil español. En cualquier caso su mayor obstáculo en la actualidad, viene de la necesidad de establecer cauces procesales que faculten que la dación en pago necesaria cumpla su papel extintivo y éste sea efectivo en el momento oportuno, ya sea en el procedimiento de ejecución hipotecaria o concursal. Este último, parece resuelto tras las últimas reformas concursales, no pudiéndose decir lo mismo del primero, lo que plantea una necesaria actuación legislativa para que este subrogado del cumplimiento despliegue todo su potencial²⁰.

Ahora bien, una cosa es que técnicamente estemos frente a una dación en pago, y otra bien diferente es que reciba un correcto tratamiento en sede concursal. La tarea no es sencilla, estamos ante una figura que, como se ha señalado²¹, ha sido *atormentada dogmáticamente*, y en la que como comprobaremos se mezclan diferentes aspectos y elementos que han dado lugar a diversas argumentaciones en pro o en contra de distintas teorías. A ello se une la ausencia de tipicidad legal y su equivocada asimilación, en virtud de la analogía, a instituciones de Derecho privado que poco o nada tienen que ver, como se tratará en el capítulo tercero. También se suma la desconfianza en su «tratamiento», por una arraigada creencia de que la institución de la dación en pago, es, en esencia, *un acto perjudicial para los acreedores* inclusive para el deudor.

Más bien, su rechazo se centra en la dificultad que supone la determinación y realización del «valor», según los casos, del bien entregado en satisfacción de la deuda pendiente²², es decir, *entre la prestación originaria y la nueva prestación*, el *aliud pro alio*, como se comprobará en el capítulo cuarto. Cues-

¹⁹ En definitiva, la dación en pago, no es quizá como nos ha indicado gráficamente la doctrina, *una solución a la crisis, sino un síntoma: es simplemente la respuesta jurídica a las crisis económicas y a la situación de desvalorización de los inmuebles en una sociedad, del mismo modo que la fiebre y los estornudos son síntomas de un catarro. Pensar que con la dación necesaria se va a solucionar la crisis es como pensar que el síntoma es la terapia. Quizá la buena noticia sea que algunos síntomas, como la fiebre, sí que contribuyen, si el paciente la soporta, a que la enfermedad haga crisis, y se sane*, LACRUZ MANTECÓN M. L., en «La moderna dación en pago», en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre, 2014, *Ensayos*, pp. 89-103.

²⁰ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a A., «Crisis económica, falta de liquidez, y dación en pago necesaria. Un estudio del Párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo» *Revista Jurídica de Navarra*, Enero-Junio, 2011. núm. 51, p. 83.

²¹ SERRANO ALONSO, E., «Consideraciones sobre la dación en pago», *RDP*, LXII, 1978, p. 421.

²² GARCÍA CRUCES, J. A., «Dación en pago y reintegración concursal», *La ley*, núm. 7492, 20 de octubre de 2010, p. 7, ha señalado que en nuestro Derecho positivo se acoge una noción restringida de perjuicio a los efectos previstos en el art. 71-1 LC. De ahí que considere que la rescindibilidad de la dación en pago voluntaria venga a sujetarse a las reglas generales, de modo que el éxito de la acción que se intente dependerá de la justificación del carácter perjudicial para la masa activa de aquel subrogado del pago; *como criterio orientativo, puede sugerirse que la dación en pago no causará perjuicio para la masa activa si el valor del bien objeto de datio es similar o inferior al importe del crédito que quiere extinguirse con tal desplazamiento patrimonial*.

tión que, por otro lado, le dota de indudable utilidad en la práctica concursal y en el contexto socio económico en el que nos encontramos. Se hace ineludible, por tanto, determinar los perfiles jurídicos de las deudas «dinerarias debidas» y los criterios interpretativos seguidos por nuestra jurisprudencia a la hora de determinar el valor.

En efecto, y sin perjuicio de que nos detendremos en sus aspectos más concretos en el capítulo quinto y sexto, no podemos dejar de comentar algunos aspectos relevantes, pues ello es determinante para poder transmitir la idea de conjunto que esta monografía pretende aportar. Abordaremos los puntos más destacables que este cuadro normativo ha experimentado como consecuencia del proceso de reforma de la legislación concursal, en el que la dación en pago ha ganado terreno poco a poco, pues su función, va unida irresolublemente a la «conservación de la empresa». Es más, creemos, que tras el actual diseño de las operaciones de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos a los que se ha extendido, –que como veremos queda completado con su protección frente a las *acciones de reintegración*– se hace precisa esta tarea en aras de dotar de coherencia a nuestro sistema normativo.

Por ello con el carácter introductorio que corresponde a este primer capítulo, pasamos a acotar los tres aspectos centrales de la insolvencia donde la dación en pago se erige como principal instrumento al servicio de este nuevo paradigma y que serán abordados con mayor amplitud a lo largo de esta monografía.

2. ASPECTOS CONCURSALES DE LA DACIÓN EN PAGO

2.1 **Ilíquidez y «renegociación de un crédito»**

Como señalábamos en nuestra introducción nuestro sistema se ha reorientado hacia la «conservación de las empresas viables y honradas». Ahora bien, señalábamos en trabajos previos como en contadas ocasiones una empresa, en un contexto preconcursal, puede recurrir a la dación en pago voluntarias como forma de extinción de las obligaciones y posible opción de reestructuración de deuda, debido principalmente a al peligro que supone para el acreedor aceptar la dación en pago («micro refinanciaciones de deuda») ²³. Como veremos, en el capítulo cuarto «forman parte del catálogo típico de operaciones sujetas a rescisión concursal» y tampoco gozan de «protección», a pesar de

²³ PASTOR SEMPERE, C., «Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago», *RcP*, núm. 21, 2014, pp. 121-145.

que la dación en pago, podría realizarse en términos de conservación de valor²⁴. Ello ha sido «parcialmente revisado», como decíamos, si forman parte de un acuerdo de refinanciación y últimamente ampliado por el RD de 27 de febrero de 2015, al acuerdo extrajudicial de pagos, como veremos.

Pero, no siempre el tamaño o la situación de iliquidez precisa de los procedimientos reglados preconcursales, pues estos no dejan de añadir tiempo y gastos a la difícil situación que atraviesa la empresa cuando acude a ellos. Habitualmente, las micro-refinanciaciones de empresas, sobre todo de PYMEs y profesionales, no suelen encajar en los procedimientos formalizados para obtener el blindaje frente a la rescisoria. Suelen ser daciones en pago celebradas tanto con acreedores singulares, como formando parte de una pluralidad, fuera de estos procedimientos preconcursales –de refinanciación y del «nuevo» acuerdo extrajudicial de pago–. Puede suceder que el deudor simplemente no dispusiese de dinero efectivo suficiente para pagar la deuda en el momento de su satisfacción.

A grandes rasgos puede afirmarse, que nada obsta en nuestro sistema a esta dación en pago voluntaria, como una alternativa de pago en la ejecución de obligaciones pecuniarias –distinta a la regla general– que sustituye la entrega de dinero por la de bienes propiedad del deudor, con la aceptación del acreedor.

Naturalmente no nos estamos refiriendo al supuesto típico de la entrega de bienes en pago o para pago, a la empresa en situación de precrisis, que se despoja de sus principales activos fijos para su entrega a los acreedores, suponiendo de hecho la preliquidación, su desmantelamiento e imposibilidad de continuación de la actividad económica en sí misma, fácilmente rescindibles, caso de declararse el concurso.

Nos referimos a elementos puntales que forman parte del activo de la empresa con *dificultades de liquidez*. Con ello, no solo es evitada la depreciación que el activo padece, en muchas ocasiones, y se maximiza el valor de la masa activa mediante una dación rápida que permita garantizar la mayor recuperación posible a los acreedores. Su principal problema; no son aceptados por los acreedores por el riesgo de reintegración de algunas daciones en pago.

²⁴ Lo que llevó al Gobierno a promulgar, con carácter extraordinario, un RD 3/2009 –que tenía entre sus principales objetivos facilitar la reestructuración de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras, acudiendo a las refinanciaciones preconcursales de carácter extrajudicial– y es que, paradójicamente, estos procesos extrajudiciales de refinanciación de deuda no estaban regulados en nuestra legislación concursal. De hecho, hasta antes de la reforma de 2009 la Ley Concursal suponía un freno a estos procesos, entre otras razones porque los acuerdos de refinanciación podían ser rescindidos en caso de que sobreviniera un procedimiento formal de insolvencia, vid. PULGAR EZQUERRA, J. «la protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RD 3/2009» *RcP*, núm. 11, Segundo semestre de 2009. de la misma autora en «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009» en AA. VV. *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Dir. Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Madrid, 2009.

2.2 Alternativa a la subasta y «maximización del valor de la masa activa»

Desgraciadamente, una de las expresiones gráficas de nuestra realidad económica es el fenómeno de la entrega de las llaves de la vivienda de uso residencial por particulares, con la exclusiva finalidad de dar por extinguida la obligación que les vinculan a sus acreedores. Estas operaciones que se pueden calificar técnicamente como daciones en pago tenían escasa traducción fuera del ámbito que acaba de señalarse.

Y ello a pesar de que otro tanto sucede con las empresas, cuyos problemas de iliquidez, les aboca en muchas ocasiones a un irremediable concurso de acreedores al dejar de atender determinados pagos periódicos, principalmente. Casi todos somos conocedores de algún caso en el que al banco acreedor se le adjudica en pago del derecho de cobro que tiene sobre la empresa concursada y en liquidación «la nave junto con la maquinaria y herramientas», siendo su futuro inmediato el ser objeto de vandalismo y expolio, perdiendo todo su valor físico presente, su capacidad productiva de cara al futuro y, en consecuencia, con un claro y negativo impacto social²⁵.

²⁵ Un aspecto descuidado nuestras sucesivas reformas concursales es la participación de los trabajadores como posibles adquirentes de la empresa. Nos referimos a empresas «viables y honradas» que con las daciones en pago a los trabajadores, y/o acreedores, de la unidad productiva o de esos mismos bienes y/o activos de inmovilizado, mantendrían su capacidad de generar trabajo y riqueza en el presente y en el futuro como empresa que continua de una forma socialmente menos traumática. Incluso, la necesidad de asumir la responsabilidad de conducirlos al ser abandonadas por sus dueños, o de resguardar el patrimonio de las mismas para evitar su desguace con la consiguiente pérdida de su fuente laboral fue abordada por la Ley de Quiebras de la república de Argentina, en la se contempló la transferencia sus trabajadores. Si bien su introducción fue calificada de voluntarista por la gran parte de la doctrina, que criticó entre otros aspectos, lagunas muy significativas como *¿la cooperativa actúa a su propio riesgo empresarial o los pasivos que asuma serán soportados por la quiebra?*. Vid. «El derecho concursal en la emergencia», ROITMAN, H. /RIVERA, J. C., en *Revista latinoamericana de Derecho*, núm. 1, 2004, p. 423. La reforma de la Ley núm. 26.684 incluye un artículo a continuación del artículo 203 que, por un lado dispone expresamente que la cooperativa de trabajo puede ser adquirente de la empresa y por otro, permite que los trabajadores puedan compensar sus créditos para pagar el precio de la misma (de ahí la denominación de SALVATAJE, que se utiliza alternativamente con CRAM DOWN. Se trata de salvar la empresa y no a sus propietarios, que deben ceder obligatoriamente sus acciones o cuotas sociales, si el tercero obtiene el acuerdo con sus acreedores y el juez lo homologa). La nueva ley permite que los créditos laborales se vuelvan un medio de pago de las participaciones sociales. Vid. JUNTENT Y BAS, F., «Alrededor de las principales directrices de la reforma al estatuto concursal por la Ley 26.684» *Revista de la Facultad Universidad de Córdoba*, Vol. III núm. 1 Nueva Serie II, 2012, pp. 53 a 80. La viabilidad de la empresa es el presupuesto que justifica la continuación de la explotación. Como se comprueba, en la actualidad, en Argentina, La ley núm. 26.684 de Concursos y Quiebras (publicada en el Boletín Oficial de 3 de junio de 2011) –que modifica la anterior ley 24.522–, entre sus principales reformas, habilita la participación activa de los trabajadores en un proceso de quiebra y da prioridad de adquisición de una empresa cerrada a sus trabajadores agrupados en una cooperativa. En este punto, la tendencia legislativa que reconoce un interés general al mantenimiento y conservación de la empresa, se ha de extender a los negocios jurídicos que la tengan por objeto cuando las circunstancias del caso aconsejen su transmisión, asegurando la continuación en función de la conservación de la fuente de trabajo. Así, el principio de la conservación de los elementos afectos a la actividad empresarial o de las unidades productivas, en defensa del «interés de la empresa». Corte Suprema de

Este último supuesto parece resuelto tras las últimas reformas concursales, no pudiéndose decir lo mismo del primero. Como decíamos ello plantea *una necesaria y verdadera actuación legislativa* para que esta dación en pago necesaria, como subrogado del cumplimiento, despliegue todos sus efectos, cuestión que como se comprobará en el capítulo segundo y cuarto sigue pendiente.

Y en esta línea de necesarias actuaciones legislativas, destinadas a la maximización del valor y de proporcionar mecanismos de micro-refinanciaciones; –alternativas a los procedimientos formalizados–, debería ser revisada la prohibición de pacto comisorio. Habría de considerarse, en principio, esta *quasi dationem solutum*, si la admite el deudor no es por otra razón que porque le favorece más que la venta forzosa del bien dado en garantía, –mecanismos procesales, que no por solventes y admitidos en la práctica, sirven a los fines para los que fueron instituidos–. Estos aspectos serán tratados en el capítulo cuarto.

Los procedimientos sumarios de ejecución no solo son ineficientes –por su evidente fracaso en la realización de valor–, tienen en el «el principio de proporcionalidad», su flanco débil que es el que hace emerger a la dación en su verdadero sentido, no como alternativa procesal a la subasta en sentido propio, –es decir, previstas como itinerario procesal en la LEC–, sino, en la práctica jurídica material, que evita no sólo la subasta en sentido propio, sino el proceso mismo. A estos efectos se debe considerar como una *transacción específica celebrada dentro de un marco de salidas voluntarias para evitar el litigio, como forma especial de cumplimiento, que Lasarte Álvarez enmarca en la*

Justicia. El 1 de agosto de 2013, la CSJN ha dictado tres importantes fallos, idénticos en su fundamentos, con los que sentó por primera vez criterio en relación a los principios de la ley de quiebras reformada. Los fallos son CLINICA MARINI SA s. Quiebra, CASE SACIFIE s Quiebra y AESA ACEROS ESPECIALES SA s Quiebra. El primero de ellos: CLINICA MARINI SA s. Quiebra CSJN, Fallos: C. 534; XLIV. 01/08/13; ha tenido indudable trascendencia. La Corte expresa en la sentencia, claramente la protección del trabajador en los procesos de quiebra, con lo que rompe el principio de igualdad de trato entre los acreedores –*par conditio creditorum*–, diciendo: *no debe tomarse desde la misma perspectiva a un trabajador como a un acreedor financiero o a un acreedor comercial, aunque los dos integren la misma masa pasiva, dado el origen de cada crédito –en el primer caso, derivado del producto íntegro de su trabajo– y la disparidad de recursos con que cuentan unos y otros para seguir el proceso* (Considerando 11). Finalmente entra en el análisis de la reforma de la LCQ operada mediante la Ley núm. 26.684, –la reforma propiciada por las empresas recuperadas–, expresa: Cabe añadir que la reciente reforma de la Ley núm. 24.522 mediante la sanción de la Ley núm. 26.684, *acentúa significativamente los recaudos legales para asegurar el conocimiento y participación de los trabajadores en los actos celebrados en los procesos de concurso preventivo y quiebra* y luego de enumerar algunas de las reformas del sistema que propició la norma aludida acaba con una clara referencia teleológica. Dice: *Resulta claro, de tal modo, que la orientación de la reforma legislativa se dirige a asegurar que los trabajadores de la empresa insolvente conozcan el trámite que les permitirá preservar su fuente de trabajo o percibir, aunque sea parcialmente, sus créditos alimentarios...* (Considerando 11).

*denominación de negociar un crédito*²⁶. En cierta forma, contribuiría al «alivio de cargas normativas» a las que se enfrentan nuestras empresas²⁷.

En realidad ello ya se evita, no sólo la subasta en sentido propio, sino el proceso mismo en la práctica concursal, *ex* artículo 155 que regula el pago en el seno del concurso de los créditos con privilegio especial. Aunque nuestro legislador no fuera explícito, en su exposición de motivos qué duda cabe que la Ley 38/2011 de modificación de la Ley concursal, modificó parcialmente este artículo 155-4 para permitir que la necesidad de subasta como medio de enajenación de los bienes afectos a una garantía real, en cualquier estado del concurso, pueda ser exceptuada por decisión del juez, que puede ahora autorizar no sólo la venta directa, sino también la dación en pago del bien al acreedor privilegiado o a la persona que él designe²⁸.

Esta modificación ha motivado la del artículo 100.3 LC en lo que toca al contenido del convenio, como excepción a la regla prohibitiva de que la propuesta de convenio contenga cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos. No sólo cabe la venta directa o la dación en pago, en cualquier estado del concurso, con la matizaciones que veremos en el capítulo sexto, sino que en fase de convenio, una *datium in solutum necessaria*, pues *si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados*²⁹.

²⁶ GARCÍA MEDINA. J «Alternativas a la subasta» *Diario La Ley*, núm. 7324, Sección Doctrina, 20 Enero de 2010.

²⁷ En noviembre de 2011, la Comisión adoptó su informe para reducir al mínimo las cargas normativas para las PYME (adecuación de la normativa de la UE a las necesidades de las microempresas) COM(2011) 803 y Comunicación sobre la adecuación de la normativa de la UE; véase: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_es.htm

²⁸ 4. *La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.*

²⁹ Se modifican los apartados 1, 2 y 3 por el art. único. Uno.8 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Ref. BOE-A-2015-5744:

3. *En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada.*

Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4.

En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos.

Además se ha dado el paso determinante, pues se extiende las reglas de valoración de las garantías a las daciones en pago. Ello se explica en la propia exposición de motivos del RD 11/2014 al indicar que tras la nueva redacción del art. 100.3 LC dada por el RD 11/2014 que *sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4.*

Si bien podemos concluir, a pesar del claro avance que han supuesto las últimas reformas concursales, debe advertirse que sólo podrá incluirse la dación en pago de bienes o derechos a los acreedores si los bienes o derechos dados en pago no resultan necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94.5, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4. En ningún caso se impondrá la dación en pago a los acreedores públicos (art. 100.3 *in fine*). También en el art. 100.2 la restricción de que, respecto de créditos públicos, no cabe acordar contenidos alternativos distintos de la espera y la quita. Lo que permite dudar de la seriedad del propósito del legislador a la hora de apostar por la «conservación de empresas».

Asimismo, se introducen en el artículo 148 previsiones adicionales respecto a la dación en pago y una previsión novedosa consistente en que el juez pueda acordar la retención de un quince por ciento de la masa activa destinado a satisfacer futuras impugnaciones (redacción dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal). Esta previsión debería conducir a una agilización de la fase de liquidación³⁰. De este modo, el núme-

³⁰ Se añaden los apartados 5 y 6 al artículo 148 con el siguiente contenido:

5. *Salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155.*

6. *El juez, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la retención de hasta un 10 por ciento de la masa activa del concurso en una cuenta del juzgado. Este montante, que se utilizará para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, según los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación. Dicha cantidad se liberará cuando los recursos de apelación hayan sido resueltos o cuando el plazo para su interposición haya expirado. La parte del remanente que haya quedado libre tras la resolución o expiración del plazo de interposición de los recursos, será asignada de acuerdo con el orden de prelación legalmente establecido, teniendo en cuenta la parte de créditos que ya hubieren sido satisfechos.*

ro 5 cambia de redacción y pasa a tener la siguiente: *Salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155.*

Ello supone una importante excepción al carácter de ejecución universal que suponía la liquidación concursal. No obstante, se sigue obligando a realizar operaciones de venta de activos para poder pagar a los acreedores públicos.

No debe olvidarse que el plan de liquidación se definía, como el conjunto ordenado de actuaciones que los administradores concursales proponen para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa, de manera que el producto de esas actuaciones se destine al pago a los acreedores según las reglas de los artículos 154 y ss. de la Ley concursal, que han de seguirse de modo escrupuloso. Como se señaló entre la doctrina si la solución de liquidación tiende a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa concursal para su posterior reparto entre los acreedores con arreglo al orden de prelación de créditos legalmente fijado, el plan de liquidación tiene por objeto el diseño de las pautas y de los tiempos con arreglo a los que esa realización patrimonial ha de llevarse a término³¹.

Frente a esta descripción del plan de liquidación se sitúa ahora la figura de la dación en pago de bienes o derechos del concursado, cuya naturaleza y finalidad, por concepto, parece contraria a la naturaleza y finalidad no ya del plan de liquidación, sino de la fase entera de liquidación.

En la dación en pago, por tanto, el bien o derecho objeto de dación se entrega al acreedor (a un acreedor concreto) como medio de satisfacción de su crédito (el de ese acreedor concreto) equivalente al pago. Si esta consideración se traslada al ámbito concursal y, en concreto, al plan de liquidación, resultaría que la inclusión en ese plan de operaciones o negocios de dación en pago de activos del concursado a determinados acreedores iría en contra de las reglas de pago de los artículos 154 y ss. de la Ley concursal, estableciendo que determinados acreedores (los cesionarios) viesan sus créditos satisfechos de manera preferente o privilegiada frente a otros.

Sólo podría admitirse la dación en pago de todos o parte de los activos del concursado como contenido del plan de liquidación si se respetasen estricta-

³¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Art. 148», en AA. VV. *Comentario de la Ley Concursal*, Rojo, A./ Beltrán Sánchez, E. (Dirs.), t. II, Madrid, 2004, p. 2370 y Blasco Gascó, F. «Art. 148», en AA. VV. *Comentarios a la Ley Concursal*, Sagrera Tizón, J. M./Sala Reixachs, A./ Ferrer Barriendos, A. (coords.), t. II, Barcelona, 2004, p. 1546.

mente las reglas de pago indicadas. Así ocurriría si la dación en pago se hiciera a favor de un acreedor con privilegio especial y la dación se refiriese al activo sobre el que pese ese privilegio.

El paso es decisivo, pues fuera de este supuesto, resultaba difícil pensar en situaciones que asegurasen el respeto de las reglas de pago establecidas. Cabía plantearse una dación en pago a todos los acreedores, del modo en que se hacía con cierta frecuencia bajo la normativa concursal anterior a la vigente Ley. Pero tampoco en este supuesto se alcanza a ver con claridad la posibilidad de incluir en el plan de liquidación la dación en pago de activos del concursado en el modo al que se ha referido nuestra última reforma concursal como veremos.

2.3 Las nuevas daciones en pago necesarias en el seno del concurso *conservativo*. Conversión de deudas en acciones (*debt-equity-swap*)

La reforma de la Ley concursal 38/2011 supuso un auténtico avance en el reconocimiento de la dación en pago en el concurso, aunque si bien es cierto de forma indirecta. A ello contribuyó el uso que se hizo del art. 43.2 de la LC por parte de los jueces de lo mercantil³², en un procedimiento concursal a través del cual ya se contemplaba la opción traslativa (y, en su caso, conservativa) de la empresa concursada en cualquiera de sus fases, convenida (a pesar de la dicción del 100.3 de la LC) o reglada, ex arts. 100.2 II-III y 148-149 LC, frente a la que fuera nuestra legislación derogada³³. Con ello se hizo posible la

³² Como veremos, los arts. 43.2 y 155.3-4 LC han permitido la enajenación autorizada judicialmente de bienes y derechos del concursado, aun cuando se trate de bienes sujetos a una garantía especial (aquí, y en principio, con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor). Y es que para ese acreedor hipotecario, muy probablemente, sea mejor opción una vía negociada al respecto (aun cuando con ello tenga que condonar parte de la misma, en su caso) que el tener que proceder a la realización forzosa de su garantía. AZOFRA VEGAS, F., «La agilización de la reestructuración del activo: «pre-pack» y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley Concursal», en *RcP*, 2012, núm. 17, pp. 131-143, p. 135.

³³ Indudablemente nuestra Ley concursal supuso un *paso adelante* en 2003, aunque ya nació con carencias, de hecho destacados autores como, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (en *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid/Barcelona, 2004. 14) destaca, (...) *el ordenamiento español y, sobre todo, el tráfico empresarial y financiero, pueden contar, por fin, con un Derecho Concursal mejor, en líneas generales, que el que se deroga. Se culmina así una aspiración profunda y largamente sentida en el Derecho patrimonial español: llevar a cabo, en el ámbito concursal, no la reforma perfecta, sino la reforma posible, es decir, una reforma capaz de abrirse camino en las actuales circunstancias políticas, sociales y económicas. De ahí que aunque en algunos puntos sea defectuosa y pueda generar problemas nuevos y de no menor entidad, con alguna incidencia sobre la funcionalidad misma del Derecho concursal (.....) esta reforma será siempre mejor que la permanencia en el Derecho vigente.*

enajenación/dación en pago de empresa «conservativa» al mismo tiempo que se tramitaba la fase común del concurso³⁴. Y ello, a través del régimen propio de la liquidación judicial, al permitírsele al deudor concursado solicitarla «en cualquier momento» y procederse a su apertura dentro de los 10 días siguientes, en detrimento del llamado convenio de asunción³⁵.

A ello se suman las últimas reformas de 2014, especialmente la reforma de Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, *de medidas urgentes en materia concursal* (núm. 217 Sábado 6 de septiembre de 2014) que completa y extiende (ya no solo al precurso) las medidas para favorecer la reestructuración y refinanciación de las deudas empresariales –aprobado el RD de 8 marzo 2014, convalidado a Ley de 1 de octubre de 2014, del mismo nombre– a la fase convenio.

Se amplían las posibilidades de extensión de los efectos del convenio a los acreedores «disidentes» y, en particular, a los acreedores privilegiados, en función de las mayorías que voten a favor. Respecto a los créditos privilegiados, sin modificar su clasificación, se crean cuatro clases diferenciadas, a efectos de la votación para la extensión del convenio, según se trate de acreedores laborales, públicos, financieros o el resto. Los acreedores privilegiados, tanto generales como especiales, mantienen su capacidad de adhesión voluntaria al convenio, pero se introduce la posibilidad de que se puedan extender los efectos del convenio a los acreedores privilegiados «disidentes». La condición es que voten a favor del mismo acreedores que representen amplios porcentajes del pasivo de cada una de las clases de créditos, dependiendo de las medidas a aplicar.

Si pese a todo, la empresa entra en liquidación, la norma establece una serie de mejoras técnicas respecto de los procedimientos actuales. Con el fin de facilitar la transmisión de unidades productivas de bienes o servicios del deudor, se incorporan tres medidas. En primer lugar, se permite la transmisión de contratos y licencias sin el consentimiento de terceros (contrapartes y administración). También se hace posible la transmisión de unidades productivas libre de obligaciones de pago preexistentes, salvo que se acuerde lo contrario o que lo disponga así la Ley como es el caso de salarios y obligaciones con la Seguridad Social. Finalmente, se permite la venta de unidades productivas con bienes dados en garantía, donde se elimina el consentimiento del acreedor, si

³⁴ PASTOR SEMPERE, C./HERNANDO CEBRIÁ, L., «La dación de la PYME como “unidad productiva” en pago de deudas en el acuerdo extrajudicial de pagos», *RcP*, núm. 22, 2015, pp. 353-368.

³⁵ Vid *in extenso*, GARNACHO CABANILLAS, L., *El convenio de Asunción*, Colección Estudios de Derecho Concursal, Madrid 2014.

el adquirente ocupa el lugar del deudor o si percibe el valor de la garantía; y, en otro caso, se prevén mayorías de arrastre, como veremos³⁶.

Comprobaremos que el RD-Ley 11/2014 aborda fundamentalmente dos tipos de medidas, según declaró el propio Ministro³⁷; primera la extensión de tres premisas ya introducidas en la fase preconcursal, a través del RD-Ley 4/2014, al propio convenio concursal, lo que supone considerar la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo, y la inclusión de una serie de medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad. No obstante siguen existiendo en la actualidad algunas trabas, que, bien durante la tramitación del proceso concursal, bien cuando la liquidación del concursado sea inevitable, están dificultando su venta³⁸.

Por lo que se refiere a los acuerdos extrajudiciales de pago regulados en el título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, las modificaciones contenidas en el Real Decreto-ley de 27 de febrero de 2015 –1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*–, tienen por finalidad flexibilizar su contenido y efectos, asimilando su regulación a la de los acuerdos de refinanciación de la Disposición Adicional cuarta. Como elementos principales del nuevo régimen están la ampliación de su ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarios, regulándose además un procedimiento simplificado para éstas; la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes.

³⁶ El art. 146.bis LC, dentro del Capítulo dedicado a la fase de liquidación, recoge una serie de especialidades aplicables en caso de transmisión de unidades productivas, con el objeto de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera unidades productivas. No obstante, este régimen tiene carácter más general, ya que se aplica por remisión expresa a la transmisión en la fase común (art. 43.3 LC) y a la que tenga lugar en el convenio (art. 100.2. III LC). A estos efectos deberá constar en el informe de la administración concursal la valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación (art. 75.2.5.º LC), para permitir una comparación de valores que justifique el recurso a determinados procedimientos.

³⁷ Consejo de Ministros, Madrid, viernes, 5 de septiembre de 2014. Disponible en:

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2014/refc20140905.aspx#Concursal>

³⁸ Nos indicaba CABANAS TREJO, R., «Una nueva reforma de la legislación concursal (RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal)», *Diario La Ley*, núm. 8406, Sección Doctrina, 24 de Octubre de 2014, Año XXXV. La salvedad expresa a favor del art. 149.2 LC, como norma propia de la fase de liquidación, obligaba a plantear si existe una remisión sucesiva, de tal modo que este segundo precepto también resulte aplicable a la enajenación en la fase común o en el convenio. Conviene recordar que hasta ahora ha sido normal esa aplicación, con un importante efecto exonerador para el adquirente (v.gr, AJM de Barcelona [10] de 19 de diciembre de 2013).

A ello ha contribuido sin duda, como veremos, la reforma publicada el 1 de marzo de 2012 por la que el régimen concursal alemán ha pasado por cambios significativos a través del *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* (conocida como *ESUG*, también como (*InsOuaÄndG*) –Ley para facilitar el saneamiento de las empresas– de 7 de diciembre de 2011) y que modifica aspectos esenciales de la *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994. Según el Ministerio de Justicia alemán³⁹, la ley proporciona la base para una nueva cultura de los procedimientos de insolvencia, que se enfoca en la supervivencia de la empresa y no en su liquidación, destacando la admisión de la posibilidad de conversión de deudas en acciones (*debt-equity-swap*), supuesto este técnicamente encuadrable en la dación en pago como decíamos. Ésta es, en efecto, una tendencia, que como advertimos en trabajos previos ya se recogía en el sistema alemán de insolvencia de 1994, cuestión que ha sido tratada por nuestra doctrina⁴⁰.

Y aquí es importante destacar que, como veremos al tratar *nuestro derecho histórico* (capítulo segundo), no estamos ante la *datio in solutum voluntaria*, sino más bien ante una *datio in solutum sui generis* que reproduce algunos de los caracteres de la llamada *datio in solutum necessaria justiniana*, que como se verá tiene lugar cuando la ley «obliga» al acreedor a aceptar la prestación sustitutiva ofrecida por el deudor, eso sí, siempre que se den los presupuestos exigidos legalmente y se cumpla el procedimiento previsto para el caso de que se trate. La dación en pago, aun con la oposición del acreedor, no es, por tanto, algo ajeno ni puede considerarse como un elemento que distorsione nues-

³⁹ <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/338/33871.html>. Los cambios podemos resumirlos en tres puntos: En primer lugar, la autonomía de los acreedores se fortalece a través de la creación de un comité de acreedores ya desde el inicio del concurso. En segundo lugar, los derechos del deudor dispuesto a sanear se refuerzan mediante un procedimiento de protección: en un período de tres meses, el deudor puede elaborar un plan de saneamiento que se implementará como plan de insolvencia. Este procedimiento protege al deudor, no sólo contra las medidas de ejecución, sino también contra la pérdida capacidad dispositiva. El tercer punto es la ampliación del proceso del plan de insolvencia. En particular, la conversión de deudas en acciones (*debt-equity-swap*).

⁴⁰ Nos remitimos a las excelentes obras que de manera exhaustiva abordan los diferentes modelos concursales de diferentes países, y que desbordan los límites de este trabajo. Especialmente a la monografía de GARNACHO CABANILLAS. L., *El convenio de Asunción*, Colección Estudios de Derecho Concursal, Madrid 2014. donde la autora no indica que *finalmente se ha plasmado desde 2006 en el régimen concursal italiano de quiebras para el que anteriormente se entendía, contrariamente (o, al menos, así lo hacía la doctrina), una limitación de contenido a aquellos supuestos específicamente recogidos en su Legge Fallimentare; sin olvidar tampoco la amplitud de miras con la que igualmente se regulara el plan de reorganización americano en el Código de quiebras de 1978. Dejamos a un lado el sistema concursal francés que, lejos de configurar sus institutos concursales desde una única perspectiva solutoria (como previsiblemente hacen aquellos otros ordenamientos), ha venido a considerar para ellos la necesidad de una finalidad esencialmente reorganizativa de empresas en situación de crisis económica (constitutivas –o no– de un estado de cesación de pagos) más allá de las pretensiones particulares de los sujetos afectados; nada que ver con nuestro ordenamiento jurídico.*

tro sistema de Derecho privado. Y ha sido una de las claves del éxito de procedimientos simples como *los Scheme of arrangement* anglosajones⁴¹.

De este modo, puede entenderse que, incluso, existe una cierta reminiscencia a nuestra tradición romanística a la hora de buscar *instrumentos para el nuevo paradigma de la insolvencia*. De algún modo, la introducción de las «mayorías de arrastre», no dejan, en cierta forma de ser una *datio in solutum* casi obligatoria para al disidente/arrastrado dentro de un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, acuerdo de refinanciación, o como contenido del convenio de continuación, –pues como veremos puede optar por la «propuesta alternativa de quita», aunque ello no se mencione expresamente en los acuerdos extrajudiciales–. Pero su éxito descansa, en el juicio sobre «la viabilidad de la empresa» que es la que debe convencer a la mayoría de acreedores para que acepte la *datio in solutum*. Y este es el capítulo que nuestro legislador sigue sin saber afrontar⁴².

En realidad, más bien podríamos decir que esta *datio in solutum* es necesaria desde el lado societario, es decir, de la «prácticamente imposición a los socios» (deudor) pues pueden tener que responder por las deudas de la sociedad que no hubieran sido abonadas en el procedimiento concursal –si el concurso se califica culpable ya no sólo pueden tener que hacer frente al pasivo restante (déficit) los administradores, liquidadores o apoderados generales, sino que también los socios de la persona jurídica concursada, «que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos»–⁴³.

⁴¹ Y otros, –muy similares a nuestros Acuerdos Extrajudiciales de Pagos (AEP)– denominados *company voluntary arrangements* previstos para sociedades de pequeñas dimensiones y que coexisten como trasunto para personas físicas con los *individual voluntary arrangements* y su versión simplificada, los *fast-track voluntary arrangement* («section 263 Insolvency Act»), que constituyen un procedimiento simple y poco costoso que permite un acuerdo entre el deudor, sus acreedores y socios en situaciones incluso anteriores a la insolvencia. Los *company voluntary agreements* han de ser aceptados por los acreedores, resultando «mínima» la intervención judicial que se limita a dirimir, en su caso, discrepancias entre la junta de acreedores y junta de socios y a tramitar la solicitud de anulación del acuerdo en caso de incumplimiento o fraude de acreedores. Es decir, el juez sólo interviniente ante el conflicto.

⁴² Pues bien, son muchos los aspectos del concurso que han sido modificados para «facilitarlo», como veremos en próximos capítulos. Así por citar un ejemplo la exposición de motivos del RDL 11/14 en la página 69869 del BOE resalta *Lo amplio de las mayorías cualificadas exigidas implica necesariamente que se trate de acuerdos fundamentados y acordes con la realidad del concursado y de sus acreedores. Piénsese además que si el 60 o 75 por ciento de los acreedores (según los casos) acuerdan para sus créditos privilegiados determinados sacrificios que parezcan imprescindibles para la viabilidad de la empresa y para recobrar la mayor parte posible del crédito pendiente (...)*. Con este extracto del expositivo se evidencia que el legislador parece ya valorar que si la propuesta de convenio (léase, modificación) es avalada por ese porcentaje de adhesiones es porque lleva implícito ya la viabilidad de la empresa para el cumplimiento de las condiciones del convenio. Cuestión discutible, como veremos *infra* capítulo quinto.

⁴³ (Publicado en: «BOE» núm. 58, de 8 de marzo de 2014, pp. 21944 a 21964), donde su exposición de motivos señala: *Con frecuencia, empresas realmente viables desde un punto de vista operativo (es decir susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario) se han tornado en inviables desde un punto de*

Negarse con causa razonable a la capitalización evitaría caer en este supuesto de *Datio in solutum necessaria* de los socios, pero entendemos que prácticamente será imposible. En cierta forma esta dación es consecuencia de la inexistencia en nuestro Derecho de sociedades de un deber genérico a cargo de los socios fundadores de fijar en el momento de constitución de la sociedad un capital proporcionado y suficiente para el desarrollo del objeto social y de la ausencia, a su vez, de un deber general de recapitalización de las sociedades, excepción hecha de las sociedades cooperativas.

Ahora, el legislador concursal propone una recapitalización que recae en los acreedores, como fórmula de desapalancamiento de la sociedad. El deber de abstención a la recapitalización puede verse como el contrapeso al privilegio de la limitación de responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad. Su oposición a la recapitalización en consecuencia implica, caso de declararse el concurso de la sociedad, la responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas de la sociedad⁴⁴.

En definitiva podemos adelantar la conclusión de esta monografía; la dación como instrumento técnico jurídico al servicio del que parece ser el *nuevo paradigma de la insolvencia*. O en otras palabras, enmarcada en nuestro Derecho concursal, que alinea todos sus procedimientos, incluidos los pre concursales, –sin distinción del tamaño de la empresa– a la orientación conservativa de la empresa, presente en mayor o menor medida en el conjunto del Derecho concursal comparado, y que tiene su reflejo en medidas concretas de conservación de la empresa como la paulatina aceptación de la dación en pago⁴⁵.

vista financiero. Ante esta situación existen dos alternativas: o bien liquidar la empresa en su conjunto, o bien sanearla desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. Parece evidente que la segunda alternativa es preferible a la primera, siendo en consecuencia obligación de los poderes públicos adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o «desapalancamiento». Esa es precisamente la finalidad de este real decreto-ley, que debe conjugarse con el máximo respeto a las legítimas expectativas de los acreedores, los cuales habrán de participar activamente y con las máximas garantías en estos procedimientos de alivio de carga financiera. Se trata en definitiva de favorecer también para ellos que una expectativa incierta de cobro de una cantidad elevada (en términos de capacidad de pago del deudor) se torne en una certeza razonable de cobro de una cantidad más reducida o sujeta a una mayor espera. Se trata de favorecer también los mecanismos para que la deuda pueda transformarse en capital. Sólo mediante el alivio de la deuda insostenible será posible lograr que vuelva a fluir el crédito, concebido no tanto como palanca sino como verdadera savia de la economía, puesto que el crédito es indispensable para atender los desfases entre cobros y pagos propios del giro empresarial y para acometer las inversiones verdaderamente productivas, siempre –claro está– que la deuda correspondiente sea soportable.

⁴⁴ PASTOR SEMPERE, C./HERNANDO CEBRIÁ, L., «La dación de la PYME como “unidad productiva” en pago de deudas en el acuerdo extrajudicial de pagos», *RcP*, núm. 22, 2015, pp. 353-368.

⁴⁵ Previstas en la fase común del concurso y de las que en última instancia depende la posibilidad de conservación, ya sea a través de un convenio de continuación o de una enajenación en bloque, así como del régimen jurídico del convenio, dedicándose especial atención a la «propuesta anticipada de convenio»,

Pasamos, pues, a examinar todas estas cuestiones a través del prisma de la dación en pago, como instrumento típico utilizado en las operaciones de refinanciación y reestructuración de deuda, tanto en la fase preconcursal como en la propiamente concursal, no sin desconocer que evidentemente el convenio anticipado, favorecerá una respuesta ágil, pues, este peculiar proceso de formación del convenio mediante la propuesta anticipada, permite que se le pueda considerar, como un medio de judicialización de los acuerdos extrajudiciales que no han podido ser concluidos, y atribuirle por esto una naturaleza híbrida, al reunir las ventajas tanto de una solución extraconcursal como de una solución concursal⁴⁶.

como medio de facilitar y anticipar el arreglo negociado. Sobre las mismas vid. ZABALETA DIAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*, Madrid, 2006. De esta misma autora, últimamente, «El Derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», BIB 2013\1720, *ADCo* núm.30, 2013.

⁴⁶ JACQUET YESTE, T («Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio» en *RcP*, núm. 18, Sección Estudios, Primer semestre de 2013, p. 107). el proceso de negociación extrajudicial de un acuerdo con los acreedores no resulta estéril aunque éste no llegue a concluirse, sino que, al contrario, el deudor puede aprovechar el tiempo y los recursos invertidos en las negociaciones extrajudiciales para presentar una propuesta anticipada. Por esta razón, nos indica la autora, el art. 106 LC no sólo propicia la negociación extrajudicial, que podría llegar a evitar la declaración de concurso, sino que también la protege. A la promoción y protección de la negociación extrajudicial dirigida a obtener un acuerdo entre el deudor y sus acreedores que pueda convertirse en una propuesta anticipada de convenio también contribuye, además del art. 106 LC, el art. 5 bis LC. Esta norma incentiva al deudor en situación de insolvencia actual a iniciar negociaciones extrajudiciales con sus acreedores al no exigirle el deber de solicitar la declaración de concurso durante tres meses si inicia negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada. Además, en virtud de dicha norma, si el deudor lograra un acuerdo durante ese periodo que consiguiera hacer desaparecer la situación de insolvencia del deudor, éste ya no estaría obligado a solicitar, pasados los tres meses, el concurso, pues ni puede exigirse al deudor que lo solicite si ha desaparecido el presupuesto objetivo ni el concurso puede ser declarado de oficio, y por consiguiente se evitaría el concurso.

CAPÍTULO 2

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO Y «SEGUNDA OPORTUNIDAD»

1. UN APUNTE HISTÓRICO SOBRE «EL PROCESO HUMANIZADOR DE LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS»

1.1 **La *datio in solutum* (dación en pago) como alternativa de pago en la concepción clásica de la responsabilidad por deudas**

Nuestro ordenamiento jurídico, una vez que se produce el incumplimiento, pone a disposición del acreedor un procedimiento para tratar de solucionar la frustración provocada por la falta de pago, que consiste en obligar al deudor a cumplir con su deber jurídico. El sistema de coerción previsto nuestro Derecho privado está limitado al patrimonio del sujeto (art. 1911 C.c.), por lo que sólo los bienes de contenido patrimonial pueden ser objeto de agresión por parte de los acreedores. Por ello, cuando el deudor deviene insolvente su patrimonio puede ser objeto de una ejecución individual, pudiendo por vía del embargo o de la ejecución de los bienes que lo componen, o puede ser objeto de una ejecución universal (Concurso) y el conjunto de bienes es objeto de una especial administración en beneficio de todos los interesados.

Este sistema, que acabamos brevemente de reseñar, era sin embargo extraño a épocas pasadas, donde la responsabilidad por incumplimiento estaba basada en medios coercitivos sobre la persona del deudor. En efecto, el estricto concepto de obligación existente en el antiguo Derecho romano ¹ permitió la rigurosa ejecución personal del deudor insolvente, en el supuesto de que el

¹ Obedece al principio inderogable *aliud por alio invito creditori solvi non potest* (ley 2, párr. 1.º, tit. 1, libro 12 del Digesto).

deudor no dispusiese de dinero efectivo suficiente para pagar la deuda en el momento de su satisfacción. Junto con la ejecución personal existió, a partir del siglo II a. C., una ejecución sobre los bienes del deudor que sin embargo no sustituyó a aquella, sino en los casos en los que la ejecución personal no era posible, como en las situaciones de fuga o desaparición del deudor².

A grandes rasgos, puede afirmarse, que en esta evolución el Derecho romano autorizó la *datio in solutum* (dación en pago) como una alternativa de pago en la ejecución de obligaciones pecuniarias, distinta a la regla general, que sustituye la entrega de dinero por la de bienes propiedad del deudor que sumen un valor equivalente a la prestación de lo debido. También como una alternativa a los procedimientos de ejecución de garantías.

Incluso, se le acompañó de una tendencia a declarar ciertos bienes inembargables³. Junto a ello, encontramos un caso excepcional de *inembargabilidad de bienes muebles*⁴, aunque la justificación de lo que podría parecer un precedente de la moderna inembargabilidad de los instrumentos de trabajo aparece en la norma constantiniana apoyada en un fundamento mucho menos «humanitario», pues no es otra que evitar que con el embargo se retrase el pago de los tributos (... *ex quo tributorum illatio retardatur*), es decir que *el interés*

² En una primera época del procedimiento civil romano, se constata como una vez transcurrido un período legítimo de treinta días, el deudor que habiendo sido condenado a pagar una suma de dinero (también aquél que hubiese confesado su deuda –*confesus*–) no hubiese procedido al pago, quedaba bajo el poder del acreedor, quien procedía contra él a través de la *legis actio per manus iniunctionem*. Si el deudor no era rescatado por un tercero que abonase la deuda, el acreedor adquiría entonces sobre el insolvente el derecho de vida o muerte, podía matarlo o venderlo como esclavo en el extranjero (*trans Tiberim*). Si eran varios los acreedores, el derecho a dar muerte al deudor pertenecía a todos por igual, y su cuerpo era despedazado y dividido entre ellos en satisfacción de sus créditos. Se admitió también una ejecución real especial para ciertos créditos privilegiados, de fecha muy antigua y revestida de fórmulas solemnes. En todos estos casos, el acreedor ejercitaba el derecho de una *pignoris capio* sobre el bien objeto de la obligación. El ejercicio de esta acción –*legis actio per pignoris capionem*– se podía hacer extrajudicialmente, es decir, sin la intervención del magistrado e incluso sin la presencia del deudor. El acreedor estaba obligado a pronunciar determinadas palabras solemnes, convirtiéndose en poseedor del objeto, aunque el deudor podía recuperarlo si satisfacía el crédito. Vid. L. FERNANDO REGLERO CAMPOS. *El pacto comisorio*, *Revista Aranzadi Civil*. núm. 1, 2007, pp. 1907-1938.

³ Caracalla advierte, en C.7.53.441, del 216, que el Presidente de la provincia no consentirá que se embarguen las soldadas más que como último recurso, cuando la cosa juzgada no se pueda ejecutar de otro modo, lo que parece indicar que el embargo de estos estipendios militares debería ir después de la toma en prenda de los otros créditos indiscutidos, DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, AA, Tesis doctoral presentada en la Universidad de Murcia el día 22 de junio de 2012 bajo el título «El embargo ejecutivo en la extraordinaria *cognitio (pignus in causa iudicati captum)*». Publicada, bajo licencia creative commons, por la Universidad de Murcia, en formato electrónico (visitado 09/10/2014) <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/27996/1/EL%20EMBARGO%20EJECUTIVO%20EN%20LA%20EXTRAORDINARIA%20COGNITIO.PDF>.

⁴ En una ley de Constantino, C.8.16.7, del 315, que prohíbe tomar en prenda, en ejecución de sentencias civiles, los esclavos o los bueyes que aran o los aperos de labranza (... *servos aratores aut boves aratorios aut instrumentum aratorum*...). DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A., «La ejecución de sentencias dinerarias en las Partidas», *RGDR* núm. 19, 2012.

del Fisco se sobrepone al del particular ejecutante. Esta regla aparece con una formulación mucho más escueta y general en una constitución de Honorio y Teodosio II, del año 414, recogida por los compiladores en C.8.16.843, que prohibía quitar, a causa de una prenda, algo que correspondiera al cultivo del campo y, como tal, llega al texto de las Partidas⁵.

Entonces, al igual que ahora, estas «soluciones» se enmarcaban en crisis económicas y monetarias por las que atravesó en determinadas épocas el Imperio Romano⁶. Destacándose de entre ellas, por sus implicaciones jurídicas, la del s. III d. C. que conllevó una reducción del valor real de la moneda romana y determinó que algunos impuestos se pagasen en especie, y el bajo poder adquisitivo que tenía dicha moneda incrementó el comercio a través del trueque de mercancías. Para intentar poner fin a la crisis del s. III d. C., el emperador Diocleciano ya en el s. IV d. C. suspendió el uso del denario, introduciendo

⁵ Como sigue indicando DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, AA, («El embargo ejecutivo en la extraordinaria *cognitio (pignus in causa iudicati captum)*» cit, pp. 196 y ss.) *No obstante, se aprecia en las fuentes una cierta vacilación entre esta solución y la, más expeditiva, de atribuir directamente al ejecutante la propiedad de los bienes embargados. Un rescripto de Alejandro Severo del 223, C.8.22.2pr., nos señala que así suele hacerse, aunque se cuida de advertir que esta enajenación se hacía por los oficiales del juzgador, esto es de aquél que decretó el embargo, y no por el actor que pidió la traba de los bienes: Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decrevit venumdari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit. El empleo de la palabra solet parece indicarnos que la venta era el recurso ordinario para conseguir la satisfacción del actor ejecutante, pero que no se excluía alguna otra posibilidad. Quizás se refiera a la eventualidad de un acuerdo convencional entre ejecutante y ejecutado que llevase a la transmisión de la propiedad del bien a este último, como una dación en pago in extremis, o, más probablemente, a la posibilidad, de que el ejecutante se adjudicase el objeto embargado, cuando no se encontrase comprador; sin olvidar que en las deudas fiscales parece haber sido posible una adjudicación directa al erario público. Lo mismo puede pensarse con la lectura del rescripto de Gordiano, del año 239, colocado por los compiladores a continuación del anterior, C.8.22.3, cuando apunta que era costumbre (consuerunt) que las prendas tomadas por autoridad del presidente como consecuencia de la sentencia se vendiesen preferiblemente y no se poseyeran por el ejecutante a título de dueño: In ca usa iudicati pignora ex auctoritate praesidis capta potius distrahi quam iure domini possideri consuerunt.*

⁶ No podemos dejar de realizar una breve alusión, pues existía en el mundo romano una situación de crisis económica con algunos puntos comparables con la actual. De los factores económicos habría que destacar la desaparición de la pequeña y mediana propiedad, que produjo el comienzo de los latifundios y las villas esclavistas y la devaluación monetaria. LÓPEZ GOBERNADO, J. C., nos indica en su trabajo «La crisis económica del siglo III en Roma», *AECE*, núm. 47, 2013, pp. 19-22, que la moneda romana por antonomasia el denario de plata, usada por los Romanos desde el s. III a. C. –tal y como el historiador romano Tito Livio recoge en el libro XV de Las Períocas dentro de su obra *Ab vrbe condita: Tunc primum populus R. argento uti coepit*– equivalía a dos quinarios, a cuatro sestercios, o a diez ases. El denario comenzó pesando una sexta parte de una onza (aproximadamente 4,54 gramos), pero tras la *Lex Flaminia* (217 a. C.) se fijó en 3,90 gramos y equivalía a 16 ases. Hasta el año 64 d. C. mantendrá su valor pero a partir de ese año se fue reduciendo su peso y con el emperador Septimio Severo (193-211 d. C.) el peso era ya sólo de 1,70 gramos. El emperador Caracalla (211-217 d. C.) introdujo el antoniano (su nombre real se ignora) cuyo valor se fijaba en dos denarios pero la moneda contenía una pobre cantidad de plata y una mayor cantidad de otros metales que produjo su paulatina depreciación. Gordiano III (238-244 d. C.) hizo que la nueva moneda sustituyese completamente al antiguo denario de plata, y posteriormente se acuñó solo con bronce. Como veremos, *infra* capítulo cuarto, el dinero en esta época tiene valor intrínseco, con lo que esta depreciación da idea de la situación económica que se vivió.

el argenteus y realizando una completa reestructuración de la economía y la política monetaria romana⁷. El efecto que provocó esta situación de crisis se haría más patente a lo largo de los siglos venideros y provocaría la irrupción del sistema feudal.

A nuestros efectos, en este proceso humanizador de la responsabilidad por deudas, se mantuvo *la involución que supuso la prohibición del pacto de lex commisoria*⁸, –si se contempla desde la perspectiva que nos da la historia– como veremos en próximos capítulos. En su momento histórico, este pacto habría servido para cubrir intereses ilegales bajo el excedente o *superfluum* del precio respecto a la cuantía real de la deuda y por eso fue excluido. En realidad se distorsionaba la naturaleza de la prenda convirtiéndola en una compraventa con fines de garantía en las que el valor del bien comisado era superior al crédito. Ahora bien, también es cierto que, ello tuvo un efecto negativo pues impidió la compensación del valor del objeto a modo de *datio in solutum*, y que por tanto se hizo como cautela en favor del acreedor. Al igual que ahora, se debatió sobre la cuestión de si una vez atribuida la propiedad de la cosa pignorada al acreedor, persistía para el deudor la obligación de pagar íntegra su deuda.

Podemos señalar, que hasta la abolición constantiniana de la *lex commisoria*, el año 326, debieron coexistir las dos formas de adjudicación de la prenda al acreedor pignoraticio: la adquisición directa, si se estableció la *lex com-*

⁷ Puede señalarse que prácticamente todos los historiadores coinciden en señalar que el comercio interior del Imperio Romano, forjado a lo largo de más de tres siglos, comenzó a descender. La depreciación monetaria hizo que los comerciantes perdiesen confianza en la moneda incrementando el trueque. El incremento de la inflación hizo que el comercio se hiciese cada vez más costoso y menos rentable. Esto provocó una menor actividad comercial y a su vez perjudicó a la industria que veía una gran caída de la demanda. El incremento de los pagos de impuestos en especie también provocó la pérdida de poder adquisitivo de los pequeños agricultores quienes apenas obtenían lo necesario para sobrevivir. El incremento general de la pobreza provocó una mayor inseguridad dentro de las fronteras del Imperio, e hizo disminuir aún más la actividad comercial por temor a ser asaltado durante los viajes. Los grandes latifundistas también se vieron afectados y ante la imposibilidad de seguir exportando bienes se centraron en la producción para los mercados locales, y empezando a engendrar el posterior sistema autárquico feudal. Esta profunda y decadente crisis de la que aquí simplemente damos noticia ha sido objeto de rigurosos estudios por historiadores de distintas épocas y países, nos remitimos a una buena guía sobre ella en España «la Crisis del siglo III en la historiografía española», por PEÑA CERVANTES, Y., en *Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua*, t. 13, 2000, pp. 469-492.

⁸ Si bien como indica D'ORS, A., (*Derecho privado romano*, Pamplona, 1989, p. 468) para luchar contra las prácticas usureras de los acreedores ávidos de encubrir intereses ilegales aparece en el año 320 la Constitución del emperador Constantino CTh.3.2.121: *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quid igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt*. El Emperador Constantino en su disposición legal establece la abolición haciéndose eco de los engaños y abusos que se cometen con el pacto comisorio sobre todo porque se entregan en garantía de comiso bienes de valor superior. En las primeras líneas de la constitución se justifica a modo de exposición de motivos las causas de la derogación *commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri*.

missoria, y, en caso no haberse convenido, la *impetratio dominio* cuando frustrase el ejercicio del *ius vendendi*⁹.

Si bien es difícil precisar si se tomó como modelo la *lex commissoria* o la *impetratio dominio*, se debe tener en cuenta que en la descripción que hace Ulpiano en la segunda parte de D.42.1.15.3., se deduce que el acreedor ejecutante, que prefería hacerse dueño de la cosa embargada, en caso de falta de comprador, debía contentarse con la cosa sin reclamar el resto de deuda. Parece, que concuerda más con la adquisición derivada de la *lex commissoria*, en la que se subrogaba la cosa con el crédito y el acreedor no tenía que devolver *superfluum* alguno al pignorante. Como señaló la doctrina, Ulpiano nos está diciendo, implícitamente, que el acreedor, debió cuidarse, a la hora de constituir la obligación, de conocer cuál era la situación patrimonial de su deudor y cargar con las consecuencias de su imprevisión, si después resultase que la

⁹ Como veremos, junto al principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, surgen las garantías de las obligaciones como modos específicos de reforzar y fortalecer la posición jurídica del acreedor, añadiendo un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito. Entre tales garantías figura la hipoteca, que constituye su forma más evolucionada y eficaz. Sin embargo, en un primer momento histórico se acude a la transmisión de la propiedad con fines de garantía (*fiducia cum creditore*), generando con ello un peligro de abusos del acreedor que cuenta con facultades desproporcionadas. Tales inconvenientes de potenciales abusos se corrigen mediante la prenda, de forma que la garantía se apoya en la entrega de la posesión, no de la propiedad. Pero con la prenda se debilita la posición del acreedor. Se pretende, por ello, corregir o compensar este debilitamiento mediante la concesión al acreedor de medios de autosatisfacción del crédito a través de dos vías: el pacto comisorio, y el pacto *de vendendo*. El primero encerraba, sin embargo, el peligro de un enriquecimiento injusto del acreedor, y por ello el Emperador Constantino lo prohibió. Por contra, el pacto que establecía el *ius vendendi* a favor del acreedor pignoraticio se hizo tan frecuente que la jurisprudencia romana (fines siglo II. d.c.) terminó por considerarlo como un elemento natural y consustancial de la prenda. Pero, a su vez, el desplazamiento posesorio planteaba serios inconvenientes para el deudor, el cual veía debilitada su posición económica por la pérdida de la posesión de la cosa pignorada, razón por lo que se introdujo la posibilidad de la prenda sin posesión (*pignus conventum* o «hipoteca»), en la que la entrega de la posesión se aplaza hasta que la obligación se incumpla, a fin de proceder a su venta. La garantía quedaba reducida, pues, al derecho concedido por el pacto «de vendendo» y la esencia de la hipoteca fijada en el «*ius vendendi*» que el acreedor podía ejercitar, si bien debía devolver el *superfluum* o remanente del precio obtenido. En esta evolución el último paso se produce por la sustitución de la posesión necesaria para la venta por la publicidad registral, que permite y posibilita la enajenación sin entrega de posesión, a través de los mecanismos registrales de publicidad y mediante el control estatal de aquella enajenación. Así pues, la hipoteca aparece ya en la actualidad conformada sobre la base del *ius vendendi*, como claramente queda reflejado en el artículo 1.858 de nuestro Código Civil, según el cual *Es de esencia de los contratos de prenda e hipoteca que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en qué consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*. Con ello el acreedor no necesita acudir a la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor; le basta realizar la garantía, vendiendo la cosa. El acreedor realiza así una «ejecución» pactada, que no forzosa. Por tanto, como dice Guilarte Zapatero, el *ius distrahendi* resulta manifestación y consecuencia de la naturaleza real de la garantía, ineludiblemente necesario para que la finalidad de seguridad que desenvuelve no resulte ilusoria. Este *ius distrahendi* unido a la sujeción de la cosa al cumplimiento de la obligación asegurada y a la preferencia que otorga a su titular para cobrarse del precio obtenido en la venta, constituye el nervio y contenido de este tipo de garantía. GUILARTE ZAPATERO, V., «Pactos en la hipoteca inmobiliaria», en AA. VV. *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, Vol. 2, Tomo 2, 1996, pp. 113-184.

prenda no era suficiente para cubrir el total de la deuda contraída. La *impetratio dominii*, para la prenda convencional, permaneció vigente durante toda la época postclásica y fue regulada minuciosamente por Justiniano, en una constitución del año 530 que los compiladores insertaron en C.8.33.3.¹⁰

Con posterioridad, para mantener la congruencia de los textos clásicos se introducirá el pacto marciano, como una dulcificación a la prohibición del pacto de *lex commissoria* en tanto en cuanto se adapta a la equivalencia de la deuda con el precio del objeto entregado en garantía y, en su caso la devolución del sobrante, donde se tenía en cuenta el justiprecio y la devolución del *superfluum*; lo que permitiría una *quasi datio in solutum* que implicaba una asunción directa de la garantía en la que el deudor además contaba con una cobertura legal temporal de dos años durante los cuales éste podía recuperar, conforme a C.8.33.(34).3., el objeto entregado¹¹.

Podemos decir, con carácter general, que los juristas romanos incluyeron sistemáticamente la *datio in solutum* dentro de las formas de extinción de las obligaciones, como veremos¹².

¹⁰ Como en tantos otros aspectos, la adjudicación de la cosa al acreedor insatisfecho debió ser importada al *pignus in causa iudicati captum* desde el *pignus* convencional. El *pignus in causa iudicati captum* tenía innegables similitudes con el *pignus* convencional. La única diferencia sustantiva era la ausencia de voluntad del ejecutado, en el caso del embargo. Debió haber discusiones entre los jurisconsultos clásicos sobre si eran dos instituciones diferentes, de lo que se hace eco Justiniano en C.8.21.2pr. del 530, donde, resuelve que ambas eran genero de una misma institución. Cuando al acreedor pignoraticio se le concedió la *actio quasi Serviana in rem*, se configuró como un *ius in re aliena* y abrió la posibilidad de la prenda sin desplazamiento posesorio (*pignus conventum*, o *hypoteca*). Su garantía era, en principio, un simple derecho de retención, pero se podía reforzar con pactos como el de *lex commissoria*, declarado nulo por Constantino y el de *vendendo*, que llegó a ser considerado elemento «natural» del negocio. Se realizó una consulta al Emperador Septimio Severo, que entonces gobernaba con su hijo Caracalla. Éstos, aconsejados por sus jurisconsultos, respondieron en un dictamen que, efectivamente, podía el acreedor adjudicarse el bien, pero también que debía contentarse con aquello y, si su valor era inferior a lo que se le debía, no podía reclamarle al deudor el resto de la deuda, porque, si había aceptado la cosa como pago, era como si hubiese reconocido que valía lo suficiente. Así nos lo cuenta Ulpiano en el D. (42.1.15.3) que, si el acreedor ejecutante se adjudicaba el bien embargado, debía contentarse con la adquisición del bien, sin poder pedir la diferencia. La fundamentación de esta opinión contiene una aplicación de lo que hoy llamamos «doctrina de los actos propios». Si el acreedor ejecutante aceptaba quedarse con la cosa era como si «rebajase» voluntariamente su crédito, reconociendo que el valor del objeto adjudicado equivalía a lo que se le debía. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, AA, «El embargo ejecutivo en la extraordinaria *cognitio (pignus in causa iudicati captum)*» cit.

¹¹ En opinión de ZAMORA MANZANO, J. L., (en «La *lex commissoria* y su prohibición en el *pignus*», *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, vol. LIV, 2007, p. 348, disponible en: <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2007/ZamoraR.pdf>) la respuesta de Marciano (D.20.1.16.9): *Potest ita fieri pignoris datio hypohecaeve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu vedetur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt*. Contiene un glosema en la expresión *rem iusto pretio tunc aestimandam*).

¹² Asimismo, Justiniano también reguló otro caso de *datio in solutum necessaria* en a favor de las *venerabiles domus*, es decir, de los establecimientos cristianos de beneficencia y caridad, los cuales, ante la imposibilidad de hacer frente al pago de sus deudas o de sus obligaciones fiscales, podían recurrir al pago mediante la entrega de bienes inmuebles de su propiedad, debiéndose cumplir una serie de requisitos

La referencia más remota que nos citan las fuentes en torno a la dación en pago, propiamente dicha, en concreto a la dación necesaria o *datio solutum necessaria*, se remonta a la época de Julio César, durante la guerra civil del siglo I a. C. Ello significa que, a pesar de su escaso éxito, de alguna manera el concepto de la dación en pago necesaria ya formaba parte del sistema jurídico romano en la época de Julio César¹³, aunque, como veremos, la dación en pago tal y como la conocemos nace en la época de Justiniano.

En efecto, tres siglos después, se inclina Justiniano, por la regulación de la *datio in solutum necessaria*; que, a grandes rasgos, estableció que los acreedores deben aceptar en pago bienes inmuebles del deudor cuando éste no disponga de dinero ni de otros bienes muebles y haya intentado inútilmente vender aquellos inmuebles. En ella se asentarán las bases normativas de la institución de la *datio in solutum necessaria* o *beneficium dationis in solutum*, perfilándose esta figura como un mecanismo que posibilitará la liberación de deudor sin consentimiento del acreedor y constreñirá a éste a aceptar un *aliud pro alio*¹⁴. En definitiva, la *datio in solutum* con Justiniano viene a solucionar el problema del incumplimiento de obligaciones de naturaleza pecuniaria, causado por el problema económico de reducción de dinero circulante¹⁵.

de procedimiento, de tal manera que el pago debía ser aceptado por sus acreedores. Por lo que hace a la naturaleza jurídica de la *datio in solutum* los juristas clásicos no se plantearon, al menos en toda su profundidad, el problema de la naturaleza jurídica de la dación en pago, dado también –como sabemos– el carácter casuístico y poco dado a abstracciones jurídicas de la jurisprudencia romana y, mucho menos –a diferencia de la generalidad de la doctrina civilista moderna– a ofrecer una «conceptualización» de la *datio in solutum* como convenio (consensual o real) entre el deudor y el acreedor en virtud del cual el primero ofrece y el segundo acepta el cambio de la prestación objeto de la obligación por otra distinta, sino que dichos juristas clásicos entendieron la *datio in solutum* como una mera forma de extinción –ciertamente anormal– de las obligaciones, en la que se ha de tener en cuenta fundamentalmente el consentimiento del acreedor frente a la propuesta del acreedor, centrándose la discusión jurisprudencial, en una primera época, en torno a si la eficacia extintiva de la *datio in solutum se daba ipso iure* con la realización de la datio, o bien sólo *ope exceptionis*, esto es, en vía procesal, por obra del pretor. Destacar que fueron los justinianos los que enuncian como regla en I. J. 3,29 pr. la eficacia extintiva de la *datio in solutum* en un fragmento en el que se parafrasea y resuelve definitivamente la *quaestio* planteada en Gai. 3,168 47. El fragmento contenido en I. J. 3,29 pr. es el siguiente: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sient debitor sive ignorante vel invito solutio fiat*. Vid. in extenso BLANCH NOUGUÉS, J. M., «Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la Dación en Pago (*Datio in Solutum*) en Derecho romano», *RGDR*, núm. 13, 2009.

¹³ In extenso, EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a A., «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria», en AA. VV. *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Coord. Salas Carceller, Cizur Menor, 2012, pp. 53-104.

¹⁴ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a A., «Crisis económica, falta de liquidez, y dación en pago necesaria. Un estudio del Párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo», cit, p. 48.

¹⁵ Cuando Julio César impuso la dación forzosa estaba obligado por las demandas populistas. Estableció medidas en la *Lex Julia de Pecuniis Mutuis* (del 49 a. C) para auxiliar a los prestatarios. Por un lado, les perdonó los intereses atrasados y desmontó del capital principal los créditos que había pagado. Y por otro, estableció que el acreedor cobraría lo que le debían con los bienes muebles e inmuebles del deudor.

Es evidente que se optó por la justicia, para que el deudor conservase su libertad y evitase caer en poder de su acreedor, siempre que la situación de insolvencia fuere fortuita o debida a una desgracia y no por mala fe.¹⁶ Quizá en ello fue decisivo el momento histórico, pues sabemos que a principios del siglo III d. C., se estaba en la antesala de la Gran Anarquía y el inicio de la decadencia y caída del Imperio Romano.

Pero la Novela 4,3 de Justiniano será determinante, no solo por cuanto estableció la regulación de la *datio in solutum necessaria* tanto en el ámbito material como procesal, sino porque será objeto de estudio por tratadistas medievales y renacentistas, siendo recibida en el *ius commune europeo*. Este tratamiento unitario que se establece en la Novela, permitió que los jueces competentes al efecto debieran realizar *una escrupulosa estimación de los bienes del deudor* y que hicieran entrega de la posesión de los inmuebles de mayor valor al acreedor con la finalidad de que con la entrega de éstos se verificara una dación en pago.

1.2 El *pretium iustum* medieval como regla de irrazonabilidad

Con la desaparición del Imperio Romano se retornará la concepción clásica de la responsabilidad sobre la persona del deudor, si bien concebida en términos subsidiarios respecto a la ejecución patrimonial¹⁷. Así en el Fuero Juzgo el deudor insolvente queda a disposición de su acreedor, quien le somete a una situación servil indefinida y en el Fuero Real el acreedor está legitima-

Tales bienes recibirían una valoración anterior a la guerra civil, para evitar posibles casos en que los deudores acabarían en bancarrota. Según MOMMSEN, Julio César había arbitrado una especie de dación en pago. Pero no fue una solución muy bien acogida. La idea de que prestamista y prestatario compartieran equitativamente las pérdidas no contentó a nadie. Y ello porque implicaba el nombramiento de árbitros que determinarían las «possessiones» y las «res» de los deudores conforme al valor prebélico que tuvieran. También, porque los deudores debían satisfacer a los acreedores con sus posesiones conforme al precio de antes de la guerra, y esto entrañaba una rebaja de un cuarto del débito. En realidad como sigue señalando el citado autor cuando Julio César impuso la dación forzosa, estaba en plena guerra civil, mientras que con Justiniano, el cual aceptó la teoría sabiniana, la dación tomará un carácter más social. (MOMMSEN, T. *Historia de Roma*, Madrid 2003).

¹⁶ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a A., «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria», en AA. VV. *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Coord. Salas Carceller, Cizur Menor, 2012, p. 61.

¹⁷ En la Baja Edad Media, la prisión del deudor está siempre subordinada a la ejecución patrimonial. La institución de la cesión de bienes aparece íntimamente conectada a la prisión por deudas y a la servidumbre del deudor: el deudor permanece encarcelado hasta que abandona sus bienes a sus acreedores, pero si éstos son insuficientes para cubrir toda la deuda, pasará a una situación de servidumbre personal y temporal en beneficio de los acreedores. La cesión de bienes es así considerada como un beneficio del deudor, quien abandona la prisión y se somete a una situación de servidumbre que, no obstante, podrá redimir mediante su trabajo.

do para obligar a trabajar al deudor en provecho de aquél. Serán las Partidas donde se expresa con mayor fuerza el *proceso humanizador de la responsabilidad por deudas* y de nuevo se concede al deudor el beneficio de la cesión de bienes, siempre orientada a evitar su encarcelamiento. El patrimonio del deudor es agredido en primer lugar y sólo si éste se niega a hacer la cesión de sus bienes, será conducido a prisión.

La figura de la *datio in solutum* se generalizó tanto en su variante voluntaria como en la necesaria. A esta segunda los glosadores y comentaristas de los siglos XII al XVI le dedicaron una atención especial por considerarla un instituto original y de gran importancia económico-social. Se produjo una teorización de aquélla, haciendo fortuna la idea de generalizar el *beneficium dationis in solutum* a todo deudor¹⁸.

La supresión del efecto comisorio, por el que el acreedor podía adquirir sin avalúo la cosa sujeta a garantía en caso de insatisfacción del derecho de crédito, sigue siendo una constante en nuestro Derecho histórico hasta la codificación¹⁹. La ejecución personal del deudor, por tanto, se mantiene en los

¹⁸ La mayor obra legislativa del Derecho Común que recogerá, en lengua castellana, los principales preceptos recibidos del Derecho Romano y del Canónico conformando un corpus que resultaría de aplicación normativa hasta la promulgación del Código Civil en 1889. Fernando III, en el siglo XIII, fue el primero que inició una labor de unificación de aquellos Fueros que constituían, básicamente, los Derechos locales de una región o de una ciudad. El rey manda traducir el *Liber Iudiciorum*, que recibió el nombre de *Fuero Juzgo*, a la lengua romance y lo otorga como fuero a varias poblaciones. Pero será con Alfonso X cuando el proceso de unificación del Derecho, paralelo a la prevalorización del poder real sobre los poderes señoriales y locales, alcanzará nuevos impulsos en su reinado, ya que en su época se publican el *Fuero Real*, el *Espéculo* y las *Siete Partidas*, cuya aspiración común es dar unidad y fijeza a todo el Derecho. Sin embargo, esta aspiración de unidad jurídica resultó fallida, ya que en estos textos observamos dos criterios diferentes, en el *Espéculo* y en *Las Partidas* se seguiría la tradición romana pero en el *Fuero Real* se seguiría la tradición germánica. Las *Siete Partidas* representa el apogeo de la recepción del derecho común de base romano-canónica en España. López Tovar habla de la presencia de la dación en pago en *Las Partidas* e insiste que se basan en la Novela 4,3 de Justiniano y hace hincapié en el hecho de que es el arbitrio judicial el que ha de determinar la sustitución de la prestación en atención al perjuicio que pudiera sufrir el deudor, siendo irrenunciable para el acreedor (LÓPEZ TOVAR, G., *Las Siete partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono*, glosadas por Gregorio López, T. II Madrid 1789, citado por EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., «Ley 493», AA. VV., *Comentarios al Fuero Nuevo*. Dir. Rubio Torrano, E, Cizur Menor, 2002). Esta dación en pago, permanecerá únicamente prevista en la Ley 493 del Compilación Foral de Navarra pues como pasamos a ver esta institución que fue desterrada por la codificación francesa y, por ende, por el Código Civil Español.

¹⁹ Así, la prohibición del pacto comisorio en el negocio constitutivo se recoge en *las Partidas* (P. 5.13.12: *Todo pleyto, que non sea contra derecho, nin contra buenas costumbres, puede ser puesto sobre las cosas que dan los omes a peños. Mas los otros non deven valer. E por ende dezimos, que si algun ome empeñasse su cosa a otro, a tal pleyto, diciendo assi, si vos non quitare este peño, hasta tal dia, otorgo que sea vuestro dende a delante, por esto que me prestas, o que sea vuestro comprado, que a tal pleyto como este non deve valer*), en las que, no obstante, se admite la adquisición por el acreedor cuando media el consentimiento posterior del propietario (P. 5.13.44: *El que tiene a peños alguna cosa de otri non la puede el comprar, si la quisiere el vender. Fueras ende si la comprasse el con otorgamiento, e con plazer de su Señor della*) Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Sentencia núm. 1009/2005 de 28 octubre JUR\2007\57523.

textos jurídicos hasta el siglo XIX, si bien, con el transcurrir del tiempo, la prisión por deudas se aplica cada vez menos y ya a finales del siglo XVIII la prisión por deudas estaba extinguida en toda Castilla.

Al mismo tiempo, la idea del *pretium iustum* en la compraventa se fue desarrollando paulatinamente en Derecho romano y aparece claramente admitida en la Compilación justiniana, considerándose su desarrollo en esta última como un reflejo de las ideas del Cristianismo. En la apreciación de esta exigencia confluyeron dos principios básicos del pensamiento jurídico de Roma: de una parte la *libertas*, que dejaba la fijación del precio a la voluntad de los contratantes, de otra la *iustitia*, que rechazaba un desequilibrio excesivo entre el valor de la cosa y el precio convenido. Es fácil pensar, como hace la doctrina más comúnmente admitida, que en Derecho clásico primase la libertad contractual, que admitía un precio injusto, siempre que hubiese sido aceptado por la voluntad de los contratantes, aunque no han faltado voces que mantengan lo contrario.

La necesidad del precio justo sería una consecuencia del «vulgarismo» postclásico, con su tendencia «moralizante» a impedir que los poderosos abusaran de los más débiles, y también del «naturalismo» que atendía preferentemente a los aspectos económicos (la *natura negotii*) por encima del rigor técnico de las categorías jurídicas, lo que supondría que, siendo el precio la contraprestación por la entrega de la cosa, debería haber un equilibrio entre la cantidad convenida y el valor del objeto.

Por otro lado, tampoco debemos olvidar que la economía medieval era una economía de subsistencia o «natural», en la que el artesano producía por encargo del consumidor y le cobraba el *iustum pretium*, el justo precio, que era la suma de los costes de producción y de su propia manutención. Este sistema impedía el enriquecimiento del productor.

La doctrina del *pretium iustum* fue en esencia una regla de irrazonabilidad²⁰, contra las transacciones opresivas y vergonzosas (*turpe lucrum*) y, al mismo tiempo, una regla de competencia desleal, contra la violación de las reglas

²⁰ Para los romanistas –*vid in extenso* la doctrina citada por DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, AA, («El embargo ejecutivo en la extraordinaria cognitio (pignus in causa iudicati captum)» *cit*, pp. 205 y ss.)–, la exigencia del justo precio en la compraventa y la posibilidad de rescisión *ultra dimidium* es, para la doctrina mayoritaria, de origen postclásico, o, incluso, exclusivamente justiniano, frente al principio de libertad contractual, propio del Derecho clásico. Se consideran interpolados C.4.44.2, C.4.44.8, C. Th. 3.1.14 (Brev. 3.1.14) y C. 4.44.15. Sin embargo la idea del «justo precio» la encontramos ya en textos imperiales de la época clásica tardía, referida a supuestos concretos. Así, para el *pignus in causa iudicati captum*, D.21.2.50, C.8.22.2.1 y C.8.40.18. Sin olvidar que, poco más tarde, dictó Diocleciano el «Edicto de Precios». Justiniano, establece en C.8.33.3, respecto al *pignus* convencional, reglas para evitar que la cosa se valore por un precio menor que el real en la adjudicación al acreedor (*impetratio domini*), lo que, posiblemente, fuera aplicable al *pignus* judicial.

del mercado. Como se ha señalado, *en el derecho de contratos, la razón y la justicia exigían un equilibrio de pérdidas y ganancias en ambas partes, de manera que las cosas o servicios intercambiados habían de ser de igual valor*²¹.

Ello obedece a la influencia del Derecho canónico y su cruzada contra la usura –desde una óptica más moral, que jurídica–, y por razones estructurales al sustituirse dicho pacto comisorio por el *ius distrahendi* o poder de realización de valor, y que, como veremos, en sus praxis actual ha devenido totalmente ineficiente para la que debe ser su finalidad *cobro de la deuda por el acreedor con el menor empobrecimiento posible del deudor*. Una doctrina que corrió paralela a otra doctrina del Derecho canónico como fue la de la prohibición de la usura, igualmente guiada por los criterios de la irrazonabilidad y de competencia desleal. Se condenaba el afán de lucro y, muy especialmente el préstamo a interés, fundado en el principio canónico de la esterilidad del dinero (*peccunia peccuniam non parit*). Este planteamiento sobre la licitud moral del préstamo a interés era condición previa a su reconocimiento jurídico, toda vez que no se produce una verdadera separación entre el *ethos* y el *ius*, entre la moral y el Derecho hasta la llegada de la Ilustración²², varios siglos después²³.

No obstante, desde la Baja Edad Media, las necesidades de seguridad y eficacia en las transacciones comerciales llevaron al auge del uso del dinero, frente al tradicional trueque en especie. El efecto de la desaparición de una

²¹ RUIZ MUÑOZ, M., «La calidad, el precio justo y la fijación del precio en función de los clientes» *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 12, *Sección Estudios*, Primer semestre de 2013, p. 15. *es con los canonistas y romanistas del siglo XII cuando se plantea con toda intensidad el principio del precio justo: en el derecho de contratos, la razón y la justicia exigían un equilibrio de pérdidas y ganancias en ambas partes, de manera que las cosas o servicios intercambiados habían de ser de igual valor. Partieron del principio de que normalmente el precio justo era la estimación común, es decir, el precio del mercado, sin que éste fuese un precio fijo, sino que variaba en función del tiempo y del lugar. Y en los casos de gran dificultad para su fijación, como sucedía con las tierras, se tomaba en consideración los ingresos obtenidos, las ventas hechas en lugares cercanos, o bien, si todo esto fallaba, la opinión de hombres con un buen conocimiento de los precios del lugar. Las posibles desviaciones se trataban como un error provocado, dependiendo de que la mala información hubiese sido deliberadamente transmitida o no por la otra parte; o bien como un supuesto de excesiva ganancia para una de las partes, de «lucro vergonzoso» o «sucio lucro» (turpe lucrum); pero sin que esto último significase la condena por el derecho canónico del lucro, que permitía la ganancia siempre que el motivo no fuese la codicia.*

²² Ello vendrá atemperado por la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura, publicado en GACETA de 24 de Julio de 1908. Volveremos sobre estas cuestiones. Vid. *infra* capítulo cuarto.

²³ A lo largo de la historia los filósofos han tratado de ahondar en los misterios del dinero, tanto por lo que se refiere al buen uso o al vil empleo que de él puede hacerse, como a desentrañar su auténtica naturaleza. Especialmente es destacable la Escolástica de los siglos XII y XIII, donde se retoma la idea de Aristóteles según la cual el dinero es *per se* un bien estéril, un medio y no un fin en sí mismo, negando la posibilidad de que el valor del dinero se incrementara con el transcurso del tiempo, y así SANTO TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theologica*, Ed. Dirigida por los Regentes de Estudios de las provincias Dominicanas en España, Madrid, 1990, p. 601.) afirma que con la práctica del interés *se vende el tiempo, que no puede ser propiedad individual*.

moneda común, la moneda romana, y su sustitución por tantas monedas nacionales y, sobre todo, la intensidad de la actividad comercial, van a propiciar la aceptación frecuente en las transacciones por parte de los acreedores de la *dación en pago voluntaria*, porque será un modo más seguro y cómodo.

Gracias a la *revolución monetaria*, en el Renacimiento la economía pasó a ser «mercantil». Este sistema permitió a los productores acumular capital y dinamizó la economía. Ello sentó las bases de la banca moderna y la aparición del banquero (para el cambio de moneda, la realización de pagos a distancia y el préstamo con interés) y, en consecuencia del dinero bancario. Inevitablemente a ello se unió el descubrimiento del Nuevo Mundo, que solo se podía acometer acudiendo a operaciones de crédito, lo que hizo que el oro español de América no circulara en España sino por Europa, produciendo según señaló un autor de la época, una gran especulación con los cambios de moneda entre los países europeos, y que en España llevó a una gran inflación especulando sobre el valor del dinero, que condujo inevitablemente a un alza desmesurada de los tipos de interés y a una extendida pobreza con el fenómeno anejo de la mendicidad²⁴.

Estamos en una época en la que el valor intrínseco del dinero empieza a perder su sentido. Ahora bien, podemos señalar a estos efectos que, los juristas, tradicionalmente, habían reducido el examen del dinero a su función de medio de pago, y no será hasta la llegada, en el siglo xx, de las contiendas mundiales con sus graves alteraciones monetarias generadoras de la quiebra nominalista, hasta que vuelve a ser objeto de discusión y estudio, como veremos²⁵.

²⁴ Tomás DE MERCADO, *Suma de tratos y contratos de mercaderes*, IV, Sevilla, 1570, p. 1 (citado por Torrent, A., «Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del derecho en el siglo XVI: un capítulo de los fundamentos del derecho europeo. I. Francisco de Vitoria, Domingo de Soto», Revista online, *Teoria e Storia del Diritto Privato*, núm. 6, 2013).

²⁵ En realidad, los juristas, tradicionalmente, habían reducido el examen del dinero a la función de pago, y, hasta la llegada, en el siglo xx, de las contiendas mundiales con sus graves alteraciones monetarias generadoras de la quiebra nominalista (El definidor contemporáneo del nominalismo es, como veremos, KNAPP, G. F., *Staatliche Theorie des Geldes*, Leipzig, 1905), no abordarán los aspectos fundamentales del dinero y las consecuencias que de tal quiebra se derivaban para la justicia de las relaciones jurídicas. Así son destacables las obras de NUSSBAU, A., *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, Tübingen, 1925.; ASCARELLI, T., *La moneta. Considerazioni di Diritto*, Padova, 1928; MANN, F. A., *The Legal Aspect of money*, London, 1932. Después de la Segunda Gran Guerra, NUSSBAUM, A., *Money in the Law National and International (Acomparative Study in the Bordeline of law and Economics)*, New York, 1950; ASCARELLI, T., *Obbligazioni (Arts. 1.277-1.284)*, Bologna-Roma, 1959; MANN, F. A., *The Legal Aspect of money*, 2.^a ed. Oxford, 1953; SCHMALZ, E. W., *Die Stabilität des Geldwertes als Problem des Privatrechts*, München, 1986. Entre los economistas, en el último cuarto de siglo xx se han desarrollado múltiples enfoques relacionados en mayor o menor medida con los conceptos y nociones apriorísticas o empíricas. En este sentido indica, ANDREU («Las definiciones del dinero y los límites del monetarismo», *SITUACIÓN, Revista de economía* editada por el Servicio de Estudios del Banco de Bilbao, núm. 3, 1986, pp. 49 y 50) que estos enfoques pueden agruparse: a) los que enfatizan la cualidad del

Puede concluirse que la *dación en pago voluntaria* como una alternativa de pago en la ejecución de obligaciones pecuniarias, en todo tipo de transacciones; así como la dación en pago necesaria –*beneficium dationis in solutum* generalizada a todo deudor, han tenido una notable importancia a lo largo del Derecho común europeo. Será con la llegada de los principios liberales que inspiraron la codificación del siglo XIX, cuando se produzca su arrinconamiento o casi desaparición de las legislaciones europeas, salvo excepciones, si bien, hoy en día sigue vigente en diversas legislaciones de países iberoamericanos y cada vez goza de una mayor tipicidad social²⁶.

1.3 La cesión de bienes en pago de deudas en la etapa codificadora

El cambio definitivo de orientación se producirá con el Código Napoleónico. La libertad de precios, según lo acordado por las partes, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos. El esquema liberal de nuestro Código civil sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la determinación de su respectivo precio o remuneración en orden a la autonomía privada de las partes contratantes, *pacta sunt servanda*. De esta forma, artículo 1293 de nuestro actual Código civil²⁷, subrayará la derogación de nuestro Derecho histórico, proscribiéndose la rescisión por lesión que afectase al tráfico patrimonial.

La dificultad de acomodar el principio de libertad negocial con la constrictión de la voluntad creditoria que entrañaba la dación necesaria su-

dinero de ser medio de pago tangible; b) los que recalcan la propiedad de ser medio de pago líquido; c) los que, eludiendo la tangibilidad o la liquidez, sólo se fijan en la condición del dinero de ser medio de pago; d) los que enfatizan básicamente la relación o correlación existente entre el dinero definido como convenio, el PIB y la demanda de dinero; y f) por fin, los enfoques que, basándose en las diversas características del dinero, enfatizarán, cada uno a su manera, la teoría neoclásica del mismo.

²⁶ BLANCH NOUGUÉS, J. M., «Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la Dación en Pago (*Datio in Solutum*) en Derecho romano», *RGDR*, núm. 13, 2009 y del mismo autor, «Acerca de la *datio in solutum* necesaria en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos», *RJUAM*, núm. 21, 2010-I, p. 35.

²⁷ A grandes rasgos, mientras el Código civil común, en sus artículos 1291 y siguientes, prevé la rescisión por lesión principalmente en los casos de contratos en perjuicio de incapaces, tutelados y ausentes; esta pervive en nuestro Derecho Foral. Así la Compilación catalana no condiciona la rescisión a ninguna cualidad subjetiva del transmitente. La Compilación de Derecho civil de Catalunya, aprobada por Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, («DOG» núm. 456, de 27 de julio de 1984, pp. 2205-2239) regula en sus artículos 321 y siguientes el ejercicio del derecho de los transmitentes a rescindir la transmisión de bienes inmuebles cuyo precio o contraprestación sea inferior a la mitad del valor de mercado de dichos inmuebles. Esta facultad se conoce como *rescisión por lesión ultra dimidium* (esto es, en más de la mitad) y tiene connotaciones diferentes a la rescisión por lesión prevista y regulada en el Código civil común.

pondría, igualmente, la erradicación de la dación en pago de la regulación sustantiva²⁸.

No nos estamos refiriendo a la *datio in solutum voluntaria*, sino a la llamada *datio in solutum necessaria* que es la que tiene lugar cuando la ley «obliga» al acreedor a aceptar la prestación sustitutiva ofrecida por el deudor. Eso sí, siempre que se den los presupuestos exigidos legalmente y se cumpla el procedimiento previsto para el caso de que se trate (esta *datio in solutum* se debe a Justiniano) y que como hemos visto estableció que los acreedores deben aceptar en pago bienes inmuebles del deudor cuando éste no disponga de dinero ni de otros bienes muebles y haya intentado inútilmente vender aquellos inmuebles *beneficium dationis in solutum*²⁹.

Por lo que se refiere a dación en pago la doctrina francesa clásica³⁰, no llego a vislumbrar un concepto unitario de esta figura³¹, razón por la cual los autores manifiestan opiniones contrarias³². La dación en pago no fue recoge-

²⁸ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a A., «Crisis económica, falta de liquidez, y dación en pago necesaria. Un estudio del Párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo», cit. pp. 57-59.

²⁹ Como se ha señalado (EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a A., «Crisis económica, falta de liquidez, y dación en pago necesaria. Un estudio del Párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo» *Revista Jurídica de Navarra*, Enero-Junio, 2011, núm. 51, p. 58), GARCÍA GOYENA en el Proyecto de Código civil de 1852, asumirá los planteamientos del Código Napoleónico, proponiendo en el artículo 1.089 que *el deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual ó mayor valor que la debida*. La previsión la justifica en el principio de *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, consagrado en los precedentes romanos y legislación de las Partidas. Admite la existencia de algunas excepciones que entienden que son «hijas de la necesidad», *tomadas del Derecho Romano*, y que identifica con la Nov. 4, 3 que *concedía al deudor que no tenía dineros ni bienes muebles para proporcionarlos la facultad de pagar en fincas por su justa estimación, si el acreedor no prefería procurar un comprador de ellas*. El aspecto más significativo de su argumentación es el reconocimiento explícito de la exclusión de dicha excepción –la dación en pago necesaria–, institución que afirma *se ha observado hasta ahora en Navarra, pero nunca en Castilla*.

³⁰ Señalar las contradicciones que BELINCHÓN ROMO pone de manifiesto («Nociones generales sobre la dación en pago», *revista on-line del CES Felipe II de Aranjuez Universidad Complutense de Madrid*, p. 13) en las obras de Laurent, Beudant, Pont, autores que abordan la dación desde diferentes perspectivas en función de la materia que traten en cada pasaje de su obra. Quizá fue esa notable confusión formada en torno a la dación en pago lo que causa su ausencia, con un régimen jurídico propio, en nuestro Código civil, cuestión que por otra parte no sucede con la institución próxima la cesión de bienes que se va configurando como un mecanismo orientado a templar las graves consecuencias del incumplimiento de la obligación que recaen sobre la persona del deudor y, por otro, se acentúa el carácter satisfactorio del crédito que define a la cesión de bienes.

³¹ Sobre esta materia véase la monografía de SERRANO CHAMORRO, M.^a E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Cizur Menor (Navarra), 2006 (y la completa bibliografía allí citada), en la que se resumen las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago. También destacamos la monografía que aborda este tema en el ámbito de la doctrina francesa actual: BICHERON, F., *La datio en paiement*, Paris, 2006.

³² En efecto, en el Proyecto de Código civil de 1851 se introduce la cesión de bienes en el capítulo V, título V del libro III, denominado «De la extinción de las obligaciones». También aquí se distingue entre una cesión de bienes convencional y otra judicial (art. 1146) y se establece que uno de los efectos de esta última es que el deudor queda libre del apremio personal. En atención a este efecto, GARCÍA GOYENA expone acertadamente lo siguiente: *De esto podría inferirse que no ha lugar a la cesión, sino cuando, en*

da de forma expresa en la codificación española³³. Y es que a diferencia de los Códigos civiles alemán e italiano, el nuestro no regula en forma expresa la figura, pero su admisibilidad no puede ponerse en duda al amparo del principio general de la autonomía de la voluntad ex. art. 1255 C.c., así como de las distintas alusiones a la misma en el transcurso de su articulado (art. 1521, que contempla el retracto legal; art. 1636, sobre el derecho de tanteo y retracto en el censo enfitéutico; art. 1849, al hablar de la extinción de la fianza)³⁴. *La datio in solutum voluntaria, sigue siendo admisible como vemos, pero atípica legalmente.*

Puede apreciarse en este proceso humanizador de la responsabilidad por deudas, cómo el Código civil francés introduce, a modo de «dulcificación» por la pérdida de la *beneficium dationis in solutum* un importante correctivo, en cuanto reconoce expresamente la existencia de una cesión de bienes de carácter extrajudicial que coexiste con la clásica figura de la cesión de bienes judicial, orientada a liberar al deudor de la prisión.

Sin perjuicio de que se volverá sobre ello en el siguiente capítulo, dentro de este proceso humanizador de la responsabilidad por deudas debemos seña-

el caso de no hacerse, procede el apremio personal; y así se dice en el discurso 60 francés; pero yo no veo por qué un deudor de buena fe y desgraciado no ha de poder liberarse de molestias y gastos, cuando este desprendimiento sella de nuevo su buena fe, y no perjudica a sus acreedores. En Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Zaragoza, 1974. Al art. 1775.

³³ Como nos aclara LACRUZ MANTECÓN, M. L., en «La moderna Dación en pago», en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre, 2014, *Ensayos*, pp. 89-103. El Código civil no regula la dación en pago, ni la voluntaria ni la necesaria. Es posible la voluntaria, naturalmente, pues concurriendo el acuerdo de las partes en el *aliud pro alio*, ningún obstáculo puede haber en su aceptación. Pero para este resultado bastan las reglas generales y el uso de la autonomía de la voluntad. Explica Blanch que la razón de la falta de regulación de la dación en pago en nuestro Código civil está en la doctrina francesa clásica (DOMAT, POTHIER), que sustentó una postura diferente a la europea de la época, negando que el *beneficium dationis in solutum* encontrase acogida en el Derecho francés, pues dicha institución resultaba contraria a los postulados del libre comercio al imponer el *aliud pro alio* al acreedor. Por ello no pasó al Código Napoleónico ni a los códigos civiles europeos del siglo XIX. Esta influencia francesa explica la poca atención de la doctrina civilista española de los dos siglos pasados hacia esta figura, e igualmente el que tampoco se aluda a la dación en pago necesaria en nuestro Código Civil. El Código de procedimiento civil francés de 1806 que en la ejecución de las garantías obligaba al acreedor a proponer una oferta de adquisición del bien ejecutado, quedando obligado a adjudicárselo por ese importe en caso de que la subasta quedara desierta. El Código francés desterró la institución de la dación en pago necesaria. Es importante citar que algunos códigos de esta época, como el Código de 1781 (*Allgemeine Gerichtsordnung für Böhmeim, Mähren, Schlesien, Oesterreich ob, und unter der Ennß, Steyermarkt, Kärnten, Krain, Görz, Gradi sk a, Triest, Tyrol, und die Vorlanden*) o el Código italiano de 1852 (*Codice di procedure civile per gli Stati estensi*) desplazan la figura de la *datio in solutum necessaria* al ámbito del proceso civil, pues solo se aplicaría si al último remedio del procedimiento de ejecución, las pujas quedaran desiertas. Pero la excepción a esta corriente general la tenemos en el Código civil austríaco de 1811 (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch –ABGB–*) que reconocerá en su artículo 1.414 la posibilidad de que el deudor pueda liberarse entregando un *aliud pro alio* si no puede realizar el pago, incluso en determinados supuestos, aunque no lo consintiera el acreedor.

³⁴ SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago, su incidencia en los convenios concursales*, pp. 78 y ss.

lar que en cuanto a las características propias de la figura de la *cesión de bienes* en el Proyecto de Código civil de 1851, se establece que los efectos de la cesión convencional serán los acordados entre las partes. En esta clase de cesión no hay intervención alguna del órgano jurisdiccional, ni son necesarias formalidades especiales. Deudor y acreedores pueden establecer los pactos que tengan por convenientes. A falta de pacto especial, los efectos serán los establecidos para la cesión judicial.

Se recoge igualmente en el Proyecto de Código civil de 1851, cuyo art. 1775 dice en su primer inciso que *El acreedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella aunque se hubiese estipulado*, precepto aplicable igualmente a la hipoteca (art. 1806). Finalmente, quedará redactado el artículo 1175 C.c. segundo párrafo que *Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél (el deudor) de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos*³⁵. En definitiva, como veremos, parece que la prohibición de pacto de *lex commisorio* se extendía no sólo al pacto otorgado en el negocio constitutivo, sino también al que pudieran alcanzar las partes en un momento posterior, sin perjuicio de la admisibilidad de una opción de compra condicionada en favor del acreedor pignoraticio o hipotecario³⁶.

Podemos concluir afirmando que, a mediados del siglo XIX la prisión por deudas es un mero vestigio del pasado (la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855

³⁵ Ahora bien, la función satisfactoria de la cesión de bienes no puede ser confundida con un carácter extintivo de la relación obligatoria. Ya GARCÍA GOYENA nos advierte de la confusión al proclamar que *ni el Derecho Romano ni el nuestro cuentan entre los modos de extinguirse las obligaciones la cesión de bienes, pues que si el deudor llega a mejor fortuna, puede ser compelido al pago, salvo el beneficio de competencia*. Nuestro artículo 1175 C.c. dispone en su segundo párrafo que *Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél (el deudor) de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos*. El deudor que ha hecho cesión de bienes sigue obligado frente a sus acreedores hasta el completo pago de la deuda, lo cual demuestra que la figura no goza de un carácter extintivo inmediato de la deuda, siempre a salvo el pacto en contrario. Por su parte, en referencia a la prohibición del pacto comisorio GARCÍA GOYENA justificaba la sanción de nulidad expresa del pacto comisorio estipulado, *porque, permitido este pacto, el hombre necesitado sería siempre víctima del prestamista codicioso, y éste encuentra seguridad de ser pagado en la prenda, cuyo valor rara vez deja de exceder con mucho al de la cantidad prestada*. – GARCÍA GOYENA, F., «art. 1775» *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. (reimpresión de la edición de Madrid, 1852), Zaragoza, 1974.

³⁶ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Sentencia núm. 1009/2005 de 28 octubre JUR\2007\57523 El art. 1.775 del Proyecto de 1851 prohibió que el acreedor se apropiara de *la cosa recibida en prenda* o dispusiera de ella, *aunque así se hubiera estipulado, si bien con posibilidad de adjudicársela en la subasta pública a falta de postura legalmente admisible, por el precio mismo en que un tercero habría podido rematarla con arreglo a la Ley*. Aunque en el título sobre la prenda, del Anteproyecto de 1.882 admitió el «pacto en contrario» a la anteriormente citada regla general, inspirado en una corriente de ideas liberalizadoras de las tasas sobre interés, es lo cierto que la prohibición llegó al Código civil, que en el art. 1.859, prohíbe que el acreedor pueda *apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas y en el art. 1.884, para la anticresis, excluye la posibilidad de que el acreedor adquiera la propiedad del inmueble, por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido*.

no alude a esta institución) y la dación en pago no aparece en nuestro actual Código civil, lo que unido a la dualidad de funciones que en la etapa codificadora han sido asignadas a la figura de la cesión de bienes (la cesión aparece como un medio para evitar la prisión por deudas, pero también como objeto de un posible acuerdo entre el deudor y los acreedores encaminado a la realización de los créditos no satisfechos), demuestra como con la desaparición del apremio personal del ámbito material y jurídico, la cesión de bienes a los acreedores adopta un papel exclusivamente orientado a la satisfacción de los derechos de crédito.

En definitiva, ello implicó que el origen convencional de la figura asuma un lugar preponderante dentro del sistema y un arrinconamiento de la dación en pago «necesaria» *–hasta su revitalización en las últimas reformas concursales–*. Y ello a pesar de ser instituciones diferentes que cumplen funciones diferentes, tal y como comprobaremos en el capítulo tercero dedicado a la dación en pago en nuestro sistema jurídico de Derecho privado. Otro tanto cabe señalar con respecto a la dación en pago «voluntarias», pues son candidatas firmes a ser rescindidas en un eventual concurso, lo cual, sin duda, frena la aceptación por el acreedor de esta forma de extinción de las obligaciones pecuniarias.

2. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD «POR DEUDAS» EN LA ACTUALIDAD Y CONCURSO

2.1 El art. 1911 del Código civil y concurso de acreedores

A pesar de que, como acabamos de señalar, el concepto de patrimonio no forma parte de los términos técnicos utilizados en el momento de la redacción de nuestro Código civil, donde aparece muy esporádicamente, es necesaria su definición para perfilar lo que la doctrina denomina el «soporte objetivo de la responsabilidad del deudor».

Así el art. 1911 del Código civil establece *del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*. En efecto, cuando el deudor deviene insolvente su patrimonio puede ser objeto de una ejecución individual, pudiendo por vía del embargo o de la ejecución de los bienes que lo componen, o puede ser objeto de una ejecución universal (Concurso) y el conjunto de bienes es objeto de una especial administración en beneficio de todos los interesados.

Se ha señalado críticamente por algún sector doctrinal que la afección de todos los bienes presentes y futuros del deudor al cumplimiento de sus obligaciones no obliga a crear una noción previa del patrimonio para explicarla. La responsabilidad universal del deudor no deriva de aquella noción, sino de la propia Ley. El artículo 1.911 del Código civil no confiere al acreedor «un derecho real de garantía» en el concepto jurídico propio del término, que entrañe una «afección real» de todo el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación. Pues la noción de garantía, que implica un refuerzo singular del crédito, es en sí misma incompatible con la idea de un derecho subjetivo autónomo que afecte al completo patrimonio de la persona, ya que resulta común por hipótesis a cualquiera y todo el que tenga la condición de acreedor³⁷.

Y no es irrelevante a estos efectos destacar que el fundamento jurídico a responsabilidad del hipotecado con todos sus bienes, presentes y futuros, y no solo con el bien inmueble hipotecado lo encontramos en el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, que se refiere al artículo 1.911 del Código civil³⁸. En España el ordenamiento jurídico impide limitar la responsabilidad hipotecaria a la garantía del crédito —es decir, al inmueble en cuestión— a no ser que sea a través de un acuerdo previo a la firma del préstamo entre las dos partes.

Ahora bien, nada obsta, a que la responsabilidad se pueda limitar a bienes concretos y se restrinja a éstos el poder de agresión del acreedor. Así son válidos los pactos que circunscriben la responsabilidad a los bienes hipotecados (artículo 140 LH). Como vemos, en nuestro actual sistema no puede afirmarse con rotundidad que no tenga cabida la *jingle mail*, del sistema estadounidense³⁹.

La posibilidad de la dación en pago, que en la actualidad se reclama para inmuebles hipotecados, en nuestro sistema es algo tan sencillo como recomendar que se introduzcan en sus escrituras una cláusula («pacto marciano»), como veremos, que consista en acuerdos de adquisición de la finca hipotecada para los casos de impagos de las cuotas hipotecarias, siempre que el precio no se identifique con el valor de la deuda hipotecaria y se determinen los mecanismos de evaluación o tasación de la finca hipotecada de forma objetiva. Es

³⁷ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, vol. I., Madrid, 1988, pp. 387 y ss.

³⁸ Sí es posible limitar la responsabilidad del hipotecado a la pérdida del inmueble, en base al artículo 140 de la Ley Hipotecaria, que dice: *No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados y que la entrega de la casa hipotecada cancele la deuda pendiente del préstamo, manteniendo el resto de características de las hipotecas.*

³⁹ Las hipotecas residenciales españolas son diferentes de las de los Estados Unidos porque aquellas son deudas «con recurso», es decir, la deuda está asignada al prestatario individual, y no a la propiedad subyacente como en Estados Unidos. Al devolver la vivienda la hipoteca queda cancelada, lo que se conoce gráficamente como cláusula sonajero (*jingle-mail*) por aquello de dejar las llaves de la casa sobre el mostrador del banco en cuestión, o remitírselas, simplemente, por correo.

decir, *que el banco se quede el inmueble y cancele la deuda*, si bien en base a un precio tasado para evitar que se perjudique al deudor obligado a renunciar a una vivienda que puede valer mucho más⁴⁰.

De cualquier modo, como veremos, la actual configuración legal de las subastas en muchos casos impide, en la práctica, que los resultados obtenidos mediante este procedimiento sean plenamente satisfactorios para las partes, ya que a través de ellas no se logra vender los bienes por su valor real o de mercado y, en muchas ocasiones ni siquiera existen licitadores interesados en la adquisición del bien subastado, viéndose obligado el acreedor ejecutante a adjudicarse en pago de la deuda el bien subastado. En este sentido, el art. 1872 Código civil (en adelante C.c) establece que en el supuesto de que en segunda subasta no se obtengan resultados, el acreedor podrá hacerse dueño de la cosa dada en prenda, si bien estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito. Son muchos los supuestos en la práctica en los que la ejecución mediante la subasta judicial puede calificarse como «injusta» al permitir que el acreedor ejecutante se adjudique el bien subastado por un precio irrisorio y posteriormente éste pueda ejercitar una acción personal contra el deudor para reclamar el pago del resto de la deuda.

No obstante estas críticas a la noción de patrimonio, no se puede evitar que en determinados casos previstos por la Ley, exista una masa de bienes compuesta por elementos heterogéneos a los que hace objeto de un mismo tratamiento jurídico y así siguiendo al profesor Díez-Picazo podemos definirlo

⁴⁰ Nos indica LACRUZ MANTECÓN, M. L., [en «La moderna Dación en Pago», en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014). *Ensayos*, pp. 89-103] que podríamos pensar en un cierto equilibrio ecológico, en el sentido de adaptación, y pensar que instituciones como la dación en pago, o la limitación de la responsabilidad, son organismos que prosperan en un clima de crisis económica y se retraen en uno de prosperidad, para permanecer latentes hasta que una nueva crisis les hace renacer. *Es muy interesante el origen de este artículo 140. Esta hipoteca, o este pacto de limitación de la responsabilidad proviene de la reforma 1944-1946 de la Ley Hipotecaria, pero su origen está, según Roca Sastre, en la ley cubana de 3 de abril de 1933, confirmada y ampliada por el Decreto-ley de 7 de enero de 1936, que adicionó a los artículos 1876 del Código civil y 105 de la Ley Hipotecaria de dicha nación varios preceptos en los cuales se dispuso que el acreedor no podrá, en ningún caso, dirigirse por acción personal o de otra clase, ni por ningún otro procedimiento, contra otros bienes del deudor que no fuesen objeto del contrato de hipoteca, y, en consecuencia, los jueces o tribunales no podían sustanciar procedimiento alguno dirigido contra otros bienes, presentes o futuros, del deudor, para hacer efectivas las obligaciones garantizadas por contratos de hipoteca. Pero además, y esto es particularmente revelador, dichas reformas se introducen en un contexto de crisis en Cuba en la que, en palabras del hipotecarista cubano AGUIRRE (recogidas por ROCA), [...] la propiedad inmueble sufrió una desvalorización extraordinaria. Para evitar el cataclismo y ruina de la propiedad deudora, se dictaron varias disposiciones sobre moratoria hipotecaria, que suspendieron el cumplimiento de todas las obligaciones garantizadas con hipoteca y ordenaron el pago de un módico interés. La liquidación de tan oscuro proceso jurídico-económico tuvo lugar en virtud de la llamada moratoria constitucional establecida en la disposición transitoria del título IV de la Constitución de Cuba del año 1940.*

como el complejo o conjunto de relaciones jurídicas valuables en dinero que pertenecen a la esfera jurídica de una persona, activa o pasivamente.

El art. 76 LC determina que constituye la masa activa del concurso no sólo aquellos bienes y derechos que a la fecha de la declaración del concurso formen parte del patrimonio, sin que quepa distinguir entre patrimonio civil y mercantil, del deudor sino también aquellos que, a pesar de haber salido de él en virtud del art. 71 LC deban ser reintegrados, a través de las acciones rescisorias y de los que adquiera hasta la conclusión del procedimiento.

Naturalmente el art. 76.2 LC exceptúa de lo señalado los bienes que sean legalmente inembargables (arts. 605 y ss. LEC)⁴¹. Como señalamos, nuestra LC no ha sido precisa en esta materia. No integra, dentro del Título IV una de las operaciones que suponen incrementar la masa activa, como es la relativa a las acciones de reintegración (art. 71 LC), que las contempla en el Capítulo IV del Título III (de los efectos de la declaración del concurso). Y, en fin, tampoco se refiere, dentro del Capítulo II (de la determinación de la masa activa), a las deudas de la masa que, al ser prededucibles, suponen una auténtica operación de reducción de la masa activa, que se trata en el Capítulo III (de la determinación de la masa pasiva).

La delimitación de los bienes en poder del deudor que pueden quedar afectos a la ejecución se realiza aplicando los mismos criterios que en la ejecución singular: tales bienes y derechos deben reunir una característica subjetiva (la pertenencia al deudor) y tres objetivas (contenido patrimonial, alienabilidad y embargabilidad). A este contenido responde el inventario que deben formar los administradores concursales, ex art. 82 LC⁴², ya que el mismo con-

⁴¹ La razón de la inembargabilidad establecida en el art. 606 LEC, (mobiliario, menaje de la casa, ropas no superfluas, alimentos, combustible, libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, etc.) encuentra su fundamento en que el derecho a la ejecución ha de tener un límite para que se garantice el mantenimiento de un *mínimo vital* del deudor protegido de la acción ejecutiva para que el deudor tenga la posibilidad de mantener una existencia digna (STC 113/1989 de 22 de junio). La afección, contraria al art. 606 LEC, de los bienes que constituyen el marco intangible de los bienes del deudor es nula de pleno derecho según el art. 609 LEC.

⁴² La tradicional *separatio ex iure dominii*. Dentro de los supuestos de reducción de la masa, se contemplan por la doctrina dos situaciones que, en principio, parecen radicalmente distintas: En primer lugar, la facultad atribuida a los titulares de bienes o derechos que se encuentran en poder del deudor en el momento de la apertura del procedimiento para excluir dichos bienes o derechos de la masa, impidiendo que puedan servir a la satisfacción de los acreedores (*separatio ex iure dominii*). En segundo lugar, la facultad atribuida a determinados acreedores para satisfacerse al margen del procedimiento de quiebra (derecho de ejecución separada). Sólo existe derecho de separación cuando se ejercita respecto de bienes inicialmente integrados dentro de la masa del concurso, una pretensión dirigida a obtener el reconocimiento de que tales bienes pertenecen al demandante, y no pueden, en consecuencia, servir para la satisfacción de los acreedores, sino que deben ser restituidos. El derecho de ejecución separada no tiene como finalidad directa la reducción de la masa, sino la satisfacción de derechos de crédito fuera del procedimiento concursal, si bien la doble circunstancia de que el derecho de ejecución separada pueda traducirse en la separación de un bien concreto (acreedores con garantía real) y de que la

tendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior a la emisión de su informe⁴³.

Aunque el art. 1911 Cc. se refiere a que el deudor responderá del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, los bienes futuros no pueden afectarse por una ejecución concursal actual según establece el art. 588.1 LEC que sanciona con la nulidad el embargo de bienes y derechos cuya efectiva existencia actual no consta, pero, a medida que los bienes futuros se incorporen al patrimonio del deudor irán formando parte de la masa activa. Los derechos hereditarios que correspondan al deudor pueden formar parte de la masa activa, condicionados a su ingreso efectivo en el patrimonio del deudor.

En puridad, se produce así una liberación de una parte de la deuda, de tal modo que, al final del proceso concursal, parte del pasivo inicial resulta exonerado, en virtud de la eficacia novatoria que el convenio concursal comporta. Como veremos, nos encontramos ante una novación especial, *sui generis* o de masa, en la que el efecto más característico: la extinción parcial o el aplazamiento, se producen sin necesidad del concurso individual de cada acreedor,

técnica de la separación por razón de dominio pueda utilizarse para obtener la satisfacción preferente de un crédito aproxima las dos figuras. Además, en la suspensión de pagos, tanto los titulares de bienes en poder del suspenso como los acreedores con garantía real gozaban del derecho de abstención (arts. 15 y 22 LSP). Si bien estas ideas siguen presentes en la Ley Concursal, pues una vez consagrado el principio de universalidad en el art. 76, se recogen excepciones, el legislador lo hace de forma limitada. No quedan afectados, según señala la ley: los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención (art. 80.1) (*la separatio ex iure domini*). Se trata de bienes que pueden salir del patrimonio del deudor sin necesidad de proceso, mediante la entrega por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos. Contra la resolución denegatoria de la administración concursal podrá plantearse también incidente concursal (art. 80.2). En referencia a estos bienes que pueden ser «separados», tenemos que hacer referencia también de la existencia en nuestro sistema de los llamados «patrimonios separados». En ejemplo de ello, (PASTOR SEMPERE, C., «El concurso de la cooperativa de viviendas», en AA. VV. *Las cooperativas de viviendas en la Comunidad Valenciana. Constitución y funcionamiento*, Valencia, 2014, pp. 115-124) es la declaración que realiza el legislador cooperativo con respecto al Fondo de Educación y Promoción (FEP). En efecto, una de las peculiaridades del tipo sociedad cooperativa es la existencia de un patrimonio irrepartible. Este está formado principalmente por el fondo de reserva obligatorio (FRO) y el fondo de educación y promoción (FEP). Pues bien en el caso del FEP, su régimen legal y adscripción a estos fines que, en realidad es como si dentro de la sociedad cooperativa hubiera una Fundación con objeto educacional, se protege haciéndolo inembargable. A la vez se incluye en el pasivo del balance con separación de otras partidas. Se trata, pues, de bienes o derechos que pueden salir del concurso, mediante la entrega por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos. Queda en manos del sujeto, determinado en los estatutos de la cooperativa concursada o, en su defecto, del respectivo organismo autonómico responsable del cooperativismo de la CC. AA. su oportuna personación y reclamación en el concurso de la sociedad cooperativa.

⁴³ PASTOR SEMPERE, C., «Comentario al artículo 76 de la Ley Concursal», en AA. VV., *La Ley Concursal, Jurisprudencia y formularios*. Coord. Gallego Sánchez, E., Madrid, 2005.

bastando la voluntad mayoritaria de los acreedores y la aprobación judicial, unido al cumplimiento efectivo de lo convenido.

El convenio implica una novación modificativa de la obligación originaria, dado que el cumplimiento del convenio es un modo de cumplimiento de la obligación y, en consecuencia, de extinción de las obligaciones del deudor, equivaliendo al pago el cumplimiento por el deudor de lo acordado en el convenio. La obligación modificada queda saldada y el deudor definitivamente liberado de la parte de la deuda remitida según el contenido del propio convenio, lo que, con independencia de la mayor o menor facilidad para concertar un convenio concursal, es aplicable a cualquier tipo de deudor insolvente, tanto persona física como jurídica, aspecto éste que diferencia la exoneración derivada del convenio de otras modalidades de liberación de deudas, como veremos a continuación.

De este modo, tras la conclusión del concurso por el cumplimiento del convenio, el deudor queda liberado de sus deudas anteriores y superada su situación de insolvencia, aunque la deuda no haya sido íntegramente satisfecha.

Precisamente, ese efecto, comporta que el principio de subsistencia de la responsabilidad, vinculado a la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 del C.c, no opere del mismo modo en el caso de las personas jurídicas y de las personas físicas. En el caso de persona jurídica la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, según dispone el artículo 178.3 de la L. C. acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos, lo que equivale a una tácita condonación del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, por haberse extinguido el titular de dicho pasivo⁴⁴. En el caso de la persona física, sin embargo, la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, no determina su extinción, por lo que subsiste su responsabilidad.

Ahora bien, una vez liquidado el patrimonio, el concursado sigue respondiendo de sus deudas por el déficit remanente en virtud del art. 1911 C.c. Si el concursado es persona jurídica, la subsistencia de sus obligaciones, si aparecen nuevos bienes, da lugar a la reapertura del concurso, aunque la sociedad se haya disuelto con la apertura de la fase de liquidación (art.145.3. L. C.), pero si el concursado es persona física, esto significa que tras la liquidación, el concursado sigue respondiendo por el déficit resultante de la liquidación y el con-

⁴⁴ Sobre dicha problemática vid. *in extenso*, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso*. Cizur Menor, 2013.

cursado arrastra una carga que no le va a permitir superar su situación, en tanto sus deudas no prescriban, pues si viene a mejor fortuna, corre el riesgo de que los acreedores le reclamen lo que todavía debe. Incluso se ha apuntado como argumento utilizado en contra del mecanismo de exoneración de deudas la posibilidad de que esta figura impida que se alcancen convenios, ya que el deudor preferirá la liberación de deudas que alcanzar un convenio con sus acreedores.⁴⁵

Por ello para la persona física, aun concluido el concurso la insolvencia subsiste, la deudas no se pagan y el deudor se ve abocado a una situación de marginalidad, que le impide el acceso al mercado del crédito y consumo y le impide, o cuando menos le desmotiva, el inicio de cualquier actividad económica. Esta situación no parece justa ya que al concursado le han liquidado todo lo que tenía, salvo sus bienes personales inembargables, y en prevención de esta situación, es lógico que el empresario, persona física, al decidir sobre emprender una actividad mercantil, la ejerza bajo la rúbrica de una sociedad de capital, aunque sea unipersonal.

Los mecanismos propios de exoneración del pasivo pueden tener por objeto la exoneración del pasivo insatisfecho por el deudor en caso de insolvencia, con independencia de que la consientan o no los acreedores, pues la liberación o exoneración de la deudas tiene su fundamento directamente en la Ley. Estos mecanismos propios de exoneración de deudas, en terminología anglosajona *discharge*, se configuran legalmente en la generalidad de las legislaciones de nuestro entorno jurídico europeo y norteamericano en beneficio del deudor persona física y que solo recientemente se han introducido en nuestro modelo. Lo señalado no es comparable con otras circunstancias, como es el caso de la extinción de la persona jurídica en caso de conclusión de concurso con pasivo insatisfecho, o en virtud de un instituto jurídico distinto a la *discharge*, como es el convenio concursal con quita, que sobre la base de un sustrato negocial, produce un efecto novatorio sobre la deuda originaria, como veremos.

Respecto a ello, se ha ido introduciendo en distintos países como en Francia en su día, la figura del *entrepreneur à responsabilité limitée*⁴⁶, o la *Fresh Start*, sobre las que tratamos a continuación.

⁴⁵ FERNÁNDEZ CARRIÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*. Cizur Menor, 2008, p. 148 y ss.

⁴⁶ SALGADO, M.^a M./ NAVARRO MATAMOROS, L., «La figura del emprendedor de responsabilidad limitada en España y en Francia: ¿acierto o desacierto?» *Diario La Ley*, núm. 8393, Sección Doctrina, 7 de octubre de 2014, pp. 8-18.

2.2 Mecanismos de limitación de la responsabilidad y de exoneración del pasivo insatisfecho. La «matización» del artículo 1911 del Código civil

2.2.1 *En el Derecho comparado*

Como ya se advirtió desde Instancias Comunitarias en septiembre de 2003, la disponibilidad de procedimientos legales de salvamento y reestructuración es crucial. Los sistemas legales deberían ofrecer una opción de reestructuración⁴⁷. Muchos de los procedimientos de rescate fracasan, lo que se debe, entre otras causas, a la falta de información sobre su existencia, a las elevadas exigencias para iniciar el procedimiento, al impacto negativo que la publicidad de la decisión judicial puede tener en la empresa y en la eficacia del proceso, al coste, al grado de protección excesivo del que determinados grupos de acreedores pueden gozar durante el procedimiento o a la experiencia y la eficacia administrativa de los tribunales competentes.

En cierta medida, los sistemas legales pueden ser un impedimento para un nuevo comienzo. Por lo general, los empresarios que fracasan aprenden de sus errores y tienen más éxito en posteriores intentos. La posibilidad de seguir con el negocio o poner en marcha uno nuevo se ve afectada tanto por las consecuencias generales del concurso como por las inhabilitaciones y restricciones impuestas a quienes están sometidos a procedimientos concursales. Hasta escasas fechas no se distinguía entre concursados por cuestiones ajenas a su voluntad y concursados «culpables», y se prestaba poca atención, en términos de calificación, a los hechos concretos de cada caso. Ello era importante, pues si se calificara individualmente a los deudores de

⁴⁷ La *Carta Europea de la Pequeña Empresa*, refrendada en el Consejo Europeo de Feira de junio de 2000, considera que un cierto grado de fracaso acompaña a la iniciativa responsable y al riesgo, y que ha de enfocarse como una oportunidad de aprendizaje e invita a la evaluación de las legislaciones nacionales sobre insolvencia desde la óptica de la buena práctica. La Dirección General de Empresa ideó una metodología conocida como «Procedimiento Best». Dicho procedimiento, basado en este método abierto de coordinación, consiste en la realización de evaluaciones comparativas en cuestiones que se consideran cruciales para alcanzar el objetivo de Lisboa e incluye la definición de indicadores de resultados, patrones de comparación y objetivos operativos de mejora. El proyecto «Reestructuración, quiebra y nuevo comienzo» es uno de los proyectos iniciados en 2002 dentro del marco del Procedimiento Best. Este documento es el informe final del Proyecto Best de la Comisión Europea sobre «Reestructuración, quiebra y nuevo comienzo». El punto de partida fue el estudio *Bankruptcy and a fresh start: stigma on failure and legal consequences of bankruptcy*. Informe final del Grupo de Expertos de la *Dirección General de Empresa de la Comisión Europea*, conocido como proyecto del «Procedimiento Best» sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo, en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme-2chance/doc/failure_final_es.pdf

un modo proporcionado y adecuado, los concursados honestos no resultarían estigmatizados a causa de la asociación con los que han cometido un fraude⁴⁸.

Ahora bien, no puede afirmarse que la introducción de la nueva figura del *empresario de responsabilidad limitada*, como nos indicaba la doctrina⁴⁹ aun cuando bien intencionada, en Francia no ha sido más que *una ilusión, la de ejercer una actividad sin arriesgar su patrimonio* y en nuestro país es generalizado el escepticismo de la doctrina respecto a que tenga alcance respecto de la finalidad que se persigue⁵⁰, ya que, de un lado, tal limitación de responsabi-

⁴⁸ Este debate, sin embargo, sobre si se debe «exonerar» al deudor de parte de sus deudas en un escenario concursal y cuál sería el fundamento de ese «perdón» que conculcaría un principio básico contractual y es que las obligaciones deben ser cumplidas *ex art.* 1.091 Cc, aconteció en Estados Unidos y se trasladó al derecho continental europeo, en torno a la década de los ochenta y noventa del pasado siglo, en el que se adoptó postura sobre si el sobreendeudamiento e insolvencia de la persona física constituiría un problema individual del deudor, que encontraría su tratamiento en el ámbito de los procedimientos concursales en los que se evolucionaría desde la doctrina de la «muerte del débito» (*Reifner*) a la *discharge* en el marco de las prestaciones del hoy maltrecho estado del bienestar» (*welfare state*) (planteamiento norteamericano); o, de otro lado, si más bien constituiría un problema esencialmente contractual en el que habría de partirse, como se ha adelantado, de que las obligaciones han de ser cumplidas, habiendo sido éste el inicial planteamiento europeo en torno a los años ochenta. No obstante, posteriormente evolucionó hacia planteamientos próximos al Derecho norteamericano, introduciéndose en países como Alemania, Francia e Italia mecanismos concursales de exoneración del pasivo insatisfecho. Ahora bien, *Los efectos del right of discharge son, con todo, controvertidos, si bien se acepta que eleva el coste del crédito vía selección adversa y riesgo moral* (*Stiglitz and Weiss, 1981*), *trasladándose estos mayores costes a otros créditos y a deudores de bajo riesgo. Sin embargo, la limitación de responsabilidad que introduciría la dación en pago tendría, en mi opinión, unos efectos incontrovertidos y de signo contrario a la discharge, al eliminar los incentivos positivos que introduce la propiedad del inmueble y que llevan al deudor a esforzarse más cuando sus ingresos se deterioran y puede alentar una gestión arriesgada de su patrimonio por parte del deudor (apuestas del tipo doble o nada)*. CASTEDO BAROLOMÉ, P., «Análisis económico de la dación en pago» en *Docta Ignorancia Digital*, núm. 3, Año III, 2012. Conviene recordar el diferente sistema de calificación crediticia en Estados Unidos, basado en el llamado *credit score* o *puntuación crediticia de cada ciudadano* y obtenido en función de elementos o inputs no solo negativos sino también los positivos y que el propio solicitante de crédito puede pedir a coste ínfimo a alguna de las agencias de información crediticia existentes. Según la puntuación conseguida, de menos a más, disminuirán las condiciones de cuantía, precio o de plazo del préstamo. Así, por ejemplo, por debajo de un score determinado el deudor y su crédito es considerado *subprime*. Sin embargo, en España la información crediticia de los ciudadanos, personas físicas o jurídicas, está basada casi exclusivamente en elementos negativos (CIRBE, RAI, o ASNEF-EQUIFAX), es decir, en impagos y no en elementos positivos, como devoluciones, pagos o cumplimientos.

⁴⁹ SALGADO, M.ª M./ NAVARRO MATAMOROS, L., «La figura del emprendedor de responsabilidad limitada en España y en Francia: ¿acierto o desacierto?» *Diario La Ley*, núm. 8393, *cit.* pp. 8 a 18.

⁵⁰ Una de las principales novedades que introduce la Ley de emprendedores, en apoyo de la iniciativa emprendedora, es la creación de la figura del «emprendedor de responsabilidad limitada», regulada en el Capítulo II del Título Preliminar de la Ley, arts. 7 a 11. Con esta figura, el legislador pretende dotar a proyectos empresariales de muy reducida dimensión económica de una fórmula jurídica de organización empresarial que, de un lado, supere las ineficiencias derivadas del funcionamiento «engorroso» de las formas societarias en proyectos empresariales de reducido tamaño, y, de otra, limite el riesgo de la responsabilidad universal del empresario individual (art. 1911). Con esta nueva figura, la Ley ofrece al emprendedor persona física la posibilidad de limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de la actividad empresarial o profesional, instrumentándose como excepción tanto al princi-

alidad no opera respecto de las que constituyen un obstáculo más significativo a la actividad emprendedora en su inicio, las deudas de Derecho público y, de otro lado, en la mayoría de los casos, difícilmente el emprendedor persona física podrá desvincular su vivienda del riesgo empresarial, ya que para poder financiar el inicio de su actividad lo más frecuente será constituir garantía sobre su vivienda.

Incluso, este efecto se traslada a las personas jurídicas, normalmente avalladas por el patrimonio personal de una persona física, hablándose por ello de «responsabilidad limitada imperfecta». En este contexto, no podemos dejar de aludir, siquiera brevemente, por su importancia, la propuesta de Directiva comunitaria relativa a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada «*Societas Unius Personae (SUP)*», con un régimen especial de sociedad de responsabilidad limitada unipersonal armonizado a nivel comunitario en materia de régimen de constitución, domicilio social, capital mínimo. A nuestros efectos constituye la tutela de los acreedores, se circunscribe en los denominados «test de solvencia», conforme a los cuales *la sociedad no deberá realizar distribución de beneficios al socio único si tiene como resultado que aquélla no pueda pagar sus deudas a medida que vayan vencimiento después de la distribución*⁵¹. Pese a darse una noción amplia de distribuciones parece que en general el tratamiento de las mismas en la Propuesta sólo se adecua a las distribuciones de beneficios y no a otras operaciones indirectas u opacas (donaciones, anticipos, compras en condiciones favorables para el socio, etc.)⁵².

pio de responsabilidad patrimonial universal, prevista en el art. 1911 del Código civil, como al régimen de responsabilidad del empresario casado, prevista en el art. 6 y siguientes del Código de Comercio. Ahora bien, como reflexión ha de indicarse que tal limitación de responsabilidad tiene un alcance modesto, ya que viene individualizado en un solo elemento patrimonial, la vivienda habitual del emprendedor, *siempre que no esté afectada a la actividad empresarial o profesional y su valor no supere los 300.000 euros valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil*. Vid. MUÑOZ GARCÍA, A., «El concurso de acreedores del Emprendedor de Responsabilidad Limitada», *La Ley*, 16 enero de 2014.; MIRANDA SERRANO, L. M., «¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?», *Diario La Ley*, núm. 8276, Sección Doctrina, 21 Mar. 2014, Año XXXV; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. «La efectividad de la limitación de responsabilidad del emprendedor de responsabilidad limitada dentro del concurso», *La Ley mercantil*, núm. 2, Sección Empresa y empresario, mayo 2014.

⁵¹ (DOC. COM (2014) 212 final de 9/4/2014), El referido «test de solvencia», conlleva la obligación del administrador social de certificar por escrito que, tras haber investigado a fondo la situación y perspectivas de la *Societas Unius Personae*, se ha formado una «opinión razonable» de que la sociedad podrá pagar sus deudas a medida que vayan venciendo en el curso normal de la actividad empresarial, en el año siguiente a la fecha de la propuesta de distribución de beneficios, sancionándose de otro modo a los administradores con su responsabilidad por infracción de las reglas de distribución de beneficios.

⁵² Sobre este temario nos remitimos a nuestro trabajo, ¿Hacia un nuevo paradigma en la limitación de la responsabilidad del empresario individual?, en AA. VV., *Homenaje al profesor Fernández de la Gándara, L.*, (en prensa) y a la bibliografía allí indicada.

Como se ha advertido, con la declaración de solvencia, se trata de impedir operaciones de distribución que puedan comprometer la capacidad de la sociedad de pagar sus deudas a medida que vayan venciendo después de la distribución, imponiendo a estos efectos al órgano de administración el deber de certificar por escrito que, tras haber investigado a fondo la situación y perspectivas de la SUP, se ha formado una opinión razonable de que podrá pagar sus deudas en el curso normal de la actividad empresarial en el año siguiente a la fecha de la propuesta de distribución de beneficios. Todo administrador será personalmente responsable de recomendar u ordenar una distribución de beneficios si conocía o, a la vista de las circunstancias, debiera haber conocido que la distribución sería contraria a lo dispuesto sobre el test del balance o el de solvencia⁵³.

Así las cosas, nuestro sistema condenaba al empresario persona natural que fracasa a responder con todo su patrimonio. Cuestión esta que no es universal puesto que en otros sistemas jurídicos, –principalmente con la *discharge* anglosajona– diferentes al nuestro donde se contempla una «segunda oportunidad» que evita la expulsión de estos empresarios que se «arruinan» de la «economía formal», y quieren regresar a la actividad económica sin tener que engrosar la economía sumergida.

A pesar de que, como señalamos en nuestra introducción, *a priori* parece que el sistema absorbe la mala suerte del deudor, particularmente sus acreedores, se entiende que toda la Sociedad se beneficia de la liberación del deudor, en tanto que exonerado de su pasivo pendiente, ésta recupera un miembro que puede ser productivo para la Sociedad. Es la denominada teoría de la utilidad social o teoría humanitaria. Cuando un hombre honesto tiene mala suerte y quiebra financieramente, la Sociedad no gana nada manteniéndolo hundido y, sobre todo, ello no beneficia a los acreedores puesto que de igual manera no van a ver satisfechos sus créditos por cuanto la supervivencia de sus derechos de crédito bloquea la capacidad productiva del deudor y por tanto, la posibilidad de cobro por parte de aquéllos⁵⁴.

⁵³ ESTEBAN VELASCO, G. «La propuesta de Directiva sobre la «Societas unius personae» (SUP): las cuestiones más polémicas», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 60, marzo-abril 2015.

⁵⁴ La *Bankruptcy Act* de 1898 introdujo la *discharge* en Estados Unidos y desde allí ha servido de referente a otras legislaciones que han introducido esta figura en sus ordenamientos, convirtiéndose en un referente habitual de los sistemas concursales de los países de nuestro entorno más próximo. El *Bankruptcy Code* norteamericano abre dos vías alternativas para el concurso individual, el Capítulo 7 (liquidación y liberación inmediata de deudas) y el Capítulo 13 (plan de pagos y liberación al concluir el plan). En el procedimiento del Capítulo 7, el *trustee* nombrado por el Tribunal concursal liquida el patrimonio actual del deudor individual, y paga los créditos ordinarios que puedan ser pagados con ello. En el caso de los créditos garantizados (hipotecarios, por ejemplo), lo que queda después de realizada la garantía (en los Estados, que son mayoría, en que las hipotecas son con recurso) se convierte en or-

Es cierto que en casi todos los países, una de las consecuencias del concurso es la responsabilidad del empresario por las deudas pendientes. La legislación concursal que mantiene un enfoque conservador sobre la exoneración de deudas puede tener un efecto negativo en la reanudación de la actividad empresarial. La duración del periodo de rehabilitación no es el único factor que puede dificultar la reanudación de la actividad empresarial, pues ésta también se puede ver obstaculizada por los requisitos necesarios para conseguir dicha exoneración. En este sentido, el efecto exoneratorio encuentra en la norma su origen legal y no se produce como consecuencia de otro hecho jurídico, como puede ser la extinción de la persona jurídica. Tampoco se vincula en modo alguno a la voluntad de los acreedores, como ocurre en el convenio con quita, sino al cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos y, en particular, al *test de discharge*.

El otro modelo vigente es el modelo de *la rehabilitación*, que prevalece en algunos países europeos⁵⁵. Este modelo, responsabiliza de algún modo al deudor de su situación de insolvencia y se centra en torno a la renegociación de las deudas con los acreedores con vistas a la aprobación de un plan global de reembolso. Este plan puede negociarse en los tribunales o por vía extrajudi-

dinario. Hay que advertir que la legislación de cada estado puede determinar que ciertos activos del deudor no pueden liquidarse. bajo el Capítulo 7 el deudor pierde todo lo que no es legalmente inatacable, pero a cambio queda directamente liberado para el futuro de todas las deudas impagadas tras liquidar su patrimonio. Para reducir problemas de riesgo moral no se permite acudir a este sistema hasta pasados más de seis años de un concurso anterior y, desde 2005, se pide que su renta familiar no supere determinados umbrales de renta mediana de su estado y que sus ingresos futuros no excedan de unas ciertas cantidades o proporciones de su pasivo, teniendo en cuenta sus obligaciones familiares y pagos necesarios o garantizados. El sistema del Capítulo 13 se basa en la presentación de un plan de pagos a los acreedores con los ingresos futuros del deudor, preservando su patrimonio actual, incluida la empresa, si se trata de un empresario, y conservando los ingresos necesarios para hacer frente a su subsistencia, necesidades familiares y obligaciones con garantía (hipoteca, por ejemplo). Pasados unos años de cumplimiento sustancial del plan, la deuda impagada en ese momento se cancela. Es importante destacar que el plan lo aprueba el juez sin escuchar a los acreedores a quienes, por tanto, el plan (el convenio, en términos españoles) se impone judicialmente. Sobre el mismo vid. CUENA CASAS, M., «Fresh Start y mercado crediticio», *Indret*, www.indret.com, núm. 3, julio de 2011, de la misma autora, «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start», *ADco*, núm. 31, 2014, pp. 123-159, ÁLVAREZ RUBIO, J. «Algunas reflexiones en torno a la reforma del «fresh start» del consumidor en USA», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14, 2008, pp. 233-259; SENENT MARTÍNEZ, S., «Discharge y sobreendeudamiento en el ámbito del derecho norteamericano», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense*, núm. 47, marzo de 2012. POTTOW, J. A. E. «Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005», en *RcP*, núm. 3, 2005, pp. 355-363.

⁵⁵ Existen, no obstante divergencias de planteamiento, pues se articula de distintos modos según qué países. No obstante, podrían englobarse en dos grandes grupos. De un lado los sistemas Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores que solo contemplan un control *ex ante* del deudor en orden a la concesión de la liberación, como es el caso francés o italiano. De otro, aquellos sistemas que, tras una *concesión provisional del beneficio*, exigen un periodo posterior de buena conducta al deudor, como es el caso del Derecho alemán o portugués (*control ex post*).

cial, y es importante el papel que desempeñan los servicios de asesoramiento y mediación en materia de deudas. La condonación de deudas no es nunca automática como en la ley americana.

No obstante, en algunos Estados miembros existen ciertos criterios para su obtención bien, es posible formular oposición a tal exoneración, y la liberación extingue las deudas anteriores a la declaración del concurso, incluso aunque no hubieran insinuadas en el mismo. Al producirse la extinción de la deuda por efecto legal y no por voluntad de los acreedores, es por lo no estamos ante una condonación. La rígida posición defendida por nuestro ordenamiento jurídico contrasta sin embargo con la favorable acogida de que disfruta esta institución para el supuesto de personas físicas entre las legislaciones de nuestro entorno más próximo⁵⁶.

La mayor parte aceptan esta liberación, o condonación de la deuda, si bien después de seguir un procedimiento especial en Austria, Bélgica y Alemania con la *Restschuldbefreiung*), a menudo vinculado a la noción de concurso inocente⁵⁷. Destacable es la concepción del Derecho alemán –desde 1999⁵⁸–, que mantiene el principio de unidad legal respecto a las personas físicas en general y los consumidores en particular, si bien, respecto de estos últimos, se establece un procedimiento especialmente simplificado.

En este ámbito la condonación de las deudas pendientes se configura en el nuevo Derecho concursal alemán, como uno de los objetivos del procedimiento de insolvencia. La nueva normativa no sólo atiende a los intereses de

⁵⁶ Véanse RUBIO «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo», *RcP*, 2011, núm. 14, p. 2. FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: *El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas físicas*. cit. p. 118.

⁵⁷ ZABALETA DÍAZ, M. «La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán», en, AA. VV, *Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. t I. Madrid, 2005. pp. 885-915.

⁵⁸ Vid. FERRÉ FALCÓN, «La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de Derecho alemán)», *ADCo*, núm. 7, 2006, pp. 205-226; FOSSEN, F. M.; «Personal Bankruptcy Law, Wealth and Entrepreneurship: Theory and Evidence from the Introduction of a «Fresh Start», *IZA, Discussion Paper núm. 5459* January 2011, accessible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751441. Como segunda etapa en el proceso de reforma del Derecho Concursal, en Alemania el procedimiento ha sido modificado recientemente por la Ley para la reducción de la duración del procedimiento de liberación de deuda y para el fortalecimiento de los derechos de los acreedores de 15 de julio de 2013, (*Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte Bundesgesetzblatt Teil I 2013 Nr. 38 18.07.2013 S. 2379*) que entró en vigor con fecha de 1 de julio de 2014 (*Insolvenzrechtsreform – treten – zum 1-7-2014 des gesetzes zur verkürzung des Restschuldbefreiun Gsverfahrens*) y entre las principales disposiciones de la Ley se encuentran las destinadas a la abreviación del procedimiento de condonación de la deuda por la que se introduce una nueva modalidad abreviada del procedimiento de condonación de la deuda así como diferentes excepciones legales para su concesión. Vid. sobre el mismo AHRENS, M., «El nuevo derecho concursal de la persona física en Alemania», *RcP*, núm. 21, 2014, pp. 299-312. WOLFHARD KOHTE, H., «Las proyectadas modificaciones de la normativa concursal alemana sobre consumidores». *RcP*, núm. 19, 2013, pp. 415-416.

los acreedores, procurando la máxima satisfacción de sus créditos, sino que además pretende conciliarlos con la pretensión del deudor de liberarse del resto de créditos que no hayan resultado satisfechos tras la realización de su patrimonio. La liberalización del deudor sólo puede ser a costa de los derechos de sus acreedores, y en este orden de cosas, se comprende que no falten voces que no duden en equiparar la condonación de deudas con una cuasi expropiación de los acreedores.

Por esta razón, no es de extrañar que en la regulación como particularidad del modelo alemán, la preocupación del legislador por armonizar las pretensiones del deudor con los intereses de los acreedores, exigiendo de aquél todos los esfuerzos necesarios para la satisfacción de éstos. Por ello, a diferencia de otros sistemas, la liberación no opera automáticamente, como consecuencia de la conclusión del procedimiento de insolvencia con insuficiencia de activo, sino que se establece un periodo de buena conducta con la finalidad de que los deudores cobren parte de sus deudas insatisfechas y el deudor se haga merecedor del beneficio.

Así sucede también en los países latinos como recoge la legislación francesa cualquiera que sea la condición del sujeto: empresario individual o consumidor; y cualquiera que sea la norma aplicable puede llegarse al fin al resultado de la *libération de dettes*⁵⁹, y la regulación más reciente de la *Exoneração do passivo restante* portuguesa⁶⁰ que regula la exoneración del pasivo insatisfe-

⁵⁹ En Derecho francés el procedimiento a seguir difería según nos encontráramos ante comerciantes, artesanos, agricultores y profesionales independientes o ante particulares; igualmente difiere la norma reguladora, ya que para los comerciantes, artesanos, agricultores y profesionales independientes se sigue el procedimiento establecido en el art. L.643.11 del Código de Comercio, a partir de la reforma concursal de la Ley 2005/845, de 26 de julio de 2005, de *Sauvegarde des entreprises*, donde se regula la liberación de forma implícita y negativa al decretar con carácter general la imposibilidad de recuperar los acreedores el ejercicio de las acciones individuales tras el cierre de la liquidación judicial por insuficiencia de activo procedimiento que se reserva al empresario individual. En el caso de los consumidores la liberación se regula, también de modo indirecto como conclusión del procedimiento que se inicia a través del art. L 331-2 del *Code de la Consommation*, de 31 de diciembre de 1989, modificado el 8 de febrero de 1995 y 29 de julio de 1998 y, más recientemente por la Ley 2003/710, de 1 de agosto de 2003, que puede dar lugar en supuestos en que no consiga cumplir su finalidad a un «procédure de rétablissement personnel» de naturaleza liquidativa (arts. L 332-5 a L 332-11 del Code de la Consommation francés). No obstante, cualquiera que sea la condición del sujeto: empresario individual o consumidor; y cualquiera que sea la norma aplicable puede llegarse al fin al resultado de la «libération de dettes». SAINT-ALARY HOUIN, C. «La prevención de las crisis económicas en el Derecho Francés» en AA. VV., *El concurso de sociedades en el Derecho Europeo*. Monografías de la RCP, núm. 1, Madrid, 2004, pp. 191-222.

⁶⁰ En el Derecho portugués, la solicitud de exoneración implica un procedimiento autónomo, que la ley a veces denomina como procedimiento de exoneración (art. 243), el cual culmina en la exoneración efectiva del pasivo restante. El procedimiento de exoneración consta de cuatro fases principales: la solicitud de exoneración, la resolución preliminar o resolución inicial, la conclusión anticipada del procedimiento, que no tiene que darse necesariamente, y la resolución final de exoneración. Caracteriza al procedimiento la cesión de la renta disponible, así como el nombramiento de un fiduciario a quien la renta es

cho en el Capítulo I del Título XII del Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas, aprobado por el Decreto-Ley núm. 53/2004, de 18 de marzo, artículos 235 y ss.398. Dispone el art. 235 que: *Si el deudor es una persona física, podrá concedérsele la exoneración de los créditos que no hubieran sido satisfechos en su totalidad en el proceso de insolvencia o dentro de los cinco años siguientes a la clausura de éste de acuerdo con las disposiciones de este capítulo.* Se reconoce, de este modo, el principio general de exoneración del pasivo insatisfecho de la persona física a través de la introducción de esta institución en el derecho portugués en línea con lo acaecido en otras legislaciones, persiguiéndose con ello la recuperación social y económica del insolvente evitando así su marginación.

Otro tanto cabe señalar de la *Esdebitazione* italiana, regulada en los arts. 142 a 144 de la *Legge Fallimentare*, fue introducida en virtud del D. L. 12 Septiembre de 2007, n. 169, que en su art. 1, 6.^a 13 prevé la introducción de esta figura, siendo acordada en virtud de resolución judicial tras decretarse la clausura del procedimiento de quiebra. Así se establece en el art. 143 que: *El Tribunal, con el Decreto de conclusión de la quiebra o por solicitud del deudor presentada dentro del año siguiente, verificadas las condiciones contempladas en el artículo 142 y teniendo en cuenta el comportamiento de colaboración del mismo, oídos el curador y el Comité de acreedores, declarará inexigibles las deudas concursales frente al deudor ya declarado en quiebra no satisfechas en su totalidad.* Este beneficio supone una importante excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal contenido en el art. 2740 C. Civile, según el cual el deudor responde con todos sus bienes, presentes y futuros, del cumplimiento de sus obligaciones⁶¹.

Como comprobamos todas ellas son tributarias, sin duda, de la originaria y por momentos absoluta *discharge* anglosajona. Podemos concluir, con carácter general, que la exoneración de deudas o *discharge*, es un instituto jurídico, de origen legal, en virtud del cual tras la conclusión de un procedimiento

confiada, produciéndose en ese marco como efecto la exoneración y regulándose su eventual revocación. SERRA, C., *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, Coimbra, 2010; DE CARVALHO FERNANDES, A., «exoneração do passivo restante na insolvência das pessoas singulares», AA. VV., *Coleção de Estudos Sobre a Insolvência, Quid Juris*, Lisboa, 2009. pp. 275-310.

⁶¹ STELLA RICHTER, M., «L'esdebitazione», en AA. VV., *Diritto fallimentare*, Milano, 2008. pp. 1085-1091. SCHMIDT, K., «La reforma del Derecho concursal italiano y del Derecho alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)». *ADCo*, núm. 10, 2007. pp. 303-314. SCARSELLI, G., «L'incostituzionalità dell'istituto dell'esdebitazione», en *Foro it.*, 2008, I. pp. 2393-2396, NIGRO, A., «La insolvencia de las familias en el Derecho Italiano» en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 12, 2007. pp. 215-231. PANZANI, L., «L'esdebitazione. La riforma del fallimento e delle procedure concorsuali: una riforma mancata», en *Le società*, 2007, pp. 475-483. PACCHI, S., «El sobreendeudamiento. El régimen italiano de "iure condito" y de "iure condendo"». *ADCo*, núm. 29, 2013, pp. 323-366.

de insolvencia, el deudor persona física se ve liberado de la deuda no satisfecha en el seno del procedimiento concursal o tras el transcurso de un plazo establecido tras su conclusión. Constituye, por tanto, una limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal ex art. 1911 Cc, en virtud del cual el deudor responde con todos sus bienes, presentes y futuros, del cumplimiento de sus obligaciones, vinculando su patrimonio y sus ingresos futuros al pago de deudas pretéritas.

Por último no podemos dejar de destacar el papel que jugará en este ámbito la Recomendación de 14 de marzo de 2014 pues como se sabe la armonización, hasta el momento tan solo se ha conseguido parcialmente en un ámbito procesal, a través del reglamento de insolvencia transfronteriza (Reglamento CE núm 1346/2000 del Consejo) que regulaba cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, cuyo proceso de reforma ha finalizado recientemente como apuntamos en nuestro Capítulo primero⁶². Se ha señalado de la Recomendación que es innovadora y progresista, frente al tradicional planteamiento de los mecanismos de condonación por los que se ha optado en los países europeos, que hasta este momento han introducido estos mecanismos⁶³. En efecto, en la Recomendación parece que se endurecen las condiciones personales exigidas no sólo para el acceso al beneficios de los mecanismos exoneratorios (*test de discharge*), sino también para su mantenimiento (de empresarios deshonestos o con mala fe tanto antes como después de la insolvencia se habla en el núm. 32 de la Recomendación), pero a la vez se amplían y flexibilizan notablemente las deudas comprendidas bajo el ámbito de la exoneración, así como el período de concesión de dicha condonación. Así se establece que a los empresarios *se les debería condonar totalmente las deudas incursas en la insolvencia en el plazo máximo de 3 años*.

2.2.2 *La segunda oportunidad en España*

Nuestra doctrina ya se pronunció sobre la necesidad de introducir el *Fresh Start* en España para dar una solución a la insolvencia de la persona fí-

⁶² *Modern insolvency rules: EU Ministers back Commission proposal to give honest businesses a second chance*; European Commission Memo – Brussels 6 junio 2014 <http://ec.europa.eu/Reding>

⁶³ PULGAR EZQUERRA, J., «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español» conferencia impartida en Roma el 30 de junio de 2014, en la Corte de Cassazione, en el Congreso organizado por el *Consiglio dell'ordine degli avvocati*. Disponible en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21082/paradigma_pulgarezquerra_RIO_2015.pdf?sequence=1

sica actualmente condenada a la exclusión social y como estímulo a la iniciativa empresarial⁶⁴ (si bien con adecuadas medidas de control para evitar el abuso y liberalizando el acceso a la información financiera positiva del deudor, que permita a los acreedores realizar una correcta medición del riesgo con una adecuada discriminación de coste crediticio, a los efectos de evitar que el deudor que cumple soporte los riesgos del que no lo hace)⁶⁵.

De hecho algunos jueces en España han realizado meritorios esfuerzos y han apostado a favor de ello. Es destacable el Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, en el marco de un proceso concursal de dos personas físicas y tras haber procedido a la liquidación del patrimonio de los deudores, concluye el procedimiento concursal por inexistencia de bienes y derechos con base en el art. 176 de la Ley concursal, declarando extinguido el pasivo pendiente de los deudores una vez que se han agotado todas las vías concursales para la satisfacción de los créditos. Lo contrario, implicaría condenar al deudor a la exclusión social o dejar al sujeto al albur de la beneficencia pública o privada⁶⁶. Como se observa, se aplicó, en cierta forma, el viejo *beneficium dationis in solutum*.

Pues bien, finalmente fue la Ley de Emprendedores la que dio el primer paso, y recogió una modificación de la Ley concursal⁶⁷ que, formalmente, no solo afectaba a emprendedores, sino a cualquier persona física insolvente, in-

⁶⁴ Vid. el excelente trabajo CUENA CASAS, M., «Fresh Start y mercado crediticio», *InDret*, www.indret.com, núm. 3, julio de 2011; ALONSO LEDESMA, C. «Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar: Propuestas de regulación en el procedimiento concursal», en AA. VV, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Coord. Cuenca Casas, M./Colino Mediavilla, J. L., Cizur Menor, 2009, pp. 459-468.

⁶⁵ Sobre el mismo vid. CUENA CASAS, M., «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start», *ADCo*, núm. 31, 2014, pp. 123-159, SENENT MARTÍNEZ, S., «Discharge y sobreendeudamiento en el ámbito del derecho norteamericano», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense*, núm. 47, marzo de 2012.

⁶⁶ Véanse los comentarios a esta resolución judicial de RUBIO «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo», *RcP*, núm. 14, 2011, p. 245 y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, «Comentario al auto del JM n.º 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010 que extingue deudas concursales de personas físicas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2011, BIB 2011\257).

⁶⁷ La Ley de emprendedores en su tramitación, *Boletín Oficial de las Cortes Generales* Congreso de los Diputados X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 5 de agosto de 2013, núm. 52-3, p. Cinco. Se modifica el apartado 2 del artículo 178, que pasa a tener la siguiente redacción: 2. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, salvo las deudas de derecho público a que se refiere el artículo 91.4.º de esta Ley, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes, con la salvedad de los créditos de derecho público, si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados.

cluidos los consumidores. Se modifica el art. 178.2 LC, introduciendo la remisión del pasivo pendiente o *fresh start* para las personas naturales. Como comprobamos España se suma a esta corriente de la segunda oportunidad, pero de su lectura cabía deducir que el ámbito de aplicación era muy reducido⁶⁸. Además de no haber sido el concurso culpable, debía el deudor tener activo suficiente para el pago de deudas de Derecho público, todos los créditos contra la masa, los privilegiados (por ejemplo, la deuda hipotecaria) y el 25% del créditos concursales ordinarios. El deudor que no cumplía este nivel de pago de pasivo mínimo, no podía *volver a empezar*.

En referencia al otro Fresh Start para los empresarios en el mismo precepto se dispuso que si el deudor intentó sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, cabe la exoneración de todo el pasivo ordinario (sin necesidad de abonar siquiera el 25%), siempre que haya abonado los créditos de Derecho público, créditos contra la masa y privilegiados. Este inciso se dirigió a los empresarios, ya que el *procedimiento extrajudicial de pagos*, como veremos, que modificó la Ley concursal introduciendo los artículos 231 y siguientes, solo es aplicable al empresario PYME en aquellos momentos y hasta Real Decreto-ley de 27 de febrero de 2015 –1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*.

Es decir, si se daban todas las condiciones señaladas y establecidas en el mencionado art. 178.2 de la Ley concursal, era posible que se vieran extinguidas deudas de hasta el 75% de los créditos ordinarios y los créditos subordinados en el caso de las personas físicas y de la totalidad de los créditos ordinarios y créditos subordinados en aquellos casos en los que el deudor, independientemente de si es persona física o no, hubiese solicitado el inicio del procedimiento extrajudicial de acuerdo de pagos regulado en el nuevo Título X de la Ley Concursal.

Pero es que además, en el acuerdo extrajudicial ponía límites al plan de pagos propuesto por el mediador concursal: la espera no podrá superar 3 años y la quita o condonación no podrá superar el 25% del importe de los créditos, siendo menos generosa la norma que el art. 100 LC para la propuesta de convenio en el concurso. Sin embargo, si fracasaba el acuerdo debe declararse el concurso posterior⁶⁹ y se llega a un Fresh Start, pues todo el pasivo ordinario puede resultar condonado. Habría sido más práctico no poner límites tan se-

⁶⁸ CUENA CASAS, M., «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start», *ADCo*, núm. 31, 2014, pp. 140 y ss.

⁶⁹ Que debe ser solicitado por el mediador concursal que luego se convierte en administrador concursal, vid. *infra* capítulo sexto.

veros a la quita en el acuerdo extrajudicial, sobre todo si tenemos en cuenta que no se ven afectados los acreedores con garantía real ni los créditos de Derecho público.

En definitiva, el modelo español, como señaló la prof. Pulgar Ezquerro, respecto de la opción de política jurídica sobre el ámbito subjetivo de estos mecanismos exoneratorios, parecía convivir la idea de propiciación del Fresh Start. *No obstante, esta amplitud en el modelo español, en lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de los mecanismos exoneratorios, contrasta notablemente con el reducido ámbito material de deudas excluidas de la exoneración. Ello, unido a las deficiencias de técnica jurídica que se advierten en su configuración, permite sostener que la incorporación al Derecho Español de mecanismos legales exoneratorios del pasivo insatisfecho ha sido más formal que material, teniendo por tanto el modelo español un importante reto en orden a adaptar este derecho*⁷⁰.

Parece que el Gobierno era consciente del efecto que para la economía tiene el que parte de ella se ve irremediabilmente sumergida por un sistema jurídico que se ve desbordado por la nueva realidad social a la que debe dar respuesta. En Europa se da una segunda oportunidad, en distintos países como acabamos de señalar, extensible a las personas jurídicas, en términos similares a lo que sucede en Estados Unidos, evitando su disolución y con ella la destrucción de puestos de trabajo mediante la condonación del pasivo pendiente.

Todo ello generó un clima favorable a una nueva reforma en la que la medida más relevante debía ser la articulación de una nueva segunda oportunidad, para la que se prevé la quita definitiva de todas las deudas en caso de liquidación con el fin de ponerse punto y final a la insolvencia del deudor haciendo una liquidación y/o dación en pago generalizada de sus bienes pero adoptando siempre determinadas cautelas (deudor de buena fe, inexistencia de condenas firmes, colaboración durante el concurso). Se trata, según se señaló

⁷⁰ PULGAR EZQUERRA, J., «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español» conferencia impartida en Roma el 30 de junio de 2014, en la Corte de Cassazione, en el Congreso organizado por el *Consiglio dell'ordine degli avvocati*, cit. *En este sentido, en el modelo español y frente a las previsiones recogidas en la Recomendación de la Comisión Europea, se establecen unos bajos estándares de acceso a los mecanismos exoneratorios, de modo que casi cualquier deudor podría ser candidato a acceder a la exoneración, bajo la condición de que el concurso no sea culpable, lo que en modo alguno es identificable con la buena fe del deudor. Por el contrario, y de nuevo en sentido contrario a las previsiones de la Recomendación de la Comisión Europea, en el modelo español se exige satisfacer un elevado porcentaje de la deuda (créditos contra la masa en su integridad, privilegiados y el 25% de los créditos ordinarios en el mecanismo exoneratorio previsto para todo deudor, con independencia de su condición empresarial). Si a ello se añade el amplio elenco de deudas que resultan exceptuadas de la exoneración en el modelo español, entre las que destacan en particular los créditos de naturaleza pública, puede concluirse que la exoneración de pasivo es más formal que material.*

el Subsecretario de Economía, en varios foros, *de acabar con la sutil forma de esclavitud que supone el artículo 1.911 del Código Civil que regula la responsabilidad patrimonial universal, por el que las deudas de la persona física se arrastran durante toda la vida*⁷¹. A diferencia de la empresa, cuyas deudas mueren con la liquidación, la persona física las mantiene durante 15 años, periodo que el acreedor suele alargar indefinidamente con certificaciones que interrumpen la prescripción.

Pues bien, ello ha sido subsanado, en parte, con un nuevo Real Decreto-ley de 27 de febrero de 2015 –1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*–.

En realidad la propia exposición de motivos nos explica que *el mecanismo de segunda oportunidad diseñado por este real decreto-ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Y se trata igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por las razones de justicia hacia los acreedores que tan acertadamente expusieron autores como Manresa. Con ello se alcanza el debido equilibrio y la necesaria justicia que debe inspirar cualquier norma jurídica*.

La novedad fundamental del RD-ley de 27 de febrero de 2015-1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* es la mejora de los acuerdos extrajudiciales (en adelante AEP) y su extensión no solo a los empresarios⁷² y se

⁷¹ TEMBOURY, M., «Una segunda oportunidad. No hay que olvidarse del acreedor, pero el que lo ha perdido todo no puede pagar lo que no tiene», en *El País* de 5 de marzo de 2015, *Sección Tribuna*, http://elpais.com/elpais/2015/03/03/opinion/1425405351_650828.html

⁷² Nos indica CABANAS TREJO, R. («El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)», *Diario La Ley*, núm. 8505, Sección Doctrina, 23 de marzo de 2015, Ref. D-11) que la novedad que supone haber abierto el AEP a las personas naturales no empresarios, se combina con la incorporación de algunas especialidades al procedimiento general de AEP en el art. 242 bis LC. Aunque no se trata de un procedimiento distinto, sí que estas especialidades obligan a discriminar los supuestos con claridad, pues el AEP de la persona natural no empresario ha de discurrir forzosamente según este sistema, y en los otros casos deber aplicarse el general, sin especialidades. Por eso se ha de tener en cuenta que el concepto de empresario es muy amplio a efectos del AEP, y que basta con tener la condición de empresario a los efectos de la SS, o con ser trabajador autónomo, para quedar fuera del especial. Siendo así, un particular por el mero hecho de tener una empleada de hogar quedaría fuera de este último, aunque no desempeñe actividad económica alguna (tiene la condición de empresario, art. 10.1.7.º RD 84/1996 y art. 1.3 RD 1620/2011. Otro tanto ocurre con el familiar de un trabajador autónomo, pues también entra en la categoría cuando realice trabajos para el mismo de forma habitual y no tengan la condición de trabajador por cuenta ajena (art. 1.1 Ley 20/2007). Bastará con que concurra alguna de estas circunstancias para que el notario no pueda aceptar su tramita-

perfecciona su conexión con el concurso consecutivo⁷³, sobre los que volveremos en próximos capítulos, y la introducción de nuevo régimen de exoneración de deudas para los deudores persona natural en el marco del procedimiento concursal. El sistema de exoneración tiene dos pilares fundamentales: que el deudor sea buena de fe y que se liquide previamente su patrimonio (o que se declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa).

Cumplidas las anteriores condiciones, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios.

Alternativamente, cuando no hayan podido satisfacer los anteriores créditos y siempre que acepte someterse a un plan de pagos durante los 5 años siguientes, el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos, contra la masa y aquéllos que gocen de privilegio general. Para la liberación definitiva de deudas, el deudor deberá satisfacer en ese período las deudas no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello.

Insistimos, como se comprueba las novedades reales para las personas físicas no empresarias se pueden resumir en extensión del acuerdo extrajudi-

ción especial, con independencia de que la mayor parte del pasivo no guarde relación con la actividad, o esta ni siquiera exista (empleador en el servicio doméstico).

⁷³ El principal cambio, vid. *infra* capítulo sexto, es que ya no se abre necesariamente la fase de liquidación, sino un procedimiento abreviado, donde es posible el convenio. Sin embargo, cuando la solicitud de concurso se presente por el deudor o el Mediador Concursal (en adelante MC), estos deberán formular una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación. Si el concurso se hubiera iniciado a solicitud de los acreedores, el deudor podrá presentar una de ambas dentro de los 15 días siguientes a la declaración de concurso. Sobre el MC recae, además, sólo cuando haya solicitado el concurso, la tarea de pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, o, en su caso, sobre la apertura de la sección de calificación. En este caso, además, cuando desempeñe el cargo de Administrador Concursal (en adelante AC), el MC ha de presentar ya con la solicitud el informe del art. 75 LC. Por otro lado, se exime al MC que siga como AC del principio de confidencialidad. Si el deudor o el MC hubieran solicitado la liquidación, y en los casos de inadmisión a trámite, falta de presentación, falta de aprobación o incumplimiento de la propuesta anticipada de convenio, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación que se regirá por lo dispuesto en el Título V. Si no lo hubiera hecho el deudor, el AC presentará un plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días desde la apertura de la fase de liquidación. El concursado y los acreedores, dentro del plazo de alegaciones al plan de liquidación, podrán formular también observaciones sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural. Sólo en estos casos, y como destacada singularidad del Concurso Consecutivo frente al procedimiento general de la sección de calificación (art. 169 LC), se permite que los acreedores puedan solicitar, mediante escrito razonado, la apertura de dicha sección, con ocasión de formular alegaciones al plan de liquidación. No queda claro si solo se les da la oportunidad de expresarse, o si la sección deberá abrirse a su instancia, aunque el informe de la AC y del Ministerio Fiscal lo califiquen como fortuito. Creemos que solamente lo primero.

cial de pagos a éstas y simplificación de su procedimiento; y exoneración de sus deudas en caso de liquidación o insuficiencia de masa adoptando un plan de pagos de los créditos no exonerados para su satisfacción en cinco años.

Pero la principal crítica sigue siendo, que además, el sistema pasa porque de hecho las hipotecas hay que pagarlas siempre, basta una lectura de los arts. 178 bis, 3.4, y 5.2, de la LC y, como se ha señalado⁷⁴, *lo que es peor, que hay que ejecutarlas también, a coste del deudor; en lugar de limitarse el juez a imponer una dación en pago como medida final del proceso*. Entrando en abierta contradicción con el concurso de la persona jurídica, pues de hecho, en determinadas circunstancias, el juez puede acordar la dación en pago de bienes afectos a privilegio especial, evitando los costes de ejecución (art. 155.4, en relación con el 90.4 de la LC).

Cabe preguntarnos, si la finalidad del legislador ha sido «vetar la dación en pago del concurso de la persona física», y si es a ello a lo que se refería la exposición de motivos *establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas*. Y si no es, en sí mismo, la perversión del sistema creado, que queda finalmente en una laberíntica solución, en la que queda atrapado deudor, en la que verá como se incrementan «sus deudas» –por los costes de tramitación y de ejecución– y que con la que difícilmente podrá *volver a empezar*.

El art. 178 bis.7 LC se ocupa de la revocación de la exoneración de las escasas deudas que se ven cubiertas por este expediente. Cualquier acreedor puede solicitar la revocación del exiguo beneficio que concede la LC. Como señala nuestra doctrina⁷⁵, este último supuesto anula todo el sistema diseñado y no tiene precedentes en ordenamientos que establecen un sistema de segunda oportunidad. *Va contra la finalidad del instituto que es recuperar al deudor. La clave de la medida es que pueda el deudor volver a empezar y si remonta, estamos todos de enhorabuena: iniciará otra actividad, creará puestos de trabajo, dejará de consumir recursos sociales, lo cual tiene importantes beneficios para la economía. Pues bien, esto en España no es posible: si el*

⁷⁴ Como nos advierte CARRASCO PERERA, A., «Hay que iniciar y consumir todo el camino concursal –por breve que éste pueda ser si se encauza por el art. 176 bis LC–, que está gravado con altos costes, a los que, acaso, han precedido los costes de gestión y «mediación» del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. Todos estos costes son deudas de la masa, que tendrá que pagar el insolvente persona física, al que se le imponen acaso como «costes para la remisión» unas cargas casi seguro superiores al montante de sus créditos preconcursales. Cargas que, además, no producen eficiencia en el sistema, sino el simple paso de dinero de un bolsillo a otro». «El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», disponible en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/mecanismosegundaoportunidad.pdf>

⁷⁵ CUENA CASAS, M., «Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente», en, *RcP*, núm. 2015.

deudor remonta, los acreedores que vieron exonerados sus créditos, recuperan sus acciones contra el deudor y le dejan con lo necesario para cumplir sus obligaciones de alimentos. Esto es inaudito y muta la naturaleza de la figura regulada que ya no es una exoneración de deudas sino un pactum de non petendo.

Podemos concluir que, si bien se trata de importantes reformas para las personas naturales con dificultades económicas y en previsible situación de insolvencia, el anuncio de las mismas excede de las novedades reales, por lo que veremos la incidencia real de las mismas. En cualquier caso, con estos mimbres normativos no puede afirmarse que se esté, o se pueda estar, ante la *datio in solutum necessaria* ligada a momentos y contextos históricos en los que la iliquidez constituía un problema de orden público. Todos ellos, como vimos, compartían un elemento común: la existencia de una situación de crisis económica que motivaba que el dinero escasease y el valor de la propiedad inmobiliaria se depreciara, haciendo muy difícil –cuando no imposible– el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias.

Por último y en el momento en que se escribían estas líneas, se tramitaba la convalidación a ley de esta segunda oportunidad. Se presentaron 41 enmiendas art. 178 bis Ley concursal, precepto que regula el régimen de segunda oportunidad⁷⁶. Se trataba de un tema sensible que ha sido protagonista en la campaña electoral de las últimas elecciones autonómicas y municipales. De hecho, ya indica la profesora Cuenca Casas⁷⁷, *el discurso de la insolvencia de las familias se ha erigido en tema principal de algunos partidos políticos que se han hecho con el poder para gobernar ciudades como Madrid y Barcelona. España tiene muchos problemas, y la corrupción es uno de ellos, pero el ciudadano tolera peor determinadas conductas cuando tiene el bolsillo vacío. El problema de la insolvencia de los particulares, pues a su juicio, ha sido importante en el resultado electoral del 24 de mayo de 2015.*

En cuanto a algunos de los cambios introducidos Ley, hay que destacar el referente a la revocabilidad del régimen de segunda oportunidad.

⁷⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: PROYECTOS DE LEY 10 de junio de 2015 Núm. 137-2 Pág. 1, ENMIENDAS E ÍNDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO, 121/000137 Proyecto de Ley de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-137-2. PDF

⁷⁷ CUENCA CASAS, M., «Ley de Segunda Oportunidad: el Gobierno rectifica, pero poco» en <http://www.ibercampus.es/ley-de-segunda-oportunidad-el-gobierno-rectifica-pero-poco-30735.htm>

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, BOE núm. 180 miércoles 29 de julio de 2015, agrega al art 178 bis Lc:

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor.

5.º Que, alternativamente al número anterior: (.....) Únicamente tendrán acceso a esta sección las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor; entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quién esté a cargo del Registro Público Concursal.

4. 2.º (....) Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida.

Y se da nueva redacción a su n.º 7. Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados. Se exceptúan de esta previsión los bienes inembargables conforme a lo dispuesto en los artículos 605 y 606 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

También podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos:

a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

b) *En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos, o*

c) *Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.*

La solicitud se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal. En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

8. *Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.*

También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Contra dicha resolución, que se publicará en el Registro Público Concursal, no cabrá recurso alguno. No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando concurra la causa prevista en el párrafo primero del apartado anterior.

Los cambios introducidos en la Ley ⁷⁸, las mejoras son sustanciales, pues matiza el texto inicialmente aprobado (RDL 1/2015), pero se mantiene la revocabilidad según la cual al deudor al que se le había condonado provisionalmente determinadas deudas, sigue siendo revocable si en el plazo de cinco años el deudor mejoraba sustancialmente su situación económica (art. 178 bis.7 LC) ⁷⁹. Aun así, como señala el último informe del Banco Mundial *los beneficios de la exoneración de deudas pueden convertirse en ilusorios si no se respeta la exoneración de deudas una vez que el procedimiento concursal ha concluido* ⁸⁰.

Y es que lo señalado no es comparable con otras circunstancias, como es el caso de la extinción de la persona jurídica en caso de conclusión de concurso con pasivo insatisfecho, o en virtud de un instituto jurídico distinto a la *discharge*, como es el convenio concursal con quita, que sobre la base de un sustrato negocial, produce un efecto novatorio sobre la deuda originaria, como veremos ⁸¹.

Pero es que además, su mayor crítica quizá resida en su propia complejidad, pues no debe olvidarse que el acuerdo extrajudicial de pagos supone el primer paso del proceso de segunda oportunidad, y consiste en que deudor y acreedor alcancen un acuerdo extrajudicial de pagos que será supervisado por un mediador concursal. De hecho, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha solicitado al Ministerio de Justicia que revise y simplifique el con-

⁷⁸ El papel que jugará en este ámbito la Recomendación de 14 de marzo de 2014, es fundamental, pues como se sabe la armonización, hasta el momento tan solo se había conseguido parcialmente en el ámbito procesal, a través del Reglamento de insolvencia transfronteriza (Reglamento CE n.º 1346/2000 del Consejo) que regulaba cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, que finalizó su proceso de reforma hace escasas fechas. Finalmente fue publicado Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (DOUE) núm. 141, de 5 de junio de 2015, pp. 19 a 72). El nuevo texto será aplicable a los procedimientos concursales que se abran con posterioridad al 26 de junio de 2017 (vid. art. 84) y extiende su ámbito de aplicación a los llamados procedimientos híbridos o preconcursales, de este modo se señala en su décimo considerando: *También debe hacerse extensivo a los procedimientos que prevean una condonación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos (...)*.

⁷⁹ Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*. (BOE, núm. 180 miércoles 29 de julio de 2015).

⁸⁰ *Draft Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Third Draft, September 2012, disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf> (citado por CUENA CASAS, M., «Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente», en, *RcP*, núm. 2015)

⁸¹ Proyecto de Ley de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (procedente del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero). (621/000135)(Cong. Diputados, Serie A, núm. 137 núm. exp. 121/000137), BOCG, Senado X Legislatura, núm. 550, 26 de junio de 2015, pág. 271. Disponible en http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_550_3682.PDF

tenido de los *formularios de solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos previstos en la Ley de Segunda Oportunidad*⁸². El diseñado por el Ministerio de Justicia se señala en el Informe, textualmente, es *enrevesado* y dificultará el acceso a este procedimiento, según este órgano y *difícilmente podrá lograr el objetivo que persigue tanto la ley habilitante como la Orden Ministerial informada de difundir el uso de este procedimiento*.

El Informe recuerda que en dicha introducción se dice que para poner en marcha el mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social se encomendó al Ministerio de Justicia que aprobara los formularios que facilitaran el inicio del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Tras examinarlo, concluye que el contenido de dicho formularios debe ser *revisado y simplificado para dotarlo de claridad y sencillez*, empezando por cambiar su nombre para evitar la disparidad de enunciados y pasando por evitar las peticiones de datos repetidos. En aras a cumplir la finalidad de la Ley, *habida cuenta de las importantes dificultades que presenta el formulario propuesto*, éste debería *no sólo simplificarse*, según concluye el órgano de gobierno de los jueces, *sino además reducir los documentos cuya presentación se exige y farragosidad del sistema que resulta complejo de entender incluso*.

⁸² Con fecha 27 de mayo de 2015, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el proyecto de *Orden del Ministerio de Justicia aprobando el Formulario normalizado de solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, de inventario de bienes y de lista de acreedores*. La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 3 de junio de 2015, designó Ponente de este informe a la Vocal Doña María del Mar Cabrejas Guijarro, cuyo informe comentamos. Accesible en www.poderjudicial.es/.../INFORMES%20DE%20LEY/.../20150728%20I

CAPÍTULO 3

LA DACIÓN EN PAGO EN NUESTRO SISTEMA DE DERECHO PRIVADO

1. HACIA UNA NUEVA FUNCIÓN ECONÓMICO SOCIAL DE LA DACIÓN EN PAGO

1.1 La dación en pago como mecanismo privado del nuevo paradigma monetario

Partiremos, señalando que *la función económico-social, o su causa, de la dación es dar en pago de la obligación una res distinta de la debida, posibilitando la extinción propia del vínculo obligatorio*¹, por ello como uno de los prepuestos de validez que se señalan a efectos de la existencia de la dación en pago es la diferenciación entre la prestación originaria y el *aliud pro alio*, la nueva prestación pactada.

Por dación en pago voluntaria debe entenderse todo acto por el que el deudor realiza una prestación distinta de la debida (*aliud pro alio*) y el acreedor la acepta con los mismos efectos que el pago².

¹ MACHADO PLAZAS, J., «La distinción entre la dación en pago y la cesión «pro solvendo» contenidas en un convenio concursal (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997)» en *RGD*, núm. 648, 1998, pp. 11092 y 11093; FERNÁNDEZ NOVOA, C., «Naturaleza jurídica de la Dación en Pago», *cit.*, p. 794.

² En definitiva como señaló el Prof. Albadalejo la dación en pago es *una dación en pago, tal como suena, y por perogrullesco que parezca, es decir, pagar dando o haciendo algo que no es lo que se debía y debe*, ALBADALEJO GARCÍA, M., «La dación en pago y la determinación de la deuda que se paga [Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 8 de febrero de 1996]», *RDP*, t. LXXXI, diciembre 1997, p. 913.

Como señaló Díez Picazo, L.,³ aunque en términos generales, las obligaciones puedan consistir en entregar una cosa o en hacer o no hacer algo en una economía medianamente avanzada y fundada en la división del trabajo, el dinero opera como instrumento de intermediación en los cambios y, por consiguiente, como uno de los más importantes objetos de las posibles prestaciones que se insertan en una relación obligatoria.

En efecto, el dinero surge en su concepción más primitiva como un instrumento que permitía perfeccionar la *economía de trueque* transformándola en una *economía de cambio* en la que el elemento intercalado era precisamente el dinero, lo que significaba un avance notable al no precisar la igualación de valores que había que buscar en la primitiva *economía de trueque*. La unidad de cuenta para medir los valores de las cosas y poder simplificar las comparaciones e incluso los trueques es anterior a la aparición del dinero, de manera que el conocimiento del concepto de unidad de cuenta hizo concebir el dinero como expresión material y manejable de cantidades de unidades de cuenta o fracciones de las mismas⁴.

Si separamos el concepto del dinero y lo consideramos en abstracto, sin conexión con la moneda, es evidente que podemos seguir manteniendo que el dinero sigue midiendo valor⁵. Así, una cantidad de dinero mide cualquier valor de cualquier clase. De este modo, mientras que las formas de acumulación material de bienes es compartida por el hombre con algunas especies

³ (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 253.) En este sentido señala gráficamente GARRIGUES, J. «El dinero como objeto de la actividad bancaria», *RDM*, 1958, p. 20, *el dinero es carne de contrato y vive en perpetuo movimiento, en constante transmisión*.

⁴ GARRIGUES, J., «El dinero como objeto de la actividad bancaria», cit, p. 9. *el dinero resuelve el cambio entre dos personas por medio de dos contratos de compraventa entre tres personas. Qué objetos hayan adquirido la cualidad de medios de cambio es cuestión propia de la historia de la Economía*.

⁵ Debe distinguirse entre el «dinero» en su concepto abstracto y su materialidad empírica o simbólica, la «moneda». Vid., BONET CORREA, J., «Artículo, 1.170», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albadalejo, M., T. XVI, Vol. 1, Madrid, 1980, p. 131. Como aclara este mismo autor en «La crisis del principio nominalista del dinero y sus consecuencias jurídicas», en, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. II, Madrid, 1988, p. 45, *El dinero tiene, pues, una naturaleza cuasi metafísica», que no empírica, aunque su trasunto tangible, la moneda, adquiera una materialidad al menos formalmente; por eso, hay que concluir que el dinero es, ante todo, un «bien abstracto que contiene un poder patrimonial que lo hace idóneo y capaz para sustituir a las demás cosas, bienes, servicios y derechos que pueden ser valorados económicamente*. Matiza Díez PICAZO, L., (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 255.) que el dinero en cuanto unidad de medida, es una pura entidad intelectual, que no tiene por qué concretarse en realidades materiales o en cosas. Así por ejemplo señala la costumbre inglesa de determinar los valores en guineas, cuando la guinea es una moneda inexistente, pues desapareció ya hace algún tiempo y sin embargo, la guinea sirve o puede servir como unidad de valor.

animales, sólo el hombre acumula valor en estado puro, esto es dinero⁶. Esta función de acumulación de riqueza del dinero, es una función ligada al tiempo⁷; el dinero traslada el valor en estado puro de un tiempo a otro⁸, pero además se combina con el espacio. Es decir, el dinero permite trasladar valor de un sitio a otro⁹.

Además el dinero cumple la función de medio de pago, su aceptación como tal es una cuestión de confianza por parte del que lo recibe. Sólo lo acepta contra bienes y servicios en tanto en cuanto crea que ese dinero es una

⁶ Señaló KEYNES, J. M., (*Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, 1977. p. 261.) *No podemos librarnos del dinero aun cuando aboliéramos el oro, la plata y los instrumentos de moneda corriente. Mientras exista algún bien durable, este podrá poseer los atributos monetarios.* Incluso señala HICKS, J. R., *Ensayos críticos sobre teoría monetaria*. Segunda Edición 1975, p. 33. como ejemplo el uso de los cigarrillos en Alemania inmediatamente después de la guerra. Y es que, en principio cualquier bien fácil de transportar y de almacenar podría servir como medio de cambio. Vid. STIGLITZ, *Economía*, traducción de RABASCO ESPARIZ, Barcelona, 1993, p. 945 y 946. Pero como clarifica HICKS, J. R., *Ensayos críticos sobre teoría monetaria*, cit., p. 34, en principio cualquier activo transferible que aparezca en un balance puede considerarse como «reserva de valor», pero no por ello toma la cualidad de dinero. Un activo se convierte en un activo monetario si sirve no sólo como «reserva de valor», sino también como unidad de medida y como medio de pago.

⁷ Para KEYNES, J. M., (*Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, op. cit. p. 261) *El dinero en sus atributos importantes es, sobre todo, un artificio sutil para ligar el presente con el futuro.*

⁸ Esta es la función que más controversias ha planteado porque la relación del dinero con el tiempo ha estado y está ligada al préstamo y éste al interés. Para enfocar esta función debemos seguir a KEYNES, J. M., (*Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, cit.) sobre la preferencia por la liquidez, la función de traslado de valor en el tiempo y la justificación del interés por la renuncia a la liquidez. El citado autor destacó la transcendencia de la preferencia por la liquidez. Distingue entre la demanda y la oferta en los siguientes términos: «puede decirse que la curva de la eficacia marginal del capital rige los términos en que se demanda fondos disponibles para nuevas inversiones, mientras que la tasa de interés rige las condiciones en que se proveen corrientemente dichos fondos. La propensión a consumir determina la cantidad de ingresos que cada individuo guardará en alguna forma de poder adquisitivo de consumo futuro». Pero Keynes señala acertadamente que después de decidir lo que conserva, tiene que decidir cómo desea conservarlo, bien en dinero o su equivalente, o indeterminado, dejando a la situación futura del mercado la fijación de las condiciones en que puede convertir el poder adquisitivo diferido en inmediato; es decir el agente económico tiene que decidir cuál es su preferencia por la liquidez. En resumen, Keynes refleja las posiciones en que puede encontrarse un agente económico: o es demandante de fondos líquidos o es poseedor de fondos líquidos con dos opciones, conservarlos —preferencia por la liquidez— o colocarlos, esto es invertirlos en una forma más o menos próxima a la liquidez, con nula, menor o mayor recompensa por el tiempo que prescinda de los fondos. Con ello quedó claro que el dinero tiene una función de trasladar valor en el tiempo, pero también que la preferencia por la liquidez y el riesgo según su grado, determina el interés o rendimiento del dinero cuando el valor se recupera cumplido el plazo.

⁹ Esto era evidente desde que apareció la moneda, pero implícitamente se encontraba en cualquier registro, fuera una tablilla, una carta, un mandato, por la que se mandara entregar a una persona dinero que había dejado en manos del ordenante. Este se hacía cargo de un dinero que quedaba con él, pero mandaba a otro que entregara una cantidad de dinero igual, en otro lugar a quien se lo había cedido o a un tercero por su cuenta. Este fue el origen del cambio trayecticio y de la trasferencia. El cambio de moneda y su disposición o entrega *distancia loci* (cambio trayecticio) unido, como se sabe, al uso de un documento o carta, antecedente de la letra de cambio (cambio per *litteras*), Vid. CORTÉS, L. J., «El mercado del crédito», en *Curso de Derecho Mercantil*, II, Dir. URÍA, R./MENÉNDEZ, A., Madrid, 2001. p. 465. Hoy día con técnica más sofisticada el dinero es transportado mediante múltiples formas de registro, desde soporte de papel a transmisiones de dígitos.

cantidad de valor del que disponer en el futuro¹⁰. De ahí, como ha señalado Bonet Correa, J., *la magia del dinero*; ser un bien por excelencia capaz de sustituir a los demás bienes y servicios, generalmente a todo aquello que puede ser susceptible de apreciación económica, de ser valorado e intercambiado por él, ya que puede volver a ser dado para adquirir los mismos o distintos bienes y servicios¹¹.

En otras palabras, *es el bien jurídico por excelencia, ya que es más genérico que las cosas genéricas, más fungible que las cosas fungibles, más divisible que las cosas divisibles, siendo el bien más sustituible, puesto que constituye el equivalente (tantundem) más idóneo del valor patrimonial de todas las demás cosas, bienes, servicios y derechos valorables económicamente*¹².

Luego en esta función de medio de pago el dinero necesita de un respaldo legal, una autoridad que determine la cualidad de medio de pago de determinada forma de dinero, asociada a una unidad monetaria o unidad de cuenta específica, con independencia de cuál sea su soporte físico¹³. El dinero adquiere su sentido porque existe una normativa que lo establece como medio general de cambio y como unidad de valor, pero también porque una determinada comunidad o grupo humano le otorga su confianza y admite en general su vigencia¹⁴.

Por ello como certeramente señaló Garrigues (siguiendo a Knapp), el concepto del dinero es siempre un concepto jurídico, quien define en último término qué es el dinero, es siempre la ley. La economía nos dirá para qué sirve el dinero; el Derecho nos dirá qué es lo que sirve como dinero, es decir, qué especie de cosas muebles es aquella a la que el Estado reconoce la cualidad de *ser medio de pago irrecusable en aquellas obligaciones que tienden a procurar al acreedor un poder patrimonial de adquisición de otros bienes*

¹⁰ Debemos advertir que la inflación y en consecuencia la pérdida de valor del dinero, es un serio obstáculo a esta función, en tanto que hoy en día el soporte del dinero no es ningún material que tenga valor estable en relación con los demás. Pero todo el mundo acepta este defecto del dinero, en tanto la inflación no sea desproporcionada. Es decir, la función de acumulación de riqueza del dinero es posible siempre que éste no pierda poder adquisitivo de manera exagerada.

¹¹ BONET CORREA, J., «La crisis del principio nominalista del dinero y sus consecuencias jurídicas», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. II, cit., p. 46.

¹² BONET CORREA, J., «Artículo, 1.170», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBADALEJO, M., T. XVI, Vol. 1, cit., p. 132.

¹³ Vid. voz «Dinero, concepto y principios universales», en *Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca*, Tomo II, Madrid, 1992; p. 107.

¹⁴ DíEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 256.

*económicos*¹⁵. No obstante, esta tradicional concepción del dinero ya contó en las últimas décadas del siglo XX con notables excepciones como ya indicamos en otros trabajos, al analizar el llamado *dinero electrónico*¹⁶.

Ahora bien, se alzan voces que señalan que en la actual crisis del siglo XXI, hay una más profunda derivada de la evolución del sistema monetario durante las tres últimas décadas. Se apunta que para superar en algunos países como España la actual crisis hace falta *pasar de un monopolio monetario a un ecosistema monetario* en el que convivan distintas monedas y sistemas de pago. Se señala que en un mundo globalizado *es necesario un cambio de paradigma*¹⁷ en el que las divisas tradicionales y el dinero físico no van a desaparecer, sino que coexistirán con los nuevos medios de pago y el dinero digital¹⁸. Pero ello implica que exploremos nuevas formas de pago y eso incluye, desde el dinero digital a sistemas de trueque en red, y al mismo tiempo la revisión del monopolio monetario de los Estados¹⁹.

En este estadio incipiente en el nuevo paradigma monetario, las diferentes variantes de dinero virtual bidireccional y, en concreto, el *BITCOINS* (BTC), pueden considerarse un bien (*commodity*) que desarrolla las funciones del dinero en su acepción económica²⁰; y que incluso podría alcanzar los efectos del jurídicos del pago con dinero fiduciario, si jurídicamente su entrega se realiza como dación en pago voluntaria, consiguiendo el mismo efecto extintivo y liberatorio que el dinero de curso legal, siempre que sea aceptado por el acreedor.

¹⁵ GARRIGUES, J., «El dinero como objeto de la actividad bancaria», cit., p. 12. En similares términos, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., voz «Dinero» (D.º Civil), *EJBC*, Madrid, 1995 p. 2502.

¹⁶ No nos vamos a detener en el concepto ni en las características jurídicas del dinero, ya que fueron objeto de nuestro estudio en nuestro trabajo *El dinero electrónico*, Madrid, 2003. A él nos remitimos.

¹⁷ En conclusiones de los expertos reunidos en el Congreso celebrado en Madrid, junio de 2014, para debatir sobre el futuro del dinero en el marco del *Future Trends Forum* de la Fundación para la Innovación de Bankinter, disponible en «El dinero tiene la culpa de la crisis, hace falta un cambio en los sistemas de pago» – *Noticias de Economía* <http://bit.ly/1pWyLma>. (consultado el 3 de julio de 2014).

¹⁸ Vid. el informe sobre *World Payments Report (WPR)* realizado por la consultora *Capgemini* y el *Royal Bank of Scotland (RBS)* *anticipated and valuable resource for payments industry professionals to track the state and evolution of the global non-cash payments market*, disponible en http://www.capgemini.com/resource-file-access/resource/pdf/wpr_2013.pdf. (consultado el 3 de julio de 2014).

¹⁹ Sobre estos aspectos nos remitimos a nuestro trabajo *Dinero electrónico*, Madrid 2003.

²⁰ Curiosamente, nuestro país ha sido pionero a la hora de constituir una sociedad mercantil con la aportación de los denominados *BITCOINS*, sobre ello vid. GOMÁ LANZÓN, I., «¿Se puede constituir una sociedad con *BITCOINS*?» <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2014-sociedad-bitcoins.htm>. Últimamente, NAVAS NAVARRO, S., «Un mercado financiero floreciente: el dinero virtual no regulado (Especial atención a los *BITCOINS*)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 13, 2015, p. 90. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> I. Estudios y Consulta.

1.2 Principal mecanismo privado de ajuste entre el valor y el precio, y del problema de la iliquidez

La dación, por otro lado también cumple una nueva función frente al problema que se plantea en la actualidad con la caída de la economía y la inexistencia, por tanto, del valor y el precio de los bienes y donde la dación en pago encuentra su verdadera razón de ser, donde se asienta *la datio in solutum res pro pecunia* –mediante el pacto por el que se entrega una res, a cambio de la satisfacción del crédito previo (*datio in solutum o pro pecunia*) con eficacia liberatoria *solvendi causa*–. De ahí que, como advertimos en las primeras páginas de esta monografía, su clásica función económico-social²¹ de la dación en pago se contextualiza y transita a ser el principal mecanismo privado de ajuste entre el valor y el precio.

Ahí reside al mismo tiempo su dificultad –la que supone «el valor» del bien entregado en satisfacción de la deuda pendiente, es decir, *entre la prestación originaria y la nueva prestación, el aliud pro alio*– y su utilidad en la práctica concursal y en el contexto socio económico en el que nos encontramos.

Como ya comprobamos en nuestro breve excursio histórico, cuando la situación anormal de la moneda y el valor nominal de la misma queda muy diferenciada de su valor real, genera grandes alteraciones en su poder adquisitivo, e injusticias patrimoniales que alcanza a las partes por lo que la *datio in solutum* de *res pro pecunia* es el principal mecanismo de ajuste privado. Y ello porque no se ha acometido, por vía legislativa, una reforma que restablezca las alteraciones sufridas en el valor de nuestra unidad monetaria para que nuestra *sociedad pueda funcionar de manera razonablemente equilibrada*²².

Paralelamente, la *datio in solutum*, al igual que con Justiniano, viene a solucionar el problema del incumplimiento de obligaciones de naturaleza pecuniaria, causado por otro problema económico: la reducción del dinero circulante y del bancario.

Hay un déficit de demanda agregada, pero no sólo es debido al excesivo endeudamiento privado, sino del desvío continuo, incremental y cada vez mayor de la inversión en la economía productiva a la financiera y a la digital. Se ha desinvertido en sectores generadores de mano de obra –y consiguiente re-

²¹ *Función económico-social, o su causa, de la dación es dar en pago de la obligación una res distinta de la debida, posibilitando la extinción propia del vínculo obligatorio*; vid. MACHADO PLAZAS, J., «La distinción entre la dación en pago y la cesión «pro solvendo» contenidas en un convenio concursal (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997)», cit. pp. 11092 y 11093; FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica de la Dación en Pago», *ADC*, cit., p. 794.

²² EMBID IRUJO, J. M., *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, 2013, segunda nota a pie de página del Capítulo cuarto, pp. 62 y 63.

ducción general en el número de empleos y los salarios que se pagan–, en contraposición a la inversión en productos financieros (deuda, acciones, derivados varios, bonos, fondos etc.) que generan más beneficios pero emplean mucha menos mano de obra y comprimen la creación de dinero bancario, en su sentido tradicional. A lo que se acompaña el descenso del crédito comercial de las empresas no financieras en España.

Estos fallos del sistema financiero, son causados también por el su estrangulamiento²³ y la pérdida de su capacidad en la creación de dinero bancario. Y son, en definitiva, el origen del sombrío fenómeno conocido como exclusión financiera²⁴. Fenómeno este que nos tememos tenderá a agravarse ante las pre- visibles restricciones del flujo crediticio que se ciernen sobre el sector privado.

En efecto, los imperativos de solvencia y control impuestos por Basilea III alejan cualquier atisbo de liquidez, por ser la financiación bancaria la principal²⁵, por no decir única, vía de financiación de las PYMEs²⁶, realidad que ha sido acuñada en nuestra doctrina mercantil como «bancarización»²⁷.

A estos efectos es también significativo el retroceso en la evolución reciente del crédito comercial de las empresas no financieras en España, pues nos indican los flujos financieros que tienen lugar dentro del sector de sociedades no financieras, que de este modo se financian entre ellas –si bien una parte de esos

²³ Vid. sobre este fenómeno nuestro trabajo «La Sociedad Cooperativa de Crédito y la «reestructuración socialmente inteligente» del sector financiero europeo», en AA. VV. *Problemas jurídicos actuales de las empresas de economía social*, Granada 2014.

²⁴ Las encuestas disponibles sobre acceso de las pymes a la financiación, como la que realiza el BCE para los países de la UEM o las que elaboran las cámaras de comercio y el Instituto de Crédito Oficial (ICO) para España, ponen de manifiesto cómo a lo largo de los últimos años se ha producido un deterioro en el acceso y la inclusión crediticia, que ha sido especialmente intenso en nuestro país, en línea con la mayor profundidad de la crisis económica. Para un análisis de la evolución comparada entre España y la UEM, Vid. MENÉNDEZ/MULINO, «Encuesta del BCE sobre el acceso de las pymes a la financiación. Análisis de resultados y evolución reciente», *Boletín Económico del Banco de España*, abril, 2012. Los últimos resultados de esta encuesta pueden consultarse en BCE (2013), *Survey on the access to finance of small and medium-sized enterprises in the euro area*. October 2012 to March 2013.

²⁵ Vid. AYUSO, J.; «Un análisis de la situación del crédito en España». *Boletín Económico del Banco de España*, núm. 81, 23 de octubre 2013.

²⁶ No podemos dejar de señalar la magnitud del problema si se tiene en cuenta como indicó, –en la presentación de la sexta edición de la *Guía del Sistema Financiero Español*, editada por Analistas Financieros Internacionales (AFI) con el patrocinio de FUNCAS–, José Manuel González-Páramo, –ex miembro de la Comisión Ejecutiva del Banco Central Europeo, que: «El 80% de la financiación de las empresas españolas procede de los bancos. No hay ningún caso similar en toda Europa». «No hay alternativa al crédito, sobre todo para las pymes, que no tienen acceso a otras fuentes de financiación» Citado por VALERO, «Las empresas temen un oligopolio en la banca», *Estrategia Financiera*, núm. 303, *Sección Artículos / Mercados Financieros*, marzo 2013.

²⁷ PULGAR EZQUERRA, J., «Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad (1)» *Diario La Ley*, núm. 8141, Sección Doctrina, 4 Sep. 2013, Año XXXIV, Ref. D-294, LA LEY 4940/2013.

flujos se traduce también en crédito concedido por las empresas a otros sectores, como los hogares, las Administraciones Públicas o el resto del mundo—²⁸.

Es cierto, que se están realizando intentos legislativos para paliar la situación²⁹, como la reciente Ley 5/2015, de 27 de abril (B. O. E núm. 101, martes

²⁸ GARCÍA-VAQUERO, V. / MULINO RÍOS, M., «evolución reciente del crédito comercial de las empresas no financieras en España» en *Boletín Económico del Banco de España* núm. 32, enero de 2015, *Desde 2010 la financiación comercial ha mostrado unas tasas de caída sustancialmente mayores que las de las ventas. El retroceso del crédito comercial ha sido también más intenso que el de la financiación bancaria, aunque más moderado que el de los préstamos bancarios a corto plazo, que, como se ha indicado, son sus sustitutos más próximos. Aunque las facturas comerciales no son un instrumento negociable, existe la posibilidad de utilizarlas como garantías en algunas modalidades de financiación bancaria, como en el factoring o en el descuento de efectos. Según se aprecia, el porcentaje de crédito con póliza de descuento sobre el saldo vivo de crédito comercial ha mostrado un perfil ligeramente descendente desde 2007, siendo algo más intenso durante los primeros años de la crisis. Esta contracción refleja el retroceso de las operaciones con recurso, esto es, aquellas en las que la entidad bancaria gestiona el cobro pero no incurre en el riesgo de impago del emisor de la factura (que, de producirse, debe ser asumido por la empresa que la descontó). El porcentaje de los efectos vencidos impagados ha mostrado una evolución muy condicionada por el ciclo económico. Así, durante 2008 y 2009 repuntó fuertemente, coincidiendo con el inicio de la crisis. En 2010 descendió, en línea con el curso menos desfavorable de la economía, y volvió a elevarse en 2011 y 2012, en consonancia con la agudización de la recesión en esos años. La evolución más favorable de la economía en los años posteriores se tradujo en nuevos retrocesos, alcanzándose niveles similares o incluso inferiores (en el caso de los efectos en cartera) a los de antes de la crisis.*

²⁹ En ello tiene implicaciones relevantes en la materia de nuestro estudio como Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, *por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado*, especialmente en su anexo I. En este estado de continua preocupación por la evolución de la pyme en el ámbito europeo, la iniciativa en favor de las pequeñas empresas (*Small Business Act* –COM(2011) 78– Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de junio de 2008, denominada *Pensar primero a pequeña escala* – *Small Business Act* para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas) reconoce también la problemática del acceso de las pyme a la financiación. En su principio general sexto contempla el acceso de las pyme a la financiación y el desarrollo de un marco jurídico y empresarial que propicie la puntualidad de los pagos en las transacciones comerciales como una materia de carácter transversal que ha de afectar a la promulgación de las diversas normas nacionales. En nuestro ámbito interno, los criterios de la Recomendación son acogidos en la Circular 4/2013, de 27 de septiembre, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 3/2008, de 22 de mayo, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos. Sin embargo, puede verse una diversa asunción, en el plano contable, en el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas. Algunas recientes reformas legislativas han tratado de atajar este fenómeno. Entre ellas, las modificaciones de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Al respecto, véase también la Resolución de 29 de diciembre de 2010, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre la información a incorporar en la memoria de las cuentas anuales en relación con los aplazamientos de pago a proveedores en operaciones comerciales. Asimismo, el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros; el Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las Entidades Locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos; y la Resolución de 26 de julio de 2013, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se da cumplimiento al artículo 32.1 del Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros. También téngase en cuenta la modificación introducida por el art. 4.36 de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal,

28 de abril de 2015), *de fomento de la financiación empresarial*, pero habrá que esperar a ver su impacto real sobre este acuciante problema³⁰.

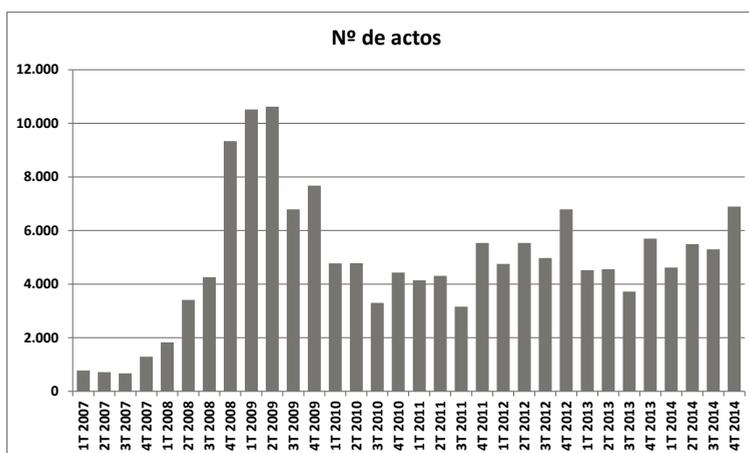
Todos estos factores han contribuido a que la tipicidad social de la dación en pago sea innegable, y que se observe una tendencia creciente en su uso en el tráfico económico. Los datos estadísticos avalan la progresión de las daciones en pago celebradas ante notario desde el año 2007 hasta 2014 inclusive (periodo que abarca los datos desde antes de la crisis hasta la actualidad)³¹. Como se comprueba en la evolución del número de actos de daciones en pago, salvo el año excepcional del 2009, –punto álgido de la crisis y estallido de la burbuja inmobiliaria– el año 2014 presenta el número más elevado de actuaciones en dación en pago con 22.309 expedientes, por lo que esta figura jurídica mantiene actualmente un protagonismo indiscutible. Ha pasado de ser prácticamente inexistente en el año 2007 a consolidarse en nuestro sistema jurídico; como se percibe en el cuadro adjunto.

para el procedimiento monitorio, que lo equipara al sistema monitorio europeo, para el pago de deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible (cfr., art. 812 LEC) y que dispensa de la exigencia anterior del importe máximo de 250.000 euros, que ya resultó elevada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, respecto de la anterior de 30.000 euros. Todo ello por la incorporación al ordenamiento patrio de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y que en su artículo 10 requiere que los procedimientos de cobro de créditos no impugnados en caso de morosidad en las operaciones comerciales concluyan en breve plazo, incluso mediante un procedimiento acelerado, independientemente del importe de la deuda.

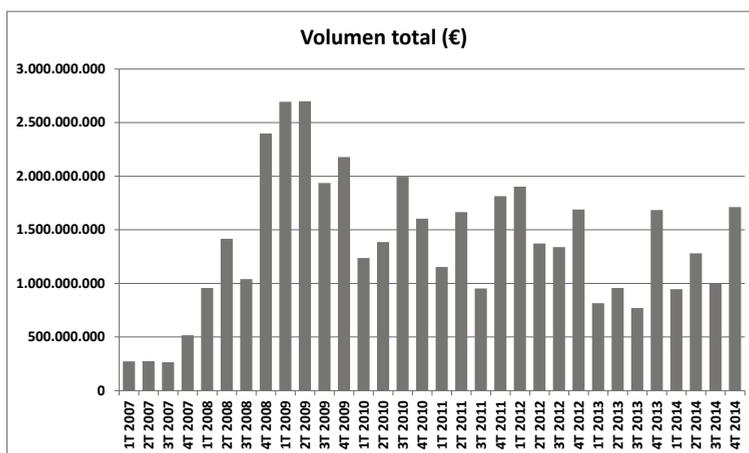
³⁰ Pero esta realidad no es solo nacional, sino que desde la Unión Europea la Comisión reconoció en su Comunicación de 3 de marzo de 2010, en su «Estrategia Europa 2020» –*The EU Framework Programme for Research and Innovation*–, se establece como un objetivo común la mejora del entorno empresarial, en particular para las PYME, lo cual incluye, entre otras medidas, la facilitación del acceso al crédito y la reducción de los trámites burocráticos (p. 4). A estos criterios de política legislativa han seguido los planes de acción «para mejorar el acceso de las pymes a la financiación (SEC(2011) 1527 final)», y el «sobre emprendimiento 2020» (COM(2012) 795 final); y los programas CIP («*The Competitiveness and Innovation Framework Programme*» a través de GIF («*The high growth and innovative SME facility*») y SMEG («*The SME guarantee facility*»), y COSME («*Programme for the Competitiveness of Enterprises and Small and Medium-sized Enterprises*») desde 2014, a través del LGF («*The Loan Guarantee Facility*») y del EFG («*The Equity Facility for Growth*»). Puede verse en este punto el Reglamento (UE) núm. 1287/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece un Programa para la Competitividad de las Empresas y para las Pequeñas y Medianas Empresas (COSME) (2014-2020). También desde el sector público está llamado a jugar un papel relevante el Grupo Banco Europeo de Inversiones, junto al instituto de Crédito Oficial nacional mediante el impulso de mecanismos de garantías para facilitar el acceso a financiación bancaria a las PYMEs innovadoras. Puede verse así el Proyecto «SME INITIATIVE SPAIN» de 26 de septiembre de 2014, en el marco de la «Estrategia Europa 2020».

³¹ Fuente elaboración propia sobre datos procedentes del Consejo General del Notariado. Centro de Información Estadística del Notariado Variable: Grupo 05 – Contratos traslativos sobre todo tipo de bienes y derechos; Subgrupo 514 – Cesión en pago o para pago de deudas Datos: ámbito nacional, datos trimestrales del 1T-2007 al 4T-2014.

■ DACIÓN EN PAGO E INSOLVENCIA EMPRESARIAL



Esta evolución también puede comprobarse, teniendo en cuenta otras variables como la cuantía media por operación, o el volumen total (datos trimestrales del 1.º trimestre-2007 al 4.º trimestre-2014)³².



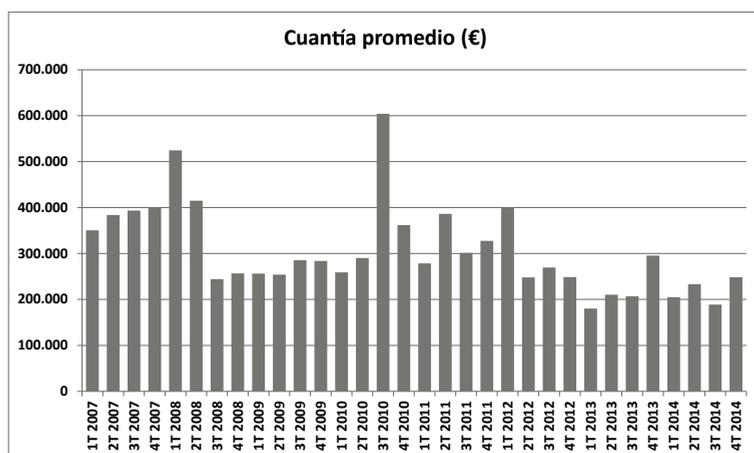
³² Fuente elaboración propia sobre datos procedentes del Consejo General del Notariado. Centro de Información Estadística del Notariado Variable: Grupo 05 – Contratos traslativos sobre todo tipo de bienes y derechos; Subgrupo 514 – Cesión en pago o para pago de deudas. Datos: ámbito nacional, datos trimestrales del 1T-2007 al 4T-2014.

Comentarios:

Hasta 4t-2014, más de 155.000 actos en 8 años, en concreto 155.200; una media de unas 19.400 operaciones al año.

Hasta 4t-2014, el importe o valor de estas daciones en pago asciende a casi 44.000 millones de euros, en concreto 43.924 millones de euros; a razón de una media anual de unos 5.490,5 millones de euros al año.

El capital promedio de esta cesión en pago en este periodo asciende a unos 283.000 euros por operación.



En definitiva, estos datos constituyen la evidencia empírica de su tipicidad social y la necesidad de su estudio. Y ello, porque la *datio* constituye una figura autónoma, independiente y atípica desde la perspectiva de nuestro Derecho privado. Resulta necesario atribuirle un régimen jurídico propio, partiendo de su naturaleza jurídica. Solo de este modo, podremos situarla dentro del marco del orden jurídico total y de los principios jurídicos que le sirven de base en el momento histórico que vivimos.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA

2.1 Las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno al Concepto y la naturaleza jurídica de la dación en pago

La ausencia de una regulación explícita sobre la dación en pago en nuestro Derecho privado no ha impedido su profusa utilización en la práctica, sobre todo en las antiguas Suspensiones de Pagos³³. La mayor parte de la doctrina que se ha dedicado a su análisis ha coincidido al hacer resaltar en sus estudios que, a pesar de que la dación en pago no aparecía regulada en el Código civil,

³³ Así sobre la dación en pago en la doctrina concursal anterior a nuestra actual Ley Concursal, vid. TORRES DE CRUELLS, J., *la suspensión de pagos*, Barcelona, 1957; SAGRERA TIZÓN, J. M.³, *Comentarios a la Ley de Suspensión de pagos*, Barcelona, 1989; SALA REIXACHS, A., *Las causas de impugnación al convenio en la suspensión de pagos*, Barcelona 1988; SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago, su incidencia en los convenios concursales*, Barcelona 1990.

sin embargo, se trataba de una figura que contaba con una cierta tipicidad social, en la medida en que era muy frecuente su celebración³⁴.

Y es que a diferencia de los Códigos civiles alemán e italiano, el nuestro no regula en forma expresa la figura, aunque no falten referencias o menciones de la misma en diversos artículos, nuestro Código civil, pero su admisibilidad no puede ponerse en duda al amparo del principio general de la autonomía de la voluntad *ex art. 1255 C.c.*, así como de las distintas alusiones a la misma en el transcurso de su articulado (art. 1521, que contempla el retracto legal; art. 1636, sobre el derecho de tanteo y retracto en el censo enfiteúutico; art. 1849, al hablar de la extinción de la fianza)³⁵.

Sí la contempla, en cambio, la Ley 495 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, a cuyo tenor: *Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto al debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación*³⁶.

Así, aunque nuestro Código civil no diga como el italiano, el deudor no puede liberarse realizando una prestación diversa de la debida, aun cuando sea de un valor igual o mayor, salvo que el acreedor consienta (artículo 1.197), o como el alemán, *la relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida* (parágrafo 364), sino que más bien parezca sentar el principio contrario al disponer en su artículo 1.166 que *el deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida (aliud pro alio invito creditore solve non potest)*, lo cierto es que al no tener dicha norma naturaleza imperativa, y no puede tenerla ya que no existe razón suficiente

³⁴ Entre otros, son especialmente significativos los trabajos de FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica de la Dación en Pago», *ADC*, julio-septiembre, 1957, pp. 753 y ss., PASCUAL ESTEVILL «La dación en pago», *RCDI*, núm. 575, Año LXII, Julio-Agosto 1986, pp. 1109 y ss., Sastre Papiol, *La dación en pago, su incidencia en los convenios concursales*, Barcelona 1990.; CRISTÓBAL MONTES, Á., «Los subrogados del pago», en *RCDI*, 1988; ALBALADEJO GARCÍA, M. «La dación en pago y la determinación de la deuda que se paga». Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 8 de Febrero de 1996» en *RDP*; Diciembre 1997; FÍNEZ, J. M.: «La dación en pago», en *ADC*, 1995; LATOUR BROTONS, J., «Notas sobre la dación en pago», en *RDP*, 1953; p. 635; SERRANO ALONSO, E. «Consideraciones sobre la dación en pago», en *RDP*. Enero 1978; p. 431. MACHADO PLAZAS, J., «La distinción entre la dación en pago y la cesión «pro solvendo» contenidas en un convenio concursal (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997)» en *RGD*, núm. 648, 1998, pp. 11085 y ss.

³⁵ SASTRE PAPIOL, S. *La dación en pago...*, cit., pp. 78 y ss.

³⁶ Como se ha señalado esta dación en pago, prevista en la Ley 493 del Fuero Nuevo ha sido prácticamente desconocida por los Tribunales. No ha sido fácil aplicar una institución que fue desterrada por la codificación francesa y, por ende, por el Código Civil Español. (EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., «Ley 493», AA. VV., *Comentarios al Fuero Nuevo*. Dir. Rubio Torrano, E., Cizur Menor, 2002).

para negar al acreedor la libre disposición de sus intereses, puede perfectamente éste aceptar la prestación diferente que el deudor le ofrece en pago (*aliud pro alio solvere*) en lugar de la originaria, pues una cosa es que el deudor no pueda obligar al acreedor a recibir cosa distinta de la debida (principio de la identidad de la prestación) y otra, particularmente diferente, que al mismo se le prohíba aceptarla, algo que escasamente tendría sentido en el mundo voluntarista de las obligaciones. Queda claro, pues, el carácter dispositivo del artículo 1.166 del Código civil español (en adelante C.c.)³⁷.

En base a dichos preceptos, nuestra doctrina y jurisprudencia han aceptado la admisión de la dación en pago en nuestro Derecho, aunque con marcadas discrepancias doctrinales en torno a su naturaleza jurídica y consecuentemente régimen jurídico aplicable a la figura dación en pago. Las distintas posturas las podemos sistematizar desde aquellas que la asimilan a la compraventa (tesis sostenida por nuestra jurisprudencia durante largo tiempo, como pasaremos a ver a continuación), o a la novación modificativa del objeto, tesis defendida por significativos estudiosos de la dación, entre los que se encuentran, Pascual Estevill, seguido por Sastre Papiol³⁸.

Además, existiría otra posición doctrinal que sitúa la regulación de la dación en pago en el art. 1175 C.c. para estos autores, la contempla expresamente, cuando consagra la posibilidad de que deudor y acreedores acuerden una cesión de bienes con la que el deudor quede completamente libre de su deuda. Como nos indica López de la Cruz,³⁹ el propio Código generó un problema interpretativo en su art. 1175 del C.c, único artículo que, como veremos, contempla la cesión de bienes, al señalar: *El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas, y continúa, Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos (...)*. Tras la lectura de esta primera parte del artículo comprobamos que el legislador no establece de un modo claro y preciso cuáles deban ser los efectos de la cesión. Las distintas interpretaciones que ha dado la doctrina han originado diversas teorías en torno a las figuras jurídicas contempla-

³⁷ El carácter dispositivo del art. 1166 C.c. permite que el acreedor pueda aceptar la prestación que le ofrece el deudor en lugar de la originaria y, con ello, dar por cumplida la obligación. En este sentido, MACHADO PLAZAS, J. «La distinción entre la dación en pago y la cesión «pro solvendo» contenidas en un convenio concursal (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997) en *RGD* núm. 648, 1998, pág. 11091; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentario al artículo 1.175, en *Comentarios al Código Civil*, en Coor. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid 2006, p. 10425; CRISTOBAL MONTES, Á. «Los subrogados del pago», en *RCDI*, núm. 586, mayo-junio, 1988, pp. 852-853.

³⁸ PASCUAL ESTEVILL, L. «La dación en pago», *RCDI*, núm. 575, Año LXII, Julio-Agosto 1986, pp. 1109 y ss., SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago, su incidencia en los convenios concursales*, Barcelona 1990.

³⁹ *In extenso*, así como la bibliografía citada en su obra *La cesión de bienes a los acreedores*, Valencia, 2003.

das en el art. 1175 C.c. Especial interés suscita la tesis de aquéllos que ven en la letra del artículo, además de una cesión de bienes a los acreedores, una dación en pago: si bien del art. 1166 C.c. puede derivarse la existencia de *la datio in solutum*, como figura admitida por nuestro ordenamiento jurídico (así como de otros artículos ya mencionados anteriormente) ⁴⁰.

Sin perjuicio de las observaciones que realizaremos al tratar la distinción de la dación en pago de instituciones afines, podemos adelantar que en opinión de algunos autores ⁴¹, (con los compartimos, al igual que López de la Cruz) el art. 1175 C. c. la contempla expresamente, cuando consagra la posibilidad de que deudor y acreedores acuerden una cesión de bienes con la que el deudor quede completamente libre de su deuda. Estaremos pues ante una cesión de bienes cuando se libere al deudor de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos; en caso de que exista un pacto en contrario, es decir, una liberación plena del deudor, la figura que se presenta será una dación en pago. Es en la frase salvo pacto en contrario donde, en opinión de estos juristas, el art. 1175 C. c. establece el instituto de la *datio in solutum* ⁴².

En referencia a la tesis, defendida principalmente por nuestra jurisprudencia, que asimila la dación en pago a la compraventa, resulta especialmente esclarecedor el trabajo de Fernández Novoa donde se señala que la distinción fundamental entre ambas figuras reside en la causa del negocio jurídico ya que en la compraventa nos hallamos ante una *causa vendendi* (cambio de cosa por precio), en la dación frente a una *causa solvendi* (extinguir una deuda) ⁴³.

Por otra parte, no se ha de olvidar que la dación en pago trae causa de un negocio jurídico previamente celebrado y del cual surgieron las obligaciones objeto de cumplimiento por parte de los sujetos vinculados. Esta es precisamente la razón por la cual serán de aplicación bien las reglas del contrato de

⁴⁰ *La dación en pago se produce cuando el acreedor renuncia a la protección que le brinda el artículo 1166», y añade «En la dación en pago concurre al mismo tiempo el cambio de prestación en el momento de extinción por pago y el acuerdo de deudor y acreedor admitiendo dicho cambio y sus efectos extintivos* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentario al artículo 1.66, en *Comentarios al Código Civil*, en Coor. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Madrid 2006, p. 1409.

⁴¹ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, Reus, Madrid, 1972, p. 712; Pascual Estevill, L. «La dación en pago», cit., pp. 1118-1119.

⁴² SASTRE PAPIOL, S. expone su particular teoría, según la cual el art. 1175 C.c. enfoca directamente una *cessio pro soluto* y sólo con ocasión de las particularidades que la asemejan a la *cessio pro solvendo* es posible distinguir también esta figura en el texto del artículo. Así, la primera frase del artículo («El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas») establece una dación en pago, y es por lo que la segunda frase del precepto viene a confundir al estudioso del problema; pues desconociendo los caracteres esenciales de la *datio in solutum*, la afirmación de que el deudor sólo se libera de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos conduce a una desnaturalización de la figura, a menos que se considere que este párrafo lo que contempla es una *cessio pro solvendo*, en perfecta coherencia con los antecedentes históricos del precepto. SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., pp. 74 y ss.

⁴³ FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica de la Dación en Pago», *ADC*, julio-septiembre, 1957, p. 764.

compraventa o bien las reglas del contrato de donación, dependiendo de la causa del negocio jurídico del que surgieron las obligaciones que ahora se trata de extinguir, dónde no debemos olvidar que a pesar de que por lo común se trate de negocios onerosos, la dación puede producirse también en el seno de un negocio jurídico gratuito.

Si el elemento causal es de carácter oneroso, entrarán en juego las normas reguladoras del contrato de compraventa, sobre todo en materia de saneamiento por vicios ocultos o evicción. Esa es la explicación, la aplicación de estas normas, la que motiva que la consideración de que la dación en pago era simplemente un contrato de compraventa, posición doctrinal y jurisprudencial que en la actualidad se considera superada, aunque exista quien, aún en nuestros días, entiende que la dación en pago se encuadra dentro de este contrato⁴⁴.

En referencia a la tendencia doctrinal que asimila la dación en pago a la novación, tampoco puede ser admitida. Una vez más siguiendo al prof. Fernández Novoa, la dación tiende a extinguir una obligación previa; la novación extintiva supone la sustitución de una obligación por otra. La dación no persigue reemplazar una obligación por otra, sino *tan solo producir la extinción de la relación obligatoria mediante la ejecución una prestación distinta de la debida*⁴⁵. Igualmente esclarecedoras son las palabras del prof. Garrigues, al señalar que *Nótese que en ninguno de estos dos supuestos el convenio representa novación de las obligaciones antiguas, dado que no nace ninguna nueva en sustitución de aquellas, sino que los acreedores se limitan a declarar extinguidos sus créditos frente al deudor común*⁴⁶. A estos efectos, debe considerarse que la quita concursal no produce la extinción de la obligación, por cuanto la eficacia liberatoria derivada de la quita se condiciona al cumplimiento del convenio, estableciendo el art. 140.4 LC que: *La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a los que se refiere el art. 136 LC.*

Lo señalado es determinante, pues la dación despliega sus efectos extintivos y liberatorios de forma autónoma, aunque se adopte en el marco de un acuerdo preconcursal, o concursal, como veremos.

Así, en caso de que el deudor no cumpliera el convenio, la declaración de su incumplimiento trae consigo la rescisión y con ello los acreedores podrían volver a reclamar íntegramente su crédito, sin tener que adecuarse a lo

⁴⁴ BELINCHÓN ROMO, M.^a R. («Nociones generales sobre la dación en pago», *revista on-line del CES Felipe II de Aranjuez Universidad Complutense de Madrid*, 2007, p. 1 http://www.cesfelipesegundo.com/revista/articulos2007b/Belinch_n_Romo_corregido.pdf)

⁴⁵ FERNÁNDEZ NOVOA, C., «Naturaleza jurídica de la dación en pago», cit. p. 771.

⁴⁶ GARRIGUES, J., *Dictámenes de derecho mercantil*, Dictamen núm. 108, Tomo II, Madrid 1976, p. 177.

previsto en el convenio, y concurriendo a la liquidación que sigue a la declaración de incumplimiento del convenio (art. 143.1.5 LC) por el importe de su crédito como figure en la lista definitiva de acreedores y previa deducción del importe percibido en ejecución del convenio (art. 162. 2 LC), lo que no acaecería en caso de una verdadera novación que habría sustituido una obligación por otra.

El incumplimiento implica que el convenio deja de producir efectos sobre los créditos vinculados por el mismo, cesando el llamado efecto novatorio y la exoneración del pasivo que convencionalmente ello puede vincular, que, como se ha indicado, legalmente se vincula al efectivo cumplimiento del convenio. Esto significa que se suprimen las limitaciones que el convenio estableció sobre los créditos de los acreedores, devolviendo a éstos la naturaleza y posición que tenían dentro del concurso al ser pactado el convenio, conservando los acreedores acción respecto del pasivo que aún resulte insatisfecho, sobre los bienes que ulteriormente adquiera o pueda adquirir el concursado (art. 162 LC).

En definitiva, la novación prevista en la Ley concursal no puede considerarse una novación extintiva; pero si podemos hablar de una novación modificativa, admitida por nuestro derecho, que será el efecto de la alteración subjetiva u objetiva de la obligación, cuando no proceda su extinción por voluntad de las partes o por incompatibilidad entre la obligación antigua y la destinada a sustituirla. Este es el efecto que produce el convenio en las obligaciones preexistentes. Se modifica la obligación en el sentido de aplazar su exigibilidad o parcialmente su importe⁴⁷.

Cabe añadir a esta pluralidad de opiniones que se han vertido sobre la dación, y de la ausencia de una regulación explícita, como señalábamos, diferentes sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo en las que se trata de dilucidar cuál debe ser la naturaleza jurídica de la institución partiendo desde inicio del pasado Siglo (la sentencia de 9 de diciembre de 1943, citando a la sentencia de 9 de enero de 1911), *a atribuir a la dación en pago la categoría de contrato de compraventa, de forma que el crédito por satisfacer adquiere*

⁴⁷ De otro lado, los efectos de la quita tampoco son los propios de la condonación (art. 1156 C. c) pues de sostenerse que la quita sería una condonación habría que aceptar que el convenio produciría efectos respecto de obligaciones no sometidas al concurso, extinguiéndose no solo la obligación principal frente al deudor, sino también respecto de las accesorias de ésta (art. 1847 C. c). Además, las consecuencias jurídicas derivadas de la quita concursal y de la condonación son diferentes, no solo en lo referido a la cuestión de la extinción de las obligaciones accesorias. PULGAR EZQUERRA, J., «Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar» en *RcP*, núm. 9, pp. 65 y ss. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., en «Comentarios a la legislación concursal», cit., p. 1260. BERMEJO, N., «Comentarios a la Ley Concursal», cit., pp. 2246 y ss.

la condición de precio, doctrina jurisprudencial que ha sido mantenida regularmente, aunque no siempre, hasta llegar a la sentencia de 27 de junio de 2003, en la que se sigue hablando de venta en dación en pago analiza los aspectos más relevantes, al tiempo que controvertidos, que concurren en la dación en pago.

Las últimas Sentencias, al igual que la resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se centran en determinar la naturaleza jurídica de la institución, repitiendo, sin caer en el error que ello supone, lo que se decía en sentencias antiquísimas como es que la dación en pago no tiene una definición específica en el derecho sustantivo civil, que se trata de una compraventa, etc. Sin embargo, al mismo tiempo que la configura como una institución próxima a la compraventa, señala sus efectos extintivos, propios del cumplimiento de las obligaciones, o bien, tras señalar su proximidad al contrato de compraventa, nos dice que lo que tiene lugar es una novación por cambio de objeto⁴⁸.

Somos de la opinión, siguiendo a Fernández Novoa y Machado Plazas⁴⁹, de partir, a la hora de abordar el estudio de la dación en pago, como un modo de extinción de las obligaciones autónomo e independiente respecto de cualquier otra institución jurídica que, además indica, debería aparecer contemplado en el artículo 1156 C.c.

2.2 La dación en pago como subrogado del pago

Para el Derecho general de obligaciones, que se consolida en la época clásica del Derecho romano, y que ahora utilizamos a través de la formulación llevada a cabo por los Códigos decimonónicos⁵⁰, el cumplimiento o pago es la

⁴⁸ A este respecto, vid. Sentencias 1086/2006 de 6 de noviembre, Sentencia 1100/2000 de 30 de noviembre o la RDGRN, de 3 de septiembre 2008.

⁴⁹ MACHADO PLAZAS, J., «La distinción entre la dación en pago y la cesión “pro solvendo” contenidas en un convenio concursal (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997)» en *RGD*, núm. 648, 1998, p. 11092.

⁵⁰ En este sentido señala Díez PICAZO, L. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 472 y 473.) El cumplimiento es la exacta ejecución de la prestación debida cualquiera que sea la naturaleza de la misma. Entrega de una suma de dinero; entrega de una cosa genérica o específica; realización de un servicio, ejecución de una gestión u omisión de un comportamiento cuando la prestación debida era de no hacer. Nuestro Código Civil utiliza con frecuencia la expresión pago, y en ocasiones emplea también la idea de cumplimiento; aun cuando existe alguna inclinación a preferir la idea de pago cuando se trata de deudas pecuniarias, el pago debe ser considerado como todo acto de cumplimiento.

realización de la prestación debida que trae por consecuencia la extinción de las obligaciones⁵¹.

El cumplimiento se caracteriza por el fin a que tiende en cuanto produce la extinción de la obligación, el efecto extintivo es consustancial con el cumplimiento; sin extinción no hay cumplimiento. La extinción de la obligación es, a la vez, extinción de la deuda y extinción del crédito.

El pago, cuando es exacto y regular⁵², aparece como un acto que determina la satisfacción del interés del acreedor y libera al deudor de la deuda. Por consiguiente, deja extinguido el derecho de crédito y el deber de prestación. Constituye, además, una justa causa que permite al *accipiens* obtener y conservar la atribución patrimonial en que la prestación consistía. Debemos precisar que, los sujetos del pago son el *solvens*, el que paga o cumple la obligación, y el *accipiens*, quien recibe o a cuyo favor se realiza la prestación debida. Normalmente el *solvens* es el deudor de la prestación, y el *accipiens* suele ser el acreedor. Sin embargo, existe la posibilidad de que pague un tercero distinto del deudor o que se haga el pago a persona distinta del acreedor.

La extinción satisfactiva del derecho de crédito comporta la extinción necesaria de los derechos accesorios, derechos de garantía y facultades análogas otorgadas al acreedor para seguridad del crédito. Una vez pagado, el acreedor deberá cancelar tales garantías.

Interesa precisar estos términos, especialmente en relación con la función y significado que tiene la dación en pago respecto a estos conceptos jurídicos fundamentales del derecho de obligaciones.

En la medida en que la *datio* consiste en la atribución de eficacia extintiva a un *aliud* como consecuencia del acuerdo de *accipiens* y *solvens*, a esta le serán aplicables las reglas generales en materia de obligaciones contenidas en los artículos 1088 y siguientes del C.c, y no porque la *datio*, pro soluto, consista en la constitución de una nueva obligación, sino precisamente por la exis-

⁵¹ La concepción tradicional del cumplimiento no ve en él sencillamente más que la realización de la prestación debida. El cumplimiento, según esta concepción, es hecho jurídico que provoca la extinción voluntaria de la obligación. Para otros, el cumplimiento viene integrado por un *animus solvendi*, que desemboca en una declaración de voluntad, lo cual nos lleva al ámbito propio del negocio jurídico. Sobre esta cuestión, en la que no vamos a detenernos ya que excede con creces la finalidad de este trabajo, Vid. DÍEZ PICAZO, L., (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 473 y ss.

⁵² La doctrina, a la vista de la regulación del C.c, distingue tres requisitos objetivos del pago o cumplimiento: la identidad que supone y exige realizar precisamente la prestación debida; la integridad que implica el derecho del acreedor a exigir que la prestación se realice por entero; la indivisibilidad de donde el pago o cumplimiento no puede fraccionarse en partes y momentos, salvo aceptación por el acreedor. Vid. con carácter general, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., voz, «pago», en *EJBC*, Madrid, 1995, pp. 4727 y 4728.

tencia de la prestación subrogada, cuya ejecución vendrá a extinguir la única obligación que existe, sea esta del tipo que sea⁵³. Y en ello debe advertirse que las más de las veces, la dación intenta paliar la imposibilidad del deudor de cumplir con la prestación pactada por hallarse el deudor en estado de iliquidez, no por no cumplir *in natura*. Así, la dación en pago necesaria se mostraría como un instrumento excepcional, aunque complementario del resto de los mecanismos previstos por el ordenamiento para el cumplimiento obligacional.

De este modo, imposibilidad del deudor de cumplir *in natura* o la complejidad de cumplir la prestación programada en el resto de obligaciones de dar, hacer o no hacer se puede resolver a través de otro mecanismo específico: *el cumplimiento por equivalente*. Cuando el cumplimiento *in natura* de una prestación de dar, hacer o no hacer resulta imposible, ésta se transforma en el equivalente pecuniario de la originariamente fallida (*id quod interest*) (arts. 701 y ss. LEC in fine *la falta de entrega de la cosa o cosas debidas se sustituya por una justa compensación pecuniaria, que se establecerá con arreglo a los artículos 712 y siguientes*); con ello se impone, por decisión judicial, un *aliud pro alio* en el cumplimiento de la obligación más allá de lo desee el acreedor⁵⁴.

Habida cuenta de lo señalado, la *datio* debe catalogarse jurídicamente como un subrogado del cumplimiento, a esta le deberemos aplicar las normas contenidas en el C.c en materia de cumplimiento de las obligaciones, sin que por este motivo deba considerarse como un pago *strictu sensu*, sino un pago impropio con una prestación que no ha sido objeto de la obligación⁵⁵.

⁵³ BELINCHÓN ROMO, M.ª R. («noción general sobre la dación en pago», revista on-line del CES Felipe II de Aranjuez Universidad Complutense de Madrid, cit., p. 12)

⁵⁴ SÁNCHEZ CASTRO, J. D., «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?», *ADC*, núm. 63, 2010, pp. 1725 y ss.

⁵⁵ *La jurisprudencia romana clásica enmarcó sistemáticamente la datio in solutum entre los modos de extinción de las obligaciones que dan lugar a una satisfactio del acreedor. A este respecto, Melillo puso de relieve que las fuentes utilizan el término solvere, tanto para referir el cumplimiento exacto de la prestación que constituye el objeto de la obligación como cualquier otra forma de liberación del deudor. No obstante, vemos que aunque efectivamente se da en las fuentes una confusión terminológica entre solutio y satisfactio respecto del cumplimiento de la obligación, bien en un sentido estricto de cumplimiento exacto de la prestación por el deudor, o bien en uno más amplio de extinción de la obligación, lo cierto es que, como señala Saccoccio refiriéndose a las fuentes: «en la dialéctica entre solvere y satisfacere es el primero el que se une al cumplimiento exacto y el segundo a aquél equivalente». En este sentido, pone de manifiesto el Autor, que la expresión datio in solutum» utilizada así, en sustantivo, para referir la extinción de la obligación por medio de la realización de una prestación equivalente por el deudor, que es aceptada por el acreedor, no aparece nunca en las fuentes romanas sino que en ellas encontramos en realidad los términos solutio o «solvere con el añadido de un calificativo que viene a matizar ese cumplimiento como indicando que, aunque la prestación sustitutiva extingue la obligación, ciertamente no constituye en sí el cumplimiento exacto de la prestación debida. Así Saccoccio, A, Datio in solutum: storia e dogmatica di una locuzione, en *Fides Hymnitas Ivs, Studii in onore di Luigi Labruna*, VII, Napoli, 2007, p. 4893 ss.; *Aliud pro alio... cit.*, p. 4 ss. Asimismo cita a otros autores que también constataron que la expresión datio*

3. DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS JURÍDICAS AFINES

3.1 En la Doctrina

Naturalmente la comprensión de esta figura de nuestro Derecho privado, pasa por su delimitación con respecto a otras figuras cercanas. La primera observación que debemos realizar en este temario es que, en todo caso, *cessio* y *datio* son dos figuras diferentes tanto en su propia estructura como en cuanto a su función. Además, mientras que la dación en pago se admite en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la interpretación *ad sensu contrario* del artículo 1166 C.c., la cesión de bienes se admite como consecuencia del artículo 1175 de este mismo texto legal. Ello nos lleva a concluir siguiendo a López de la Cruz,⁵⁶ que, si el C.c. ampara estas dos figuras en sendos artículos, es precisamente porque se trata de instituciones diversas entre sí, de manera que no se puede utilizar el término cesión para referirse a la dación.

Doctrina⁵⁷ y jurisprudencia han utilizado los términos cesión de bienes, dación en pago y adjudicación en pago indistintamente, sin reparar a veces en las diferencias que distinguen a cada uno de ellos. En efecto, emplean la denominación de adjudicación en pago de deudas para referirse a la dación. Ambas denominaciones no son sinónimas, dado que se refieren a realidades diferenciadas. Así, partiendo del elemento subjetivo de la institución, en la dación en pago aparecen dos sujetos diferenciados: acreedor y deudor. Sin embargo, en la adjudicación en pago de deudas aparece un tercer sujeto que es la persona investida de autoridad y que se encarga de adjudicar, de realizar la transmisión de bienes a otra persona con la finalidad de extinguir una obligación que tenía la primera.

in solutum no se encuentra en las fuentes romanas: Römer, R., Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht (Tübingen, 1866, reed., Aalen, 1970), p. 2; Steiner, H., Datio in solutum, cit., p. 48 ss.; Solazzi, S., L'estinzione... cit. p. 161; Nardi, E., Radiografia dell'aliud pro alio... cit., p. 59 ss. También Melillo, G., In solutum dare... cit., p. 134-135, advirtió que la expresión datio in solutum no aparece ni en el Digesto ni en otros escritos jurisprudenciales y que es muy limitado el uso de datio entre la jurisprudencia clásica. Por el contrario, señala que el cambio convencional del objeto obligado es referido a través de locuciones como «aliud commutare», o «aliud pro alio permutare» o «in quantitatem debiti satisfacere». Vid. in extenso Blanch Nogués, J. M., «Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la Dación en Pago (Datio in Solutum) en Derecho romano», RGDR, núm. 13, 2009.

⁵⁶ In extenso, así como la bibliografía citada en su obra *La cesión de bienes a los acreedores*, Valencia, 2003.

⁵⁷ CAMPOS HERNÁNDEZ, C., «Notas sobre la dación para pago en los convenios extrajudiciales», RGD, 1954, pp. 365 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, t. III, 13.^a ed., Reus, Madrid, 1983, p. 395; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 705; SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., pp. 167 y ss.

Bajo esta denominación se recogen distintas figuras que gozan de un especial reconocimiento en nuestro derecho positivo, mediante las cuales tiene lugar la entrega de ciertos bienes con la finalidad de extinguir total o parcialmente una obligación. Uno de estos casos es el contemplado en los arts. 670 y 671 de la LEC, en los que la adjudicación en pago se presenta como un mecanismo que sustituye al cumplimiento específico provocando la transmisión de la propiedad a favor del ejecutante de los bienes que se pretenden subastar, para evitar consecuencias perjudiciales para éste, como el malbaratamiento de los bienes o el levantamiento del embargo por ausencia de licitadores⁵⁸.

También podríamos incluir en el concepto de adjudicación en pago el procedimiento judicial sumario del art. 131 L. H. Ahora bien, en todos estos casos la transferencia de la propiedad tiene lugar en virtud de la actuación de órganos judiciales, de funcionarios o de ciertas personas legitimadas por la ley se requiere, además, un previo avalúo del bien sometido a subasta; requisitos éstos que no se dan en la dación en pago⁵⁹, que no requiere la solemnidad de la intervención de una autoridad judicial o de un funcionario, sino que deudor y acreedor acuerdan, en un ámbito privado, la entrega de un bien en pago de la obligación asumida y sin necesidad de una previa estimación de su valor.

En nuestro ordenamiento, quizá la figura que en la práctica más se aproxima a la dación en pago sea la cesión de bienes. Ambas figuras constituyen una excepción al principio de la identidad de la prestación y las dos son consideradas como subrogados del pago o cumplimiento⁶⁰. Sin embargo, las diferencias entre una y otra son lo suficientes como para poder rechazar cualquier posible identificación entre ellas.

Siguiendo a Díez-Picazo, *la dación en pago tiene lugar cuando, con el consentimiento del acreedor, el deudor procede al cumplimiento de una obligación mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido*⁶¹. Esta entrega será válida sólo si se ha establecido a través de un convenio.

Ahora bien, lo que diferencia a la dación en pago de la cesión de bienes no es el hecho de que la dación en pago suponga un convenio entre acreedor y deudor, por el cual éste último procede, en pago de la obligación, a la entrega de un bien –entendido en sentido amplio– distinto al inicialmente previsto; y

⁵⁸ DOMÍNGUEZ PLATAS, J., voz «Adjudicación», en *EJBC*, vol. I, Madrid, 1994, pp. 244-245; ROCA SASTRE, R. M./ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Vol. III, Barcelona, 1979, p. 777.

⁵⁹ SASTRE PAPIOL, S., *La dación...*, cit., pp. 60 a 62.

⁶⁰ DE HEREDIA y CASTAÑO, B. «El cumplimiento de las obligaciones», *RDP*, 1956, p. 357; Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, cit., t. II, pp. 555 y ss.; ORDUÑA MORENO, J., *Los subrogados del cumplimiento*, cit., pp. 123 y ss.; PASCUAL ESTEVILL, L., *El pago*, cit., p. 278.

⁶¹ *Fundamentos...*, cit., t. II, p. 555.

ello porque en la cesión de bienes es también necesario un acuerdo entre deudor y acreedores y, del mismo modo, también tiene lugar la entrega de un objeto diverso al pactado, cuando se ceden los bienes para que los acreedores los liquiden y cobren sus créditos. Lo que distingue a una figura de la otra es que, en la dación en pago, los bienes se transmiten en propiedad y el deudor queda liberado con la entrega del bien que ha sido objeto del acuerdo⁶².

Por el contrario, en la cesión de bienes a los acreedores, no se efectúa una transmisión del dominio y no se produce una liberación instantánea y definitiva del deudor cedente por el solo hecho de haber procedido a la cesión, sino en la medida en que el importe de los bienes baste para cubrir los débitos (art. 1175 C. c.)⁶³. La cesión de bienes a los acreedores tiene una finalidad satisfactoria del crédito, pero no plenamente extintiva ni liberatoria, a menos que el importe líquido de los bienes cedidos baste para el pago completo de la deuda; o bien, el deudor y los acreedores hayan acordado la plena liberación del deudor y la extinción de la deuda, con independencia de cuál sea el resultado de la liquidación (en virtud del pacto que admite el art. 1175 C.c.).

Así pues, mediante la dación en pago, el deudor da en propiedad un bien al acreedor, quien consiente en recibirlo, y con ello se produce la extinción de la obligación y la plena liberación de aquél. En la cesión de bienes, el deudor sólo cede la posesión, facultando a los acreedores para la venta y para el cobro

⁶² RODRÍGUEZ RAMOS, A. «Un nuevo ejemplo de dación en pago: el art. 99 del Código Civil» *Actualidad Civil, Sección Doctrina*, 2000, Ref. XIII, tomo 1, p. 269, *A pesar de las ventajas que dimanar de la fijación judicial del quantum, no es requisito indiscutible (aunque sí aconsejable) para la plena validez y eficacia de la dación en pago, si los cónyuges alcanzaron el acuerdo en la modalidad y en la cuantía del pago. Por la misma razón, tampoco es necesaria la homologación judicial del convenio de dación en pago del art. 99 CC. Y refrendan esta tesis, amén de la naturaleza jurídica de la dación en pago, la literalidad del art. 90.2.º CC y algunas decisiones jurisprudenciales. – Es cierto que el art. 90.2.º postula como criterio general la fiscalización judicial de la generalidad de los acuerdos de los cónyuges. Pero cuando se acuerda conmutar la pensión por otra prestación de naturaleza diversa, el consenso lo alcanzan cónyuges separados (cónyuges sin convivencia familiar), o divorciados, es decir, ex-cónyuges. Para la disertación, quedémonos por un momento con estos últimos. La homologación judicial de los convenios entre cónyuges cobraba sentido mientras subsistía la comunidad familiar, con el fin de orillar los posibles perjuicios que dimanar de una situación de crisis, como ocurre con el desequilibrio económico que uno de los cónyuges pudiera padecer a raíz de la disolución vincular respecto de la posición del otro. Pero una vez establecido y cuantificado el derecho de pensión, corrector de aquella divergencia, lo que unos particulares cualquiera (que otrora estuvieron casados), quieran hacer o no hacer con el mismo, sólo estará sometido a las reglas generales de los contratos, con las únicas especialidades establecidas en el Código Civil. Y para el caso en cuestión, no media especialidad alguna mientras no se modifique desorbitadamente el quantum global de la pensión, aunque sea satisfecha con otra cosa o derecho distinto del predeterminado judicialmente. Valga lo dicho, mutatis mutandis, para los cónyuges ya separados. La propia literatura del art. 99 CC El Código cuando exige la participación del órgano judicial lo indica expresamente, y, concretamente en el art. 99, nada se dice acerca de la necesidad de que el acuerdo de las partes acogiendo como modalidad de pago alguna distinta a la normal en forma de renta haya de ser homologado judicialmente.*

⁶³ CRISTÓBAL MONTES, Á., «Los subrogados del pago», *RCDI*, núm. 586, 1988, p. 852, y en *El pago o cumplimiento...*, cit., p. 155; SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., pp. 78 y ss.

de los respectivos créditos con el precio; el deudor no queda con ello libre de su obligación, sino que se habrá de esperar al resultado de la liquidación⁶⁴.

En la actualidad, la gran mayoría de la doctrina⁶⁵ está de acuerdo en atribuir como efecto característico de la cesión de bienes la no transmisión de la propiedad a los acreedores cesionarios. El deudor cedente pone sus bienes a disposición de los acreedores, les legitima para proceder a su realización, pero en ningún momento se produce la transmisión de un derecho real a favor de éstos.

Por ello el termino cesión en pago o para pago utilizado por el legislador concursal, entendemos que adolece de imprecisión técnica, como veremos en los próximos capítulos.

3.2 En nuestra jurisprudencia

En el ámbito jurisprudencial, la distinción entre ambos institutos ha sido objeto de debate en numerosas ocasiones, se trata de un tema controvertido sobre el cual el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse. La mayor parte de las sentencias acerca de la dación en pago y ya desde la sentencia de 9 de diciembre de 1943 (RJ 1943/1309) se refieren casi exclusivamente a la diferenciación que ha de existir entre la *datio pro soluto* o dación en pago y la cesión de bienes a los acreedores o *datio pro solvendo*.

Casi todas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo se derivan de litigios planteados en el seno de la Suspensión de Pagos, en los que el deudor

⁶⁴ En el caso de que la adjudicación se haga a un tercero, lo que se produce es un negocio de asunción de deuda y los bienes que se otorgan no son para el pago de las deudas, sino como contraprestación al tercero que ha asumido la obligación (ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, II, vol. I, Barcelona, 1997, p. 151; MARTÍNEZ MORA, E., «Las adjudicaciones de inmuebles para pago de deudas», *RCDI*, 1925, pp. 498-499; ROCA SASTRE, R. M./ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, cit., p. 777. La opinión de GONZÁLEZ PALOMINO, J., es que sólo la asunción de la deuda por el coheredero supone un verdadero negocio de adjudicación para pago de deudas («La adjudicación para pago de deudas», *AAMN*, 1943, 251 y ss.).

⁶⁵ FERNÁNDEZ NOVOA, C., «Naturaleza jurídica de la Dación en Pago», *ADC*, cit.; MACHADO PLAZAS, J., «La distinción entre la dación en pago y la cesión “pro solvendo” contenidas en un convenio concursal (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997)» cit; DE HEREDIA Y CASTAÑO, B., *El cumplimiento...*, cit., p. 397; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «Del pago por cesión de bienes», *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 243; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, t. I, vol. II, Reus, Madrid, 1983, pp. 393-394; ESPÍN CANOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, Madrid, 1978, pp. 134-135; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «Comentario a la S. T. S. de 19 de octubre de 1992», *C. C. J. C.*, núm. 30, 1992, p. 918; HERNÁNDEZ GIL, A., «Comentario a la S. T. S. de 9 de diciembre de 1943», *R. G. L. J.*, 1945, p. 237; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, Reus, Madrid, p. 702; PASCUAL ESTEVILL, L., *El pago*, cit., pp. 307 y 320; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I, Madrid, 2000, p. 161; SANTOS BRIZ, J., *Código Civil (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1991, p. 561; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., «Pago por cesión de bienes», en AA. VV., *Introducción al Derecho patrimonial privado*, Valencia, 2001, p. 251.

entregaba todos o parte de sus bienes a los acreedores. Unas veces como dación en pago, dando por extinguidos en su totalidad los créditos, y otras veces en concepto o a título de cesión de bienes, otorgando a los acreedores simplemente el mandato de realizar tales bienes y sin provocar el efecto típico de la figura anterior, esto es, la extinción definitiva de los créditos en la medida en que el importe de la realización no cubriese la totalidad de los créditos de los acreedores⁶⁶.

Podemos considerar la ya mencionada sentencia de 9 de diciembre de 1943 como la más representativa de la doctrina jurisprudencial en este aspecto. El Alto Tribunal expone cuáles son las características propias de la cesión de bienes y de la dación en pago, y las diferencias existentes entre ellas⁶⁷. Especialmente interesante resulta la S. T. S. de 1 de marzo de 1969, en la cual se pretende dilucidar el sentido de la entrega de ciertos bienes para hacer frente a una deuda con motivo de un contrato de cuenta corriente⁶⁸.

⁶⁶ Siguiendo el excelente análisis de la Profesora, BELINCHÓN ROMO, M.^a R. «La dación en pago: análisis jurisprudencial de la figura», *Revista del CES Felipe II*, núm. 8, 2008.

⁶⁷ *Es de observar que la adjudicación para pago (o acaso más exactamente el pago por cesión de bienes) implica abandono de los mismos por el deudor en provecho de sus acreedores, para que éstos apliquen su importe a la satisfacción de sus créditos al paso que la adjudicación o dación en pago, que es una forma de realizarlo, según la dirección tradicional, o una novación por cambio de objeto, como quiere algún sector de la doctrina extraña, se configura en la nuestra como un contrato de compraventa en que el crédito a satisfacer, adquiere la condición de precio, tal como puede inferirse del sentido del art. 1.521 del Código Civil y de las declaraciones hechas por la sentencia de 9 de enero de 1915; deduciéndose de ello, con singular aplicación a la cuestión que ahora se discute, que así como el pago por cesión sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, salvo pacto en contrario –art. 1.175– y, sin desnaturalizar su propia esencia, no cabe sostener que por su medio se opere una transmisión del dominio, puesto que (...), lo que en tal caso se admite es la posesión, a la que va aneja un mandato para proceder a la venta de los bienes que se entregan, en la adjudicación o dación en pago, por contraste con la figura que acaba de delinearse, la propiedad de los bienes entregados se transmite al adjudicatario y como consecuencia de la novación objetiva de la obligación originaria, se extingue ésta y quedan totalmente satisfechos el acreedor o acreedores.*

⁶⁸ *La cesión de bienes a los acreedores del art. 1.175 del C. Civ., no debe confundirse con la dación en pago pues como tuvo buen cuidado en precisar la doctrina de este Tribunal Supremo (...) aquélla implica abandono de los bienes por el deudor en provecho de los acreedores para que éstos apliquen su importe líquido a la satisfacción de su crédito, mientras que en la dación en pago, bien se la catalogue como una venta o bien se la configure como una novación o se piense incluso que se trata de un acto complejo, pero siempre regulada analógicamente en nuestro Derecho por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas (sólo se encuentran alusiones en los arts. 1.521, 1.636 y 1.849 del C. Civ.) el crédito que con ella se satisface adquiere la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen; o con otras palabras, en un caso se está en presencia de una «cessio pro solvendo» pues como dice el legislador, el pago por cesión sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, mientras que en el otro se trata de una «cessio pro soluto», en el sentido de que la entrega produce automáticamente la extinción de la primitiva obligación; debiéndose añadir todavía que la diferencia es terminante por lo que respecta a la traslación de título real, puesto que así como la cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un poder de carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio en la dación se produce una verdadera transmisión del dominio, sin restricción ni cortapisa alguna.*

En todo caso, cabe poner de manifiesto que nuestra jurisprudencia constituye un claro ejemplo de la confusión que existe en torno a la terminología utilizada para referirse a la dación en pago y a la cesión de bienes. Lo señalado puede comprobarse en la sentencia anteriormente citada, concretamente en el considerando segundo⁶⁹.

Los ejemplos más significativos de la jurisprudencia, ya que se citan en la mayoría de las resoluciones posteriores, son las sentencias de 7 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6923) y la de 13 de febrero de 1989 (RJ 1989/831). La primera de ellas, en el segundo considerando dentro de su propia estructura, constata

(...) la diferencia es terminante por lo que respecta a la traslación de título real, puesto que así como la cesión solo atribuye la posesión de los bienes con un poder de carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio, en la dación se produce una verdadera transmisión del dominio sin restricción o cortapisa alguna.

Por otra parte, la segunda de las sentencias citadas, la de 13 de febrero de 1989, en el Fundamento de Derecho 2.º nos dice que⁷⁰:

⁶⁹ En cuanto al primer motivo de casación, que para decidir si es certera la calificación que en derecho otorga la sentencia al pacto que se discute, o es criterio mejor asignarle la condición de una adjudicación en pago, es fuerza aludir, por somera que la referencia sea, al concepto que de ambos institutos y sus notas diferenciales, tiene la doctrina, y al que, por aplicación de las normas de derecho español, ha establecido la jurisprudencia patria; y así, es de observar que la adjudicación para pago, o acaso más exactamente, el pago por cesión de bienes, supone abandono de los mismos por el deudor; en provecho de sus acreedores, para que estos apliquen su importe a la satisfacción de sus créditos, al pago que la adjudicación o dación en pago que es una forma de realizarlo, según la dirección tradicional, o una novación por cambio de objeto, como quiere algún sector de la doctrina extraña, se configura en la nuestra como un contrato de compraventa, en que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio, tal como puede inferirse del sentido del artículo 1521 del Código Civil, deduciéndose por ello, con singular aplicación a la cuestión que ahora se discute, que así como el pago por cesión solo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, salvo pacto en contrario –artículo 1175– y, sin desnaturalizar su propia esencia, no cabe sostener que por su medio se produzca una transmisión del dominio, puesto que lo que en tal caso se transmite es la posesión, a la que va aneja un mandato para proceder a la venta de los bienes que se entregan, en la adjudicación o dación en pago, por contraste con la figura que acaba de delinearse, la propiedad de los bienes entregados se transmite al adjudicatario y como consecuencia de la novación objetiva de la obligación originaria, se extingue esta y quedan íntegramente satisfechos el acreedor o acreedores.

⁷⁰ A fines de solución del recurso de casación interpuesto, y que es materia de esta sentencia, es asimismo de considerar y determinar, por ser base de la solución que aquel deba merecer, y concretamente en orden a la apreciación de título viabilizador de tercería de dominio, el concepto, naturaleza, carácter y efectos respectivamente atribuibles a la adjudicación en pago de deudas o datio pro soluto» y la adjudicación para el pago de deudas o datio pro solvendo, y en tal sentido es de entender que la primera, o sea, la «datio pro soluto, significativa de adjudicación del pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa, dado que, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o

adjudicación toda vez que esta solo libre de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos como expresamente previene el meritado artículo 1175 del Código Civil, no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o datio pro soluto.

Una de las conclusiones a las que podemos llegar, analizando la jurisprudencia en este punto, es la falta de claridad de esta a la hora de referirse a estas dos instituciones y no porque se denomine como *datio pro solvendo* a la cesión de bienes, en la medida en que se trata de una circunstancia tradicionalmente admitida por todos (aunque fuese bueno para el ordenamiento que alguien pusiese de manifiesto que una cosa es la *datio* y otra distinta es la *cessio*), sino porque las sentencias del Tribunal Supremo utilizan además el término adjudicación para referirse a las dos figuras, dación y cesión, por lo que realizan, de este modo, una amalgama terminológica, al poner sobre el papel tres instituciones jurídicamente diferenciadas como son la adjudicación de bienes, la dación en pago y la cesión de bienes, cada una de ellas con su doble eficacia: *pro soluto* o en pago y *pro solvendo* o para pago⁷¹.

Destacable por último, por su claridad, las STS, Ponente. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz de 1 de octubre de 2009⁷², a la que haremos alusión en distintos apartados de este trabajo, donde:

como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pagos de deudas en tanto que la segunda, (...).

⁷¹ De este modo, existe una sentencia, la de 8 de febrero de 1996 (RJ 1996/962), que, estableciendo una referencia a la resolución de 13 de febrero de 1989, admite siete años después, sin pararse a pensar, la confusión terminológica que existe, en el sentido de que se refiere a la cesión, hablando de *datio pro solvendo*, la cual, en la terminología utilizada, equivaldría a la adjudicación para pago de deudas. Más recientemente, las sentencias de 28 de marzo de 2007 (RJ 370/2007) y la sentencia de 20 de junio de este mismo año (RJ 730/2007), continúan manifestándose en este mismo sentido, pues siguen refiriéndose a la dación en pago con la terminología propia de la adjudicación en pago de deudas (STS de 20/6/07), pretendiendo establecer la diferenciación entre la dación en pago y la dación para pago o cesión de bienes.

⁷² **TERCERO.**—*Yendo al presente caso concreto y analizando los motivos del recurso de casación que ha formulado la sociedad demandada en la instancia, los dos primeros se refieren a la nulidad del contrato cuya validez y vigencia se ha interesado en la demanda. Ambos motivos se desestiman. El primero, porque alega infracción de jurisprudencia y doctrina sobre la cesión de bienes pro solvendo regulada en el artículo 1175 del Código civil y la cesión de bienes pro soluto, siendo así que no aparece infracción alguna. Se mantiene en este motivo que en la segunda el precio tiene que venir determinado como en la compraventa. No es así, como se ha dicho en el fundamento anterior. Se aplica la normativa de la compraventa como analogía iuris, lo que no significa que todos los artículos deban aplicarse con exactitud, sino que son instituciones diferentes y permiten situaciones distintas. No hay infracción alguna cuando en una dación en pago se entregan unos bienes (y otros acuerdos, en un contrato complejo, como es el de 15 de octubre de 2001) en pago de los honorarios que ha devengado el demandante en su trabajo de intermediación en promociones de edificaciones, pese a que ni los trabajos ni los honorarios están perfectamente determinados y valorados, pero el acuerdo de las partes es válido, por el principio de la autonomía*

Insiste en la doctrina de que en la dación en pago, datio pro soluto la determinación del crédito cuya extinción ha de producirse como consecuencia de aquélla, es esencial al configurar el precio cierto exigido en aquella norma del Código civil. No es así, como se ha dicho. En aras al principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden configurar una dación en pago de servicios cuyo detalle y cuantía no están perfectamente determinados aunque las partes los conocen, aceptan y acuerdan extinguir la obligación de pago del precio, aun no bien determinado. Este es el caso presente en que las partes, con plena capacidad de obrar y conocimiento de su voluntad, hacen las declaraciones de voluntad conducentes a la dación en pago de todos los servicios profesionales del actor; negocio jurídico bilateral válido y eficaz.

Así como también, la STS de 27 de diciembre de 2012 –del mismo Ponente, Sr. D Xavier O’Callaghan Muñoz (Id. Cendoj: 28079110012012100766):

La jurisprudencia ha destacado y reiterado algo evidente. La acción por enriquecimiento injusto es subsidiaria, en el sentido de que no cabe alegarla si ha mediado un contrato o un acto o negocio jurídico. Y la dación en pago, es una forma especial de pago, como negocio jurídico emitido voluntariamente por personas físicas o jurídicas con plena capacidad de obrar. Se puede impugnar el negocio jurídico por las causas generales de ineficacia o invalidez, pero no por enriquecimiento injusto. Negado, a partir de hechos probados, el error obstativo y el error vicio, no cabe sino mantener la validez y eficacia de la dación en pago. Tanto más si se observa que la sociedad demandante y ahora recurrente, propietaria de las fincas, conocía o podía conocer la mayor superficie de la finca y además, si la dación en pago se hace el 1 de junio de 1995 y el 23 octubre del mismo año se dicta auto señalando la cabida correcta, es decir, cuando se otorgó la dación en pago, ya estaba en trámite el expediente de dominio que concluyó por auto, poco después. En definitiva, se desestima este motivo del recurso porque no aparece infracción alguna del artículo 7 ni del 1902 del Código civil que en realidad, ni se alega a lo largo del recurso. En éste se menciona error esencial, siendo así que los hechos probados no lo admiten y no cabe hacer supuesto de la cuestión. No hay tampoco enriquecimiento injusto, cuando se celebró la dación en pago voluntaria y conscientemente. (...) Ninguno de estos presupuestos se da en el presente caso, no fue un hecho imprevisible posterior; sino una discordancia entre realidad registral y extraregistral,

de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código civil como uno de los principios básicos del derecho privado, siendo así que no va contra la ley, ni la moral, ni el orden público. Son buena expresión del mismo las sentencias de 5 de octubre de 2006, 13 de julio de 2007, 3 de octubre de 2007.

El segundo, porque, alegando la infracción del artículo 1445 del Código civil repite la misma argumentación que en el motivo anterior (...).

que, lejos de ser imprevisible, la sociedad demandante que otorgó la dación en pago, tenía conocimiento de la misma para la que incoó un expediente de mayor cabida.

4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DACIÓN EN PAGO

Los juristas romanos de la época clásica tardía vieron la posibilidad, afirmada expresamente por la cancillería de Diocleciano, y expuesta sistemáticamente por la de Justiniano, de que en caso de evicción de la cosa dada in *solutum*, el deudor contase también con una *actio utilis ex empto* como si entre las partes hubiese tenido lugar una compraventa en la que la cosa vendida fuera objeto de evicción. Esto último no es óbice a que dicha solución práctica de la jurisprudencia clásica, de naturaleza estrictamente procesal, adoptada también por la Cancillería de Diocleciano, propiciase o, al menos, facilitase también en la mentalidad de los bizantinos un acercamiento hacia una concepción contractualista de la *datio in solutum*, presente en la tradición jurídica griega y helenística de aquél tiempo, que configuraba a la *datio in solutum* de *res pro pecunia* como una suerte de contrato de compraventa. Sea como fuere, lo cierto es que dicha concepción, que se aprecia en diversos textos del Código y del Digesto de Justiniano, ha condicionado el estudio de toda esta materia llevado a cabo por la tradición jurídica europea desde la Glosa hasta la codificación, como hemos visto⁷³.

No obstante ello, la jurisprudencia romana clásica enmarcó sistemáticamente la *datio in solutum* entre los modos de extinción de las obligaciones que dan lugar a una *satisfactio* del acreedor. Así pues, fue la *solutio* la forma normal de extinción de las obligaciones que consiste en el cumplimiento por el deudor de la prestación prometida al acreedor en los términos exactamente convenidos. Cuando esto no era posible por insolvencia del deudor, o por cualquier otra causa por la que éste no pudiese cumplir la obligación, se abrió paso en el Derecho romano a la posibilidad de que dicho deudor intentase, al menos, la *satisfactio* del acreedor ofreciéndole la entrega de otra prestación (*datio in solutum*), lo que había de ser necesaria y discrecionalmente aceptado por este último.

Como vimos, para el Derecho general de obligaciones, que se consolida en la época clásica del Derecho romano, y que ahora utilizamos a través de la

⁷³ Vid. *in extenso* BLANCH NOUGUÉS, J. M., «Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la Dación en Pago (*Datio in Solutum*) en Derecho romano», *RGDR*, núm. 13, 2009.

formulación llevada a cabo por los Códigos decimonónicos⁷⁴, el cumplimiento o pago es la realización de la prestación debida que trae por consecuencia la extinción de las obligaciones⁷⁵. Aunque el pago, como exacta realización de la prestación debida, exige en su consideración rigurosa la puesta en escena de todos los elementos personales, reales y circunstanciales contemplados en el vínculo obligatorio, ello no impide a que la satisfacción del acreedor, punto de referencia básico a la hora del cumplimiento obligacional, pueda obtenerse también a través de otros mecanismos jurídicos que, no siendo rigurosamente pago, tienen, empero, unos efectos liberatorios y extintivos similares a él⁷⁶.

Habida cuenta de que la *datio* ha sido catalogada jurídicamente, en este trabajo, como un subrogado del cumplimiento, no debe, por este motivo, considerarse como un pago *strictu sensu*, sino un pago impropio con una prestación que no ha sido objeto de la obligación. El régimen general referido al pago se contiene en el Código civil, cuyo art. 1170: señala: *El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España*. Esta es la norma legal básica y arcaica que rige el pago en nuestro ordenamiento jurídico.

A pesar de lo dispuesto en el citado art. 1170 del Código civil, los pagos se realizan hoy día, no mediante monedas de oro o plata, sino mediante sus

⁷⁴ En este sentido señala Díez PICAZO, L. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, pp. 472 y 473). El cumplimiento es la exacta ejecución de la prestación debida cualquiera que sea la naturaleza de la misma. Entrega de una suma de dinero; entrega de una cosa genérica o específica; realización de un servicio, ejecución de una gestión u omisión de un comportamiento cuando la prestación debida era de no hacer. Nuestro Código civil utiliza con frecuencia la expresión pago, y en ocasiones emplea también la idea de cumplimiento; aun cuando existe alguna inclinación a preferir la idea de pago cuando se trata de deudas pecuniarias, el pago debe ser considerado como todo acto de cumplimiento.

⁷⁵ La concepción tradicional del cumplimiento no ve en él sencillamente más que la realización de la prestación debida. El cumplimiento, según esta concepción, es hecho jurídico que provoca la extinción voluntaria de la obligación. Para otros, el cumplimiento viene integrado por un *animus solvendi*, que desemboca en una declaración de voluntad, lo cual nos lleva al ámbito propio del negocio jurídico. Sobre esta cuestión, en la que no vamos a detenernos ya que excede con creces la finalidad de este trabajo, Vid. Díez PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit, pp. 473 y ss.

⁷⁶ El régimen general referido al pago se contiene en el Código civil, cuyo art. 1170: señala: «*El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España*». Este régimen general es completado en artículos como el art. 1.445 del Código civil al configurar la obligación del comprador como la consistente en pagar «*un precio cierto, en dinero o signo que lo represente*», o en la Ley Hipotecaria al señalar en su artículo 10 «*En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago*». A este respecto debe indicarse que en caso de utilizar instrumentos mercantiles para efectuar el pago, éste no se tendrá por producido hasta que aquéllos se hayan realizado. Los documentos mercantiles representan dinero, pero si no llegan a buen fin, haciéndolo efectivo, el pago no se produce (art. 1170, p. 2.º). El art. 1.170, 2.º y 3.º sólo se aplica en los supuestos en los que el título se entrega *solvendi causa*.

sustitutos, esto es, la moneda y el papel moneda o los instrumentos que la representan, como son los tradicionales efectos mercantiles y las anotaciones contables, ya sean en papel o en los más modernos soportes electrónicos⁷⁷.

Ahora bien, se ha de tener en cuenta que en caso de utilizar instrumentos mercantiles para efectuar el pago, éste no se tendrá por producido hasta que aquéllos se hayan realizado. Los documentos mercantiles representan dinero, pero si no llegan a buen fin, haciéndolo efectivo, el pago no se produce (art. 1170, p. 2.º). Por su parte el art. 1.445 configura la obligación del comprador como la consistente en pagar un precio cierto, en dinero o signo que lo represente⁷⁸.

El ámbito objetivo de la norma (art. 1170, p. 2.º) como señala el profesor Paz-Ares, no abarca todos los títulos-valores, sino sólo aquellos que incorporan una obligación pecuniaria y se entregan con el fin de saldar una obligación pecuniaria. Para este autor sólo abarcaría a los llamados títulos cambiarios (letra de cambio, pagaré y cheque), aunque en algún aspecto, por analogía, quepa incluir otros⁷⁹.

⁷⁷ Resultan particularmente claras las observaciones realizadas por GARRIGUES, J., («El dinero como objeto de la actividad bancaria», cit., pp. 38 y 39), por cuyo indudable interés reproducimos, «*El dinero es una cosa tangible y no un derecho. Los instrumentos bancarios de pago son derechos y no cosas aunque estén incorporados a una cosa como el documento. El pensamiento jurídico no debe equiparar el dinero (cosa física y tangible) con el derecho a obtener dinero por consecuencia de un depósito bancario (derecho que es, como todo derecho inmaterial e intangible). Las cosas-y entre ellas el dinero- se transmiten por la tradición. Los derechos se transmiten mediante cesión. Y si es cierto que las normas de cesión se alteran substancialmente cuando el derecho está incorporado a un título-valor, en el sentido que entonces el derecho se transmite como una cosa mueble, no es menos cierto que lo que se transmite también en este caso es el derecho. Ahora bien, cuando lo que se transmite es dinero no se transmite ningún derecho, sino una cosa física mueble que no incorpora ningún derecho a obtener otra cosa; se transmite una cosa que no recibe su valor del derecho que incorpora, como ocurre en los títulos valores, puesto que no incorpora ninguno, sino que su valor reside en el hecho de haber sido reconocida esa cosa (moneda metálica o moneda papel) por la Ley como medio irrecusable de pago. (...) Y por la misma razón no son dinero los instrumentos bancarios que el uso mercantil equipara al dinero (talones, cheques, mandatos de pago, órdenes de transferencia) y que están destinados a obtener un pago en dinero. Estos títulos incorporan un derecho: el derecho a recibir dinero. Pero no son por sí mismos dinero».* En similares términos, MANN, F. A., *El aspecto legal del dinero*, cit., pp. 30 y ss.

⁷⁸ Como advierte el Profesor CUÑAT EDO, V., el art. 1.170 al referirse al pago de las obligaciones pecuniarias establece: «1.º *Que el pago sólo se produce inmediatamente por la entrega de la especie en que se pactó la prestación, en los términos del párrafo 1.º; 2.º Que pueden utilizarse instrumentos distintos del dinero, pero representativos de deudas de dinero, para satisfacer las prestaciones pecuniarias; 3.º Pero su admisión es voluntaria para el acreedor, y que su mera entrega no produce por sí misma los efectos del pago»* Añadiendo con posterioridad, el legislador ha creado una causa específica de extinción de las acciones pecuniarias: *el perjuicio del título entregado para su satisfacción (..) con la consiguiente extinción de la acción para reclamar el cumplimiento de la obligación primitiva*, CUÑAT EDO, V., «El artículo 1.170 del Código civil y su aplicación a la entrega de letras de cambio», en *RDM*, 1973, pp. 92 y 102.

⁷⁹ PAZ-ARES, C., «art. 1.170», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, cit., p. 222. Para el citado artículo no es aplicable a las tarjetas de crédito y al llamado dinero escriturario (este autor sostiene un concepto de dinero escriturario más estricto que la mayoría de la doctrina, vid. en la misma obra pp. 208 y 209).

El art. 1170, 2.º y 3.º sólo se aplica en los supuestos en los que el título se entrega *solvendi causa*. Pero aun dentro de la *causa solvendi* han de distinguirse los supuestos en que el título se entrega *pro solvendo* (como medio de pago y salvo buen fin) y los supuestos *pro soluto* (en lugar de pago o a título de cumplimiento)⁸⁰, siendo este último supuesto, donde la obligación causal se extingue sin dejar margen a la aplicación del art. 1170 2.º y 3.º⁸¹, produciéndose una dación en pago.

El pago produce como primer y principal efecto, la extinción de la obligación sin embargo, no en todos los casos el pago extingue de pleno la obligación ya que en muchas situaciones la obligación no se extingue sino

⁸⁰ CUÑAT EDO, V., «El artículo 1.170 del Código civil y su aplicación a la entrega de letras de cambio», cit, pp. 93 y 119. que el actual art. 1.170 encuentra su precedente en el art. 1.240 del llamado Anteproyecto Laurent, en el que se encuentra una regla de acuerdo con la cual *la entrega de pagarés a la orden o letras de cambio no equivale a pago, salvo que se pruebe que las partes han querido hacer novación*. Es razonable por ello entender que el art. 1.170, al establecer que el pago sólo se entiende hecho cuando los efectos entregados se realicen, deja abierta la solución contraria en los casos en que las partes pacten una novación, sustituyendo total e íntegramente la primitiva obligación por la derivada del título-valor. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.203 del C. C, la novación no puede presumirse, ni deducirse del carácter del título-valor, ni de la incorporación de los créditos a dichos títulos. El párrafo segundo del art. 1.170 establece que la entrega de los títulos produce los efectos del pago en dos casos: cuando hubiesen sido realizados, es decir, cuando el deudor pague al tenedor del título y cuando el título se hubiese perjudicado por culpa del acreedor. Los presupuestos de aplicación de la regla son inicialmente claros: debe haberse producido el llamado «perjuicio» del título, que ocurrirá siempre que no se hayan cumplido los requisitos para mantener vivas las acciones derivadas del propio título. Además, se requiere que el llamado perjuicio del título se produzca por culpa del acreedor. Ello significa, como es lógico, que la causa determinante de la falta de cumplimiento de los requisitos necesarios para la viabilidad de las acciones debe ser imputable al acreedor. No existirá culpa del acreedor cuando los actos preestablecidos para conservar las acciones hayan quedado impedidos por fuerza mayor; cuando el tenedor del título haya sido exonerado, en virtud del propio título, de la carga de cumplir aquellos requisitos; y, en puridad, cuando el acreedor haya a su vez transmitido el título a un tercero y el cumplimiento de los requisitos corresponda a éste. Añade el art. 1.170 en su último párrafo, que la acción derivada de la obligación primitiva queda en suspenso, entre el momento de la entrega de los títulos al acreedor y el momento de su realización o falta de realización. Como indica Cuñat, esta suspensión es perfectamente congruente con la causa *pro solvendo* de la entrega de los títulos, ya que una inalterada pervivencia de la acción derivada de la obligación primitiva sería incompatible con los efectos queridos por las partes, implicaría una duplicidad de prestaciones y dejaría sin efecto la entrega instrumental a criterio de una sola de las partes. La suspensión significa que si la acción es efectivamente ejercitada por el acreedor, el deudor demandado dispone de una excepción, que no puede significar desestimación de la demanda en cuanto al fondo, sino solamente formalmente en lo que se refiere al momento en que se ejercita. La suspensión de la acción derivada de la obligación primitiva, concluye con la falta de pago del título entregado con carácter instrumental. A partir de este momento, con independencia de que se puedan ejercitar o no las acciones derivadas del propio título impagado, según el art. 1.170.3.º, se recupera la posibilidad de ejercicio de la obligación primitiva. Ahora bien, como observa PAZ-ARES, C., (art. 1.170, en *Comentario del Código Civil, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991*, pp. 222 y 223) *la acción causal sólo renace o reactiva cuando el título queda impagado (...) aun dentro de la causa solvendi han de distinguirse los supuestos en que el título se entrega pro solvendo (como medio de pago y salvo buen fin) y los supuestos pro soluto (en lugar de pago o a título de cumplimiento), siendo este último supuesto, donde la obligación causal se extingue sin dejar margen a la aplicación del art. 1.170 2.º y 3.º, produciéndose una Dación en pago.*

⁸¹ PAZ-ARES, C., «art. 1.170», en *Comentario del Código Civil, T. II, Ministerio de Justicia*, cit., p. 222.

que se modifica, como sucede con el pago mediante una tarjeta electrónica de crédito.

Como señala, Gete-Alonso, M.^a del C⁸², el pago realizado mediante una tarjeta electrónica de crédito produce principalmente efectos liberatorios para el titular de la tarjeta, no así para el emisor, quien por virtud del contrato de emisión se obliga a garantizar el pago de las obligaciones contraídas mediante tarjetas por el titular; de esta manera el titular queda liberado de la deuda pero la obligación no se extingue hasta tanto el emisor no satisfaga al proveedor aceptante el importe de la deuda⁸³.

El segundo efecto que produce el cumplimiento de la obligación de pago por parte del deudor es el efecto liberatorio, en el sentido de que el deudor queda liberado del poder coactivo del acreedor, de la sujeción jurídica.

⁸² GETE-ALONSO, M.^a del C, *El pago mediante tarjetas de crédito*, Madrid, 1990, p. 176.

⁸³ La naturaleza jurídica del pago realizado con una tarjeta electrónica de este tipo ha sido discutido por la doctrina así hay quienes afirman que se trata de un contrato a favor de un tercero (PÉREZ SERRABONA, J. L./ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L. M., *La tarjeta de crédito. Hacia un estatuto jurídico*. Granada, 1987. p. 45.); otros la consideran una delegación de deuda pasiva, donde se produce una novación objetiva de la obligación con cambio de deudor. En este sentido GETE-ALONSO, M.^a del C., *El pago mediante tarjetas de crédito, cir*; y RICO CARRILLO, M., «El pago mediante tarjetas en el comercio electrónico a través de Internet». *RCE*, núm. 3, 2000, pp. 33 y 34; y otros aluden al efecto acumulativo de la deuda, alegando que el titular no se libera de ella sino que el emisor o adquirente se suma a la obligación, según los casos, existiendo pluralidad de deudores de la obligación frente al proveedor. Coincidimos con la tesis que indica que se trata de una delegación de deuda pasiva, operando en este sentido una novación de la obligación con cambio de deudor, en virtud de la cual el emisor o el adquirente se colocan frente al proveedor aceptante en la posición de deudores de la relación obligacional surgida en principio, entre el titular y el proveedor en cuanto al pago del precio; por esta delegación de deuda, el titular queda liberado de la obligación frente al proveedor desde el mismo momento en que la tarjeta es aceptada, asumiendo el emisor o el adquirente la obligación de responder frente aquél por el pago y, en caso de que se vea obligado al pago, lo hará de acuerdo a lo previsto en el art. 1.158 C. C., surgiendo frente al titular el derecho de repetición por la subrogación operada en la posición acreedora, de manera que el titular se libera frente al proveedor pero no frente al emisor. La extinción de la obligación y el efecto liberatorio para el acreedor tiene lugar cuando el nuevo deudor hace entrega de la suma dineraria al proveedor aceptante de la tarjeta. En las operaciones realizadas con tarjetas electrónicas de débito, se producen todos los efectos del pago indicados, el titular se libera de la obligación extinguiéndola y satisfaciendo al acreedor quien recibe vía electrónica en su cuenta, el importe de la deuda. El pago se hace con fondos que el titular tenga disponibles en la cuenta bancaria asociada a la tarjeta, tratándose en este sentido de una operación similar al pago en dinero en efectivo, ya que opera automáticamente mediante el sistema de transferencias electrónicas de fondos; si el titular carece de fondos, el proveedor debe rechazar el pago. Si el emisor da la autorización erróneamente o concede un descubierto en la cuenta, la orden se considera irrevocable, produciéndose los efectos indicados en el caso de las tarjetas electrónicas de crédito, en el sentido de que éste se obliga frente al proveedor y le asiste el derecho de repetición contra el titular, pero esta circunstancia excepcional en ningún momento desnaturaliza el uso de la tarjeta de débito para configurarla como tarjeta de crédito. En el caso del pago realizado mediante una tarjeta de compra, no se da ninguno de los efectos indicados, en el sentido de que en el momento en que se realiza la transacción comercial, se produce el aplazamiento en los pagos, el efecto liberatorio, la extinción de la deuda y la satisfacción para el acreedor tendrá lugar en el momento en que se produzca realmente el pago, es decir cuando se produzca el abono en cuenta o el titular realice el pago en efectivo, o en cheque, según las modalidades permitidas.

Finalmente el pago produce el efecto de satisfacción para el acreedor en el sentido de que es cumplida la prestación debida. En líneas generales, el pago debe producir en forma simultánea los efectos indicados, sin embargo en determinadas ocasiones la eficacia del pago no se da en toda su extensión, justificando otro tipo de soluciones en orden a la satisfacción del acreedor y a la liberación del deudor, soluciones que se apartan un poco del esquema planteado y que precisamente se dan en el caso de las tarjetas de crédito, como acabamos de señalar.

Esta concepción, según la cual la *datio* se cataloga jurídicamente como un subrogado del cumplimiento, determina que no siendo un pago *strictu sensu*, tiene, empero, unos efectos liberatorios y extintivos similares a él⁸⁴, cosa que por el contrario, la cesión de bienes no producirá la liberación definitiva del deudor cedente mientras los acreedores no cobren el total de sus créditos. Pero nada obsta a que el deudor y los acreedores pacten lo contrario (el art. 1175 C.c. lo contempla expresamente); y ello no convierte a la cesión de bienes en una dación en pago, porque aun en el caso de que estemos ante una cesión de bienes que libere del vínculo obligatorio al deudor cualquiera que sea el resultado de la liquidación, siguen existiendo diferencias que la separan de aquélla: la cesión de bienes a los acreedores no transmite la propiedad de los bienes cedidos a los acreedores cesionarios.

En la dación en pago la liberación del deudor se produce en el momento de la entrega del bien; en la cesión de bienes⁸⁵, el contrario, la liberación del cedente no ocurre en el instante en que se ponen los bienes a disposición de los cesionarios, sino que habrá que esperar hasta que la liquidación esté finalizada. La liberación del deudor cedente se produce tras la liquidación de los bienes y una vez que los acreedores cesionarios han aplicado el precio al pago de los créditos (STS. de 15 de diciembre de 1989). Se tratará de una liberación total

⁸⁴ Así es destacable la STS, Ponente: Xavier O'callaghan Muñoz de 1 de octubre de 2009 donde: «SEGUNDO.—(...) La primera es la cuestión de la dación en pago, *datio in solutum* que es una forma especial de pago, llamada también forma subrogada del cumplimiento y consiste en el acuerdo, como negocio jurídico bilateral, de que se cumpla la obligación mediante una prestación distinta de la que era objeto de la misma».

⁸⁵ Belinchón Romo Al afirmar que la eficacia de la *datio* se proyecta respecto de deudor y acreedor en el momento en que el deudor realiza la transmisión patrimonial a favor del acreedor y que representa el aliud, podríamos estar defendiendo la perfección real de la dación en pago (...) Respecto del segundo de los requisitos mencionados, solo cabe resaltar que en la *datio pro soluto*, la realización de la prestación ha de ser inmediata al acuerdo entre acreedor y deudor, y además ha de ser efectiva, esto es, transmisiva del aliud al acreedor; mientras que en el supuesto de la *datio pro solvendo*, la realización del aliud ha de ser solo efectiva y, en virtud de ella, el deudor ha de ingresar en el patrimonio del acreedor la atribución patrimonial que representa el aliud. («nociones generales sobre la dación en pago», cit., p. 4)

o parcial según hayan acordado las partes en el contrato, más en un caso o en otro, será preceptivo esperar a que se haya producido la enajenación.

Es decir, ante el eventual pacto en contrario, el cedente no se libera en el momento de la estipulación del contrato, tampoco en el instante de la entrega de los bienes, lo que explica que en cualquiera de los supuestos contemplados en la cesión de bienes origine unos mismos efectos –como son la obligación de los cesionarios de administrar y liquidar los bienes diligentemente, el derecho de control y el derecho a la rendición de cuentas que corresponden al deudor, etc.–, tanto en el supuesto de la liberación parcial y condicionada del deudor, como en el de la liberación plena y definitiva. Además, en el caso de la cesión de bienes, la liberación del deudor estará condicionada a que se produzca la venta a los terceros por lo que, si ésta no llega a realizarse (incluido el caso no improbable de que no se encuentre un comprador), el deudor no quedará libre de su obligación⁸⁶.

Como hemos indicado anteriormente, uno de los prepuestos de aplicación de la dación en pago es la diferente configuración que ha de existir entre la prestación originaria y la prestación nueva que se pacta entre acreedor y deudor y a la cual, se le atribuye eficacia extintiva; es decir, si la prestación originaria

⁸⁶ Somos de la opinión, siguiendo a LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (*In extenso*, así como la bibliografía citada en su obra *La cesión de bienes a los acreedores*, Valencia, 2003) que el art. 1175 C.c., en consonancia con sus antecedentes históricos, recoge exclusivamente la figura jurídica de la cesión de bienes, con la particularidad de que ésta puede llevarse a cabo con distintos efectos, según cuál haya sido la voluntad del cedente y de los cesionarios a la hora de acordar la cesión. Deudor y acreedores pueden establecer, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 C.c.), las condiciones y los efectos que consideren más convenientes para mejor regular sus legítimos intereses. En principio, y por lo general, la cesión de bienes no producirá la liberación definitiva del deudor cedente mientras los acreedores no cobren el total de sus créditos. Pero nada obsta a que el deudor y los acreedores pacten lo contrario (el art. 1175 C.c. lo contempla expresamente); y ello no convierte a la cesión de bienes en una dación en pago, porque aun en el caso de que estemos ante una cesión de bienes que libere del vínculo obligatorio al deudor cualquiera que sea el resultado de la liquidación, siguen existiendo diferencias que la separan de aquélla: la cesión de bienes a los acreedores no transmite la propiedad de los bienes cedidos a los acreedores cesionarios. En la dación en pago la liberación del deudor se produce en el momento de la entrega del bien; en la cesión de bienes, por el contrario, la liberación del cedente no ocurre en el instante en que se ponen los bienes a disposición de los cesionarios, sino que habrá que esperar hasta que la liquidación esté finalizada. La liberación del deudor cedente se produce tras la liquidación de los bienes y una vez que los acreedores cesionarios han aplicado el precio al pago de los créditos (STS de 15 de diciembre de 1989). Se tratará de una liberación total o parcial según hayan acordado las partes en el contrato, más en un caso o en otro, será preceptivo esperar a que se haya producido la enajenación. Es decir, ante el eventual «pacto en contrario», el cedente no se libera en el momento de la estipulación del contrato, tampoco en el instante de la entrega de los bienes, lo que explica que en cualquiera de los supuestos contemplados el contrato de cesión de bienes origine unos mismos efectos –como son la obligación de los cesionarios de administrar y liquidar los bienes diligentemente, el derecho de control y el derecho a la rendición de cuentas que corresponden al deudor, etc.–, tanto en el supuesto de la liberación parcial y condicionada del deudor, como en el de la liberación plena y definitiva. Además, en el caso de la cesión de bienes, la liberación del deudor estará condicionada a que se produzca la venta a los terceros por lo que, si ésta no llega a realizarse (incluido el caso improbable de que no se encuentre un comprador), el deudor no quedará libre de su obligación.

consiste en una prestación de hacer de las del artículo 1088 del Código civil, que el *aliud* consista en una prestación de dar, o dentro de la categoría de las prestaciones de dar, que se trate de entregar algo diferente de lo debido.

No debe extrañar, en consecuencia, que en tales casos se hable de modalidades, subrogados, sustitutivos, equivalentes o figuras similares al pago.

De este modo la Resolución de 16 de marzo de 2009. (BOE de día 11 de Abril) en los siguientes términos:

... Por lo demás, y en lo que concierne a la forma en que haya de abonarse dicho precio, ha de recordarse que se cumple la exigencia de precio cierto, en dinero o signo que lo represente, cuando, una vez señalado aquél, las partes convengan formas de satisfacción del mismo que sean subrogadas de la pura entrega de dinero, como por ejemplo, la dación en pago, entre otras formas posibles. Y esto es precisamente lo que ha ocurrido en este caso, en el que el comprador ha realizado su prestación –o lo que es mismo, ha saldado su deuda con el vendedor derivada del precio que tiene que abonarle– transmitiéndole a título oneroso un crédito que ostenta contra un tercero...

Luego si las partes pueden celebrar un contrato de compraventa de un inmueble, regido por su normativa específica, pactando posteriormente que el pago del precio determinado podrá hacerse con la entrega de un bien y no con dinero o signo que lo represente forzado es concluir que la dación en pago no es sino una forma de satisfacer el precio.

La cuestión debe ser examinada, también desde el ámbito hipotecario. Dice la Ley Hipotecaria en su art. 10, que *En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago.*

El pago del precio no comporta para el obligado la necesidad de entregar metálico o signo que lo represente, sino que puede entregar otra cosa diversa. Luego forzoso es resolver con idéntico carácter que el mandato se aplicará también a otros supuestos que, sin entrar en el concepto tradicional y general de compraventa. Así lo expresa el Fundamento 2 de la Resolución con estas palabras, en referencia a una dación en pago:

...Abordando ahora la cuestión con perspectiva hipotecaria, ... el artículo 10 de la Ley Hipotecaria exige que se haga constar el –precio– que resulte del título así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago; ahora bien, examinando tal requisito a la vista del tenor de la respectiva escritura calificada, se desvanece cualquier duda sobre la procedencia de la inscripción de aquélla, pues aparece perfectamente determinada la forma en que las partes han convenido el pago del precio –cierto–, mediante la concreta satisfacción de su prestación por parte del comprador deudor...

■ DACIÓN EN PAGO E INSOLVENCIA EMPRESARIAL

El gran calado de la nueva y vinculante doctrina, dado el carácter esencial de las cuestiones a que vincula, determina que sus consecuencias sean de amplio alcance concursal, incluso algunas de ellas impredecibles en el momento en que fue dictada, lo que justifica la renuncia a considerarlas, en este momento del trabajo pero serán retomadas al hablar de las acciones de reintegración.

CAPÍTULO 4

LOS PRESUPUESTOS DE LA DACIÓN EN PAGO Y SUPUESTOS PARTICULARES DE LA NUEVA PRESTACIÓN PACTADA ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR (*ALIUD PRO ALIO*)

1. LA DETERMINACIÓN DEL VALOR EN LA PRESTACIÓN ORIGINARIA

1.1 El principio de la autonomía de la voluntad en la determinación del valor

Como se deduce de lo expuesto hasta ahora, la prestación originaria puede consistir en una prestación de hacer de las del artículo 1088 del Código civil, y el *aliud* consistir en una prestación de dar, o dentro de la categoría de las prestaciones de dar, que se trate de entregar algo diferente de lo debido. Si bien, en el pago o cumplimiento cabe admitir una cierta y relativa *disimilitud entre lo debido y lo cumplido*, si ello no afecta de manera sensible al interés del acreedor y se puede encajar en los dictados de la buena fe. Así parece admitirlo la jurisprudencia cuando estima que no puede rechazarse la prestación ofrecida, escudándose en el artículo 1.166 del Código civil, si ésta no se diferencia de forma relevante de la debida, ya que los derechos deben ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 del Código civil). Con todo, como ha señalado la doctrina, el margen de tolerancia para la disimilitud es mínimo; dado que la exactitud de la prestación comprende los aspectos principales y secundarios de la prestación, y esa diversidad se tendrá que *determinar por el*

*valor, la función y los usos relativos a la clase de prestación de que se trate, de acuerdo con la buena fe*¹.

Excepciones a esa regla de la identidad son la dación en pago; únicamente posible con la cooperación y el consentimiento del acreedor, quien tendrá que prestar su aquiescencia a propósito del cumplimiento y no en el momento de constitución de la obligación. Así pues, la dación en pago al acreedor no puede ser identificada con el pago *strictu sensu*, pues, como decíamos, supone una clara excepción a uno de los caracteres esenciales de éste: el requisito de la identidad de la prestación, y esta, precisamente, se exceptiona en la dación en pago ya que uno de los presupuestos de validez que se señalan a efectos de la existencia de la dación en pago es la diferenciación entre la prestación originaria y el *aliud pro alio*, la nueva prestación pactada entre acreedor y deudor.

En condiciones normales, podríamos plantearnos la posibilidad de que el deudor ofreciese al acreedor una prestación de igual valor que la debida e incluso, de mayor valor; es más, nada impediría que el deudor ofreciese al acreedor o que el acreedor demandara del deudor, un *aliud pro alio* de un valor económico inferior a la prestación debida; nada obsta para ello; lo único que se precisa para que esa operación adquiera eficacia solutoria es la aceptación del *accipiens*, en caso de que la iniciativa parta del *solvens*².

Lo que apenas se menciona por nuestros comentaristas es la no necesaria equivalencia de valor existente entre la prestación originaria y la nueva prestación pactada, ya que según recoge la jurisprudencia *ni tan siquiera es necesaria la valoración de la prestación originaria cuyo pago es debido*. Incluso ello podría producirse, independientemente y alternativamente al convenio entre acreedores y deudor aprobado por la junta de acreedores en el ámbito de la L. C., pues los acreedores y el deudor, al margen de toda intervención judicial, pueden llegar a una solución al conflicto de intereses en situaciones de crisis económicas del deudor común, firmando un acuerdo amistoso extrajudicial, sin recurrir a concurso judicial y ello al amparo de la autonomía de la voluntad reconocida en el art. 1255 del C.c.

En el ámbito de las obligaciones y, por ende, en el ámbito contractual, rige el principio de la autonomía de la voluntad contemplado en el artículo 1255 del C.c. (en adelante C.c) *Los contratos pueden establecer los pactos,*

¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo 1.166», AA. VV *Comentarios al Código civil y Compilaciones, forales*, Dir. M. Albaladejo, Vol. XVI-1, Madrid, 1980, p. 104.

² FINEZ RATÓN, J. M., «La dación en pago», *ADC*, 1995, núm. 4, pp. 1.467 a 1.527. En este sentido debe recordarse que el marco propio de la dación en pago voluntaria suele ser el de los supuestos en los que la iliquidez del deudor impide cumplir con una deuda pecuniaria que se pretende cumplir, generalmente, entregando bienes inmuebles.

cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público; ello supone la posibilidad de que las partes de la obligación puedan pactar lo que tengan por conveniente, siempre y cuando se respeten las disposiciones legales y los derechos adquiridos por terceras personas.

Por otro lado, el art. 1809 del C.c determina que *La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen termino al que había comenzado*. Lo que unido al art. 19 LEC que establece el derecho de las partes para la disposición sobre el proceso y sobre sus pretensiones, con los límites de la prohibición legal, del interés general y del perjuicio de tercero, y confirmando por tanto el contenido del art. 6.2 del C.c; determinan que no exista ningún obstáculo legal en nuestro sistema que impida la opción del convenio amistoso, alcanzado en un ámbito desjudicializado de tratamiento de las crisis económicas, representa un ahorro de costes temporales.

Ahora bien tiene riesgos por no existir un control de legalidad y por no quedar paralizadas las acciones ejecutivas individuales de los acreedores no firmantes del acuerdo amistoso. Además, los acreedores que suscriban el convenio amistoso quedarán sometidos a la tramitación del concurso, si éste llega finalmente a declararse, si la vía amistosa de composición no llega a buen puerto.

Tampoco de forma aislada se evitan los riesgos pues, en efecto, pueden producirse daciones en pago con acreedores singulares –ante la habitual iliquidez en las fases previas a la insolvencia, o como consecuencia de las restricciones al acceso al crédito de nuestros días–. Lo señalado, en la fase temporal inmediatamente anterior a la declaración del concurso, hace que la dación en pago puede devenir rescindible si con posterioridad a su declaración son objeto de una acción de reintegración. Lo señalado es muy problemático debido a que la configuración del concepto de perjuicio es un concepto indeterminado en la acción de reintegración. De hecho, la doctrina más autorizada se decantó por una interpretación restrictiva³, cuestión esta que, como veremos, no fue compartida por la jurisprudencia pues en algunas ocasiones, de forma titubeante, se realizan interpretaciones extensivas.

³ BELTRÁN, E., «*La ley no define el perjuicio, si bien la letra del artículo 71 (que se refiere reiteradamente al perjuicio patrimonial) y la propia rúbrica del Capítulo IV del Título III («efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa») inducen a seguir una interpretación estricta en el sentido de que sólo podrá considerarse que existe perjuicio cuando el acto produzca una reducción del patrimonio del concursado, que construye la garantía de los acreedores, sin que haya de valorarse, por el contrario, los efectos que el acto pueda producir en la ordenación de la masa pasiva»* [en Uría/Menéndez (Dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 2007, p. 1024].

Ello provoca un evidente inseguridad jurídica pues a lo señalado debe sumarse el hecho de que uno de los prepuestos de aplicación de la dación en pago es la diferente configuración que ha de existir entre la prestación originaria y la prestación nueva que se pacta entre acreedor y deudor y a la cual, se le atribuye eficacia extintiva.

De ahí las diferencias existentes entre la obligación facultativa y *la datio in solutum*, pues en la obligación facultativa, el deudor no tiene que cumplir necesariamente con una prestación distinta de la debida (puede hacerlo con ésta o con la prestación facultativa); en cambio, en la *datio in solutum*, el deudor habrá de pagar con una prestación distinta a la inicialmente prevista al constituirse la obligación. En la obligación facultativa, la autorización para poder cumplir la prestación facultativa (*aliud*) existe desde el momento mismo en que quedó constituida la obligación; en cambio, *la dación en pago es siempre fruto de un acuerdo entre acreedor y deudor que, necesariamente, ha debido producirse con posterioridad a ese momento*. Además de que el ejercicio de la *facultas solutionis* es en la obligación facultativa un acto de voluntad unilateral del deudor, cosa que en modo alguno puede ocurrir en la dación en pago, en la que se precisa, en el momento mismo del pago, la conformidad del acreedor⁴.

En realidad, su excepción descansa en que los acreedores consigan dicho acuerdo en el marco de una operación de refinanciación, o ahora en un acuerdo extrajudicial de pagos –puesto que se paralizan las ejecuciones y se protegen los acuerdos de la rescisoria concursal mediante los conocidos escudos protectores–.

⁴ Las similitudes son evidentes, de ahí que el Profesor ALBALADEJO, M., señale *La obligación facultativa pueda dar lugar a una dación en pago dejada a la voluntad del deudor* (ALBALADEJO, M., Derecho Civil, II, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 2002, pág. 4, nota número 1). Como planteó FINEZ RATÓN, J. M. («La dación en pago», cit., pp. 1479 y ss.) la operatividad de la dación en pago voluntaria como una obligación facultativa, que permitiría al deudor cumplir entregando la prestación primitiva o la convenida, no se acomoda a la finalidad pretendida con este negocio, ésta es la de cumplir con un objeto distinto sin alteración de la relación obligatoria. Si el deudor entrega al acreedor su primigenia prestación y éste la acepta, se habrá producido un desistimiento tácito del negocio de dación en pago. En este sentido indica PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «Sobre las obligaciones facultativas en Derecho español» en AA. VV. *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, 2006. *reconocámoslo sólo hay dos formas de que el deudor pueda cumplir válidamente mediante la realización de una prestación distinta a la que figura como debida en la obligación: o bien constituyendo una obligación con el carácter de facultativa, o bien, una vez contraída la obligación, conceder al deudor mediante acuerdo con el acreedor la facultad de cumplir con un aliud distinto a la prestación prevista (dación en pago). Por todo ello, podríamos afirmar un tanto gráficamente que, desde la óptica del acreedor, en la obligación facultativa sólo hay una prestación (la única que aquél puede reclamar). Pero, desde el punto de vista del deudor, en la obligación facultativa éste contempla una pluralidad de prestaciones: bien la que aparece como debida en la obligación, o bien la que puede ser realizada mediante la prestación facultativa.*

De todo ello hablaremos en el siguiente capítulo, sobre las daciones en pago celebradas tanto con acreedores singulares, como formando parte de una pluralidad –fuera de estos procedimientos concursales de refinanciación y del nuevo acuerdo extrajudicial de pago–. Es decir, fuera de los procedimientos reglados concursales, pues estos no dejan de añadir tiempo y costes a la difícil situación que atraviesa la empresa cuando acude a ellos.

Lo realmente interesante, y de lo que a continuación hablamos, es profundizar sobre las situaciones en las que estas daciones en pago pueden ser protegidas de la acción de reintegración, sin necesidad de que la Ley concursal le establezca un escudo protector. Y ello pasa por demostrar, necesariamente, que las daciones se hacen en términos de conservación de valor. En ello reside el principal problema, puesto que en muchas ocasiones generará dudas sobre si resulta o no perjudicial para la masa. Lo señalado no es baladí y necesita un detenido estudio para alcanzar a comprender la complejidad del problema.

En suma, en el transfondo de todo ello, la cuestión realmente importante es: *si es necesaria la equivalencia de valor existente entre la prestación originaria y la nueva prestación pactada, para que la datio produzca su efecto extintivo y no sea catalogada como acto perjudicial para la masa*. Se hace ineludible, por tanto, determinar los perfiles jurídicos de las deudas de «dinerarias debidas» y los criterios interpretativos seguidos por nuestra jurisprudencia a la hora de determinar el valor.

1.2 La especificidad de la deuda dineraria

Como ya indicamos, el dinero no puede ser confundido con la moneda, que es el vehículo de representación de una cantidad determinada de unidades ideales de cuenta, por ello una obligación pecuniaria no puede ser aquella en la que el objeto de la prestación sea única y exclusivamente una determinada especie de signos monetarios⁵. *La especificidad de la deuda dineraria reside en la especificidad del bien dinero que tiene por objeto*. Como acertadamente señala la doctrina, sólo es deuda de dinero la que se inserta en el seno de una relación obligatoria⁶, la expresada en dinero, la que se dirige a proporcionar al

⁵ No nos vamos a detener en el concepto ni en las características jurídicas del dinero, ya que fueron objeto de nuestro estudio en nuestro trabajo *El dinero electrónico*, Madrid, 2003. A él nos remitimos.

⁶ Debemos matizar, con GARRIGUES, J. «El dinero como objeto de la actividad bancaria», *op. cit.*, pp. 10 y 11; PAZ-ARES, C., «Sistema de las deudas de dinero, (notas para una revisión de la doctrina española)», AA. VV. *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, p. 2072, nota, 4, que el dinero sólo puede configurarse como medio de pago de las obligaciones que originariamente se han constituido o sobrevenidamente se han transformado en obligaciones dinerarias.

acreedor poder patrimonial incorporal⁷, cuya naturaleza es ser una *deuda de valor*.

En este sentido, como veremos a continuación, en el concepto universal del dinero se mantiene el *principio nominalista* en el ámbito jurídico⁸, es decir la unidad monetaria y de cuenta definida como unidad de medida de cantidades de dinero para toda clase de tráfico económico y financiero por un Estado, es por principio inamovible en su valor en el tiempo y el espacio, de forma que un euro de 2007 en términos jurídicos tiene el mismo valor en 2015 si en este espacio de tiempo el propio Estado no ha dispuesto el cambio de valor sobre la misma unidad.

De hecho *el principio nominalista* sólo puede mantenerse dentro de los límites de soberanía de un Estado (o de un conjunto de estados que adopten la misma unidad monetaria) para las transacciones realizadas con su unidad monetaria y liquidadas en ella con dinero denominado en esa misma unidad. En efecto, cuando la liquidación se realiza utilizando fondos en otra moneda, es preciso recurrir a la conversión de la cantidad necesaria mediante la adquisición de la moneda en que está establecida la deuda, tomándola en el mercado de divisas al cambio del día, esto es, al tipo de cambio a que el mercado valora la unidad monetaria en que está la deuda. Y es evidente que ese valor no es fijo ni permanente, sino flotante, producto de la oferta y la demanda de ambas monedas, del poder de compra atribuido a cada una, en función de una serie de factores entre los que en primer lugar se encuentra el nivel de interés y la estabilidad de precios del Estado emisor de la moneda.

Por ello, si se acepta un bien como medio de pago, el ordenamiento jurídico no impide que el acreedor, si lo tiene a bien, reciba otras cosas y se dé por satisfecho en lugar de recibir dinero legal⁹. Lo que nuestro art. 1170 del Código civil impone al acreedor es, por un lado, la obligación de admitir como pago de dinero las cosas que la Ley define como dinero de curso legal¹⁰ y por otro

⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., Voz «Obligación pecuniaria», *EJBC*, Madrid, 1995, p. 4525, *es deuda pecuniaria aquella que supone que el acreedor se le garantiza un poder patrimonial abstracto de adquisición, subsidiado en la atribución de un número de unidades dinerarias (ideales), con independencia de la concreta moneda utilizada para la solvencia*.

⁸ BONET CORREA, J., «La crisis del principio nominalista del dinero y sus consecuencias jurídicas», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. II, Madrid, 1988, p. 44. Como se señala en el *Eclesiastés* 10:19., *el dinero resuelve todas las cosas* (citado por MANN, F.A., *El aspecto legal del dinero*, traducción de SUÁREZ, E., México, 1986, p. 27).

⁹ Vid. *supra* capítulo Tercero.

¹⁰ En la actualidad, el poder liberatorio sólo lo tiene la moneda de curso legal, esto es, los billetes emitidos por el BCE, y con limitaciones, las monedas puestas en circulación por los BCNs por cuenta del Tesoro Público de cada estado miembro. En este sentido indica, salvadas las distancias, GARRIGUES, J., «El dinero como objeto de la actividad bancaria», *op. cit.*, pág. 15, que la finalidad del art. 1170 del C.c., según su preámbulo, era la de conseguir, dentro del mecanismo de pagos interiores, que alcanzasen su plena

lado, que en caso de utilizar instrumentos mercantiles para efectuar el pago carecen de eficacia liberatoria hasta su definitiva realización en moneda de curso legal. Ello nos permite identificar los supuestos excluidos del concepto de deuda de dinero y, por lo tanto, del ámbito de aplicación del art. 1170.1 del C. c. Los más significativos se producen cuando el dinero, en lugar de adeudarse como valor patrimonial abstracto, es debido como cosa¹¹, como seguidamente se verá.

Lo verdaderamente decisivo en toda deuda de dinero, por tanto, es que tiene por objeto dinero y que ha de ser cumplida con dinero, es decir, mediante la transferencia al acreedor de una cantidad de poder patrimonial abstracto que, en el momento del cumplimiento, ha de estar determinada por referencia a la unidad monetaria¹². Como se señaló ni las circunstancias peculiares del deudor, tales como su pobreza, ni como el surgimiento de un nuevo circulante

eficiencia procedimientos y títulos consagrados por el derecho y los usos mercantiles. Como sigue advirtiéndose en la p. 42. *Sólo cuando esos instrumentos se conviertan, por declaración legal, en medio general de pago de toda clase de obligaciones adquirirán la categoría de dinero en sentido propio. Ahora bien, los cheques y los demás documentos que sirven de instrumento a la disponibilidad característica del depósito bancario no serán medio general de pago mientras no se modifique el art. 1170 del Cc, el cual no atribuye los efectos del pago a la entrega de tales documentos mercantiles, sino que sólo atribuye esos efectos al hecho de convertirlos en dinero efectivo.*

¹¹ Sobre estos supuestos en particular, vid. PAZ-ARES, C., «Sistema de las deudas de dinero (notas para una revisión de la doctrina española)», AA. VV. *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, cit., pp. 2078 y 2079.

¹² PAZ-ARES, C., «Sistema de las deudas de dinero (notas para una revisión de la doctrina española)», AA. VV. *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, cit., pp. 2073 a 2076. Esta construcción, que compartimos –en la que se omite la generalizada distinción entre deudas de dinero simples y deudas de valor– no es seguida por un importante sector doctrinal –para los cuales las deudas de valor, no representan genuinas deudas de dinero, pues en ellas el dinero no es buscado en sí mismo, sino que opera como medida de valor de otras cosas que viene a sustituir– de entre los que destacan, Díez PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit. p. 259; BONET CORREA, J. «Artículo, 1.170», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albadalejo, M., T. XVI, Vol.1, cit., pp. 143 y 144; GARRIGUES, J., *Contratos Bancarios*, Madrid, 1975, p. 72. Para PAZ-ARES, C., la distinción doctrinal entre deudas de suma de dinero y deudas de valor no tiene sentido en lo que pretende ser las bases del nuevo Derecho monetario. De hecho, en opinión de este autor, la diferencia existente entre ambas categorías reside solamente en la determinación del poder patrimonial debido; así, mientras en las llamadas deudas de suma dicho poder está determinado (son deudas de valor determinado), en cambio en las deudas de valor no lo está (son deudas de valor indeterminado, aunque determinable). El verdadero problema que plantea la distinción entre ambas categorías no estriba, por tanto, en el objeto de la obligación, que –como señala Paz-Ares– es siempre dinero (entendido como poder patrimonial abstracto), sino en los criterios que han de observarse para su determinación, que no son uniformes para todas las deudas tradicionalmente catalogadas de valor. Desde esta perspectiva –advierte el citado autor–, la distinción entre deudas de valor y de suma ha sido manifiestamente sobrevalorada en el orden dogmático y en el orden práctico y, sin embargo, *es una distinción que no afecta a la estructura de la deuda dineraria como tal y que, por tanto, al no proyectarse sobre el contenido de la prestación debida, sino solamente sobre su determinación, reviste una importancia marginal y meramente epidérmica. No estamos, pues, ante distintas clases de créditos, sino ante distintas técnicas de medición. La llamada conversión de la deuda de valor en deuda de suma no implica novación. la identidad de la deuda no muda con la determinación.*

o la eliminación de cláusulas protectoras o la introducción del control de cambios, liberan jamás al deudor de su obligación de pagar¹³.

Por tanto, determinada la cantidad de unidades monetarias (precio cierto) la lógica nos puede llevar a pensar que la prestación que se realiza con *eficacia solutoria ha de tener el mismo valor económico que la prestación originaria*. O incluso, con la finalidad de que el acreedor la acepte más fácilmente; como aliciente para los acreedores, sería un incremento de valor de la prestación nueva con respecto a la prestación originaria.

Esta posibilidad, como vemos, no sólo viene permitida por la autonomía de la voluntad o de la autonomía privada, sino también por las propias normas que rigen la renuncia de derechos, considerada como modo de extinción de los derechos subjetivos y contemplada en el artículo 6 del Código civil; esto es, cualquiera puede renunciar a los derechos de los que sea titular, pero no libremente, sino en la medida en que no se perjudique el interés o el orden público ni se perjudique a terceros. Es decir, como bien nos dice Lasarte Álvarez¹⁴ (...) *la renuncia de los derechos, en sí consentida con carácter general, encuentra sus límites en el debido respeto de los derechos de otras personas y en el interés y el orden público. El acreedor tiene plena libertad, en cuanto que respete estos límites para decidir si ve satisfecho su crédito en su totalidad o si, por el contrario, se satisface parcialmente o, en todo caso, decide renunciar totalmente a la satisfacción de su derecho de crédito*.

Así es destacable la STS, Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz a la que ya aludimos, de 1 de octubre de 2009¹⁵ donde se señala:

¹³ Como ya indicó NUSSBAUM, A., tales obligaciones son indestructibles. (Citado por MANN, F. A., *El aspecto legal del dinero*, traducción de SUÁREZ, E., México, 1986, p. 96.)

¹⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Curso de Derecho Civil patrimonial. Introducción al Derecho*; Madrid, 2008, p. 91.

¹⁵ *TERCERO*.—*Yendo al presente caso concreto y analizando los motivos del recurso de casación que ha formulado la sociedad demandada en la instancia, los dos primeros se refieren a la nulidad del contrato cuya validez y vigencia se ha interesado en la demanda. Ambos motivos se desestiman.*

El primero, porque alega infracción de jurisprudencia y doctrina sobre la cesión de bienes pro solvendo regulada en el artículo 1175 del Código civil y la cesión de bienes pro soluto, siendo así que no aparece infracción alguna. Se mantiene en este motivo que en la segunda el precio tiene que venir determinado como en la compraventa. No es así, como se ha dicho en el fundamento anterior. Se aplica la normativa de la compraventa como analogía iuris, lo que no significa que todos los artículos deban aplicarse con exactitud, sino que son instituciones diferentes y permiten situaciones distintas. No hay infracción alguna cuando en una dación en pago se entregan unos bienes (y otros acuerdos, en un contrato complejo, como es el de 15 de octubre de 2001) en pago de los honorarios que ha devengado el demandante en su trabajo de intermediación en promociones de edificaciones, pese a que ni los trabajos ni los honorarios están perfectamente determinados y valorados, pero el acuerdo de las partes es válido, por el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código civil como uno de los principios básicos del derecho privado, siendo así que no va contra la ley, ni la moral, ni el orden público. Son buena expresión del mismo las sentencias de 5 de octubre de 2006, 13 de julio de 2007, 3 de octubre de 2007. El segundo, porque, alegando la infracción del artículo 1445 del Código civil repite la misma

Insiste en la doctrina de que en la dación en pago, datio pro soluto la determinación del crédito cuya extinción ha de producirse como consecuencia de aquélla, es esencial al configurar el precio cierto exigido en aquella norma del Código civil. No es así, como se ha dicho. En aras al principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden configurar una dación en pago de servicios cuyo detalle y cuantía no están perfectamente determinados aunque las partes los conocen, aceptan y acuerdan extinguir la obligación de pago del precio, aun no bien determinado.

Y es que si bien se suelen aplicar, recordemos, por nuestra jurisprudencia, por analogía, normas de la compraventa, –aunque es claro que no es un contrato de compraventa– ello no significa, como reconoce nuestra jurisprudencia que deban aplicarse totalmente y sin excepción ni variación. Así, sigue indicando (STS, Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz de 1 de octubre de 2009):

si un conjunto de prestaciones cuyo pago es debido, pero no plenamente identificadas, ni valoradas, forman el contenido de una obligación, el acreedor y el deudor, mediante acuerdo entre ambos, pueden aceptar una dación en pago en el sentido de que se haga el cumplimiento, como subrogado del pago, mediante ella, sin que pueda exigirse que conste un precio cierto, como exige el artículo 1445 del Código civil para la compraventa, pues las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad ex artículo 1255 pueden acordar esta forma especial del pago.

En este sentido, Bas y Rivas¹⁶ admite la posibilidad de que, en una cesión de bienes, deudor y acreedores acuerden que aquél quede liberado, cualquiera que sea el importe líquido de los bienes cedidos, matizando que, en todo caso, habrá de conocerse dicho importe. El pacto en contrario que permite el art. 1175 C.c. sólo se admite en cuanto a la liberación o no del deudor, pero no exime del conocimiento del importe de los bienes; dato innecesario, en cambio, en el caso de la dación en pago.

argumentación que en el motivo anterior. Insiste en la doctrina de que en la dación en pago, datio pro soluto la determinación del crédito cuya extinción ha de producirse como consecuencia de aquélla, es esencial al configurar el precio cierto exigido en aquella norma del Código civil. No es así, como se ha dicho. En aras al principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden configurar una dación en pago de servicios cuyo detalle y cuantía no están perfectamente determinados aunque las partes los conocen, aceptan y acuerdan extinguir la obligación de pago del precio, aun no bien determinado. Este es el caso presente en que las partes, con plena capacidad de obrar y conocimiento de su voluntad, hacen las declaraciones de voluntad conducentes a la dación en pago de todos los servicios profesionales del actor, negocio jurídico bilateral válido y eficaz.

¹⁶ «La dación, adjudicación y cesión de bienes, en función de pago de deudas», *RCDI*, 1945, pp. 594-595.

Sin embargo, contemplando un supuesto de hecho en el que concurren circunstancias totalmente diferentes, al encontrarse el deudor en una situación de concurso de acreedores, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 367/2008 de 22 de Octubre se impugna una dación en pago realizada, en la medida en que la misma, viene a perjudicar los derechos de crédito de terceros acreedores, ya que el deudor que la realiza se encuentra en una situación de concurso de acreedores¹⁷:

resulta evidenciada la desproporción entre el valor del bien entregado en satisfacción de la deuda pendiente y el valor de mercado de dicho bien en función de la relación existente entre el tiempo transcurrido entre una y otra operación (veintisiete meses) y la diferencia de valor otorgado a efectos de pago de deuda y del otorgado a los efectos de garantía de un préstamo hipotecario (que lo triplica).

En este supuesto concreto, la citada Audiencia, rescinde la dación en pago, por la evidente desproporción, como acabamos de transcribir. No falta lógica al argumento, como posteriormente analizaremos al examinar la acción de reintegración, dado que la entrega del bien puede producir un hipotético

¹⁷ No tiene este Tribunal intención de analizar el mercado en general ni el mercado inmobiliario en particular. Lo notorio es obvio y por tanto, carente de prueba –art 281-4 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)–, afirmación que hacemos en relación a dos contenidos del recurso, primero, al que el precio se fija por el mercado y, por tanto, no es un factor objetivo y matemáticamente determinable y, segundo, que el mercado inmobiliario es fluctuante. En efecto, en el sistema de libre mercado y economía de mercado, es éste quien fija, por concurrencia de oferta y demanda, el precio. No existe por tanto precio legal ni, desde luego, precio justo, fuera de los supuestos legalmente predeterminados, lo que sin embargo no es excluyente de fijación de criterios de valoración media en atención a factores como tamaño, calidades, ubicación, antigüedad, etc., necesarios para fijar valores a diversos fines, incluso los de tasación.

Dicho lo cual, resulta evidente que el mercado inmobiliario, hasta el año 2007, ha sido creciente en demanda, lo que ha determinado que durante más de una década, la fluctuación de precios siempre haya sido al alza, en particular en las grandes ciudades y desde luego, en toda la zona marítima y sus adyacentes. Con tales antecedentes, sí podemos extraer consecuencias a partir de los datos de que disponemos, indubitadamente contrastados en autos. Nos referimos a los siguientes. La vivienda se transmite en noviembre de 2003 al recurrente para satisfacer parte de una deuda, en concreto, 60.000 euros. En febrero de 2007 el recurrente transmite a terceros dicho inmueble, constituyéndose a la misma fecha una hipoteca por los adquirentes sobre dicho bien, a cuyos efectos es tasado en 179.865,75 euros, concediéndose la garantía por un préstamo de 143.892 euros.

No consta en autos el precio de transmisión del recurrente a los terceros adquirentes, aunque se afirma en la contestación a la demanda que lo es por 100.000 euros. La falta de contraste de tal dato permite sin embargo evaluarlo como de débil o escasa credibilidad. La simplicidad de su prueba hace que el principio de facilidad probatoria –art 217-6 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)– permita exigir al demandado la prueba de tal alegación y que sobre él recaiga la falta de verosimilitud del mismo como factor para desvirtuar lo que resulta de aquellos que sí están contrastados y que nos permiten afirmar que, más allá de la concreción que el Juez, en un detallado y fundado análisis que de la cuestión hace, resulta evidenciada la desproporción entre el valor del bien entregado en satisfacción de la deuda pendiente y el valor de mercado de dicho bien en función de la relación existente entre el tiempo transcurrido entre una y otra operación (veintisiete meses) y la diferencia de valor otorgado a efectos de pago de deuda y del otorgado a los efectos de garantía de un préstamo hipotecario (que lo triplica).

perjuicio a la masa. Ahora bien, a tenor del artículo 71 de la LC, este debe medirse en el período comprendido en los dos años anteriores a la declaración del concurso. Es decir, partiendo de una dación válida, desde la perspectiva concursal, la valoración debe quedar circunscrita al momento de la dación¹⁸, salvo que entendamos que podemos aplicar *el principio valorista, pero aun en este caso debe quedar limitado al citado plazo de los dos años*.

1.3 Revisión del principio nominalista del dinero y la aplicación de pautas interpretativas *ad valorem* por nuestros tribunales

Necesariamente debe ser precisado que en todo el ordenamiento positivo español vigente no se encuentra un pronunciamiento dogmático del principio nominalista del dinero, no obstante, en sus textos económicos, financieros, mercantiles y civiles aparece implícitamente aceptado, como ocurre en el Código de comercio (art. 312), a propósito del préstamo en dinero, donde se impone una solución nominalista, al expresar que *pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviese la moneda al tiempo de la devolución*; aquí coinciden y permanecen la suma o cantidad de unidades monetarias y su «valor legal», tal como se estatuye por el principio nominalista.

Otro tanto ocurre en el Código civil, al tratar el préstamo mutuo o simple (art. 1.753), o como vimos en el art. 1.170. En este sentido, a pesar de que no existe en el ordenamiento monetario español un precepto de carácter imperativo que establezca el principio nominalista del dinero, el Tribunal Supremo confirma de manera expresa el principio nominalista como fundamento general para las deudas de dinero. Así es destacable: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia de 7 febrero 1989 RJ\1989\754¹⁹.

¹⁸ Como indica AZOFRA, F., («Reestructuración de deuda: la transmisión de activos», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, diciembre de 2008, p. 30) *Carece de todo sentido comparar el valor de la prestación efectuada por la concursada en el momento de realización del negocio, con el valor de la recibida por la concursada en un momento diferente, anterior o posterior, como hace lamentablemente la SAP de Alicante, de 14 de febrero de 2008 (JUR 2008/166965), al comparar el valor atribuido a unas fincas en la escritura de aportación a una sociedad por parte de una persona física (luego concursada) con el valor neto de las participaciones atribuidas a dicha persona física en contraprestación en una fecha posterior (más de diez meses después)*.

¹⁹ *Efectivamente los demandados recibieron 2.900.000 ptas., de 1977, desde entonces es notorio y no requiere probanzas, que el dinero se ha deteriorado por la enorme erosión que la inflación hace de su poder adquisitivo; la actora ha dejado transcurrir largos años hasta decidirse a interponer una acción que la lleva a recuperar un inmueble cuyo precio, también es notorio, ha subido en proporción aún mayor que el descenso del poder adquisitivo del dinero. Si a ello se añade que el artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1908 faculta a Tribunales para resolver en cada caso formando libremente su convicción; que el*

Últimamente, el Tribunal Supremo ha declarado en su Sentencia de 1 de marzo de 2013, 141/2013 (Sala 1) Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz:

En este extremo, se puede recordar la doctrina jurisprudencial que resume la reciente sentencia de 22 febrero de este año en el sentido de la facultad de los Tribunales de apreciar la usura. Dice así: Se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia (sentencia de 9 enero de 1990) o amplísimo arbitrio judicial (sentencias de 31 marzo de 1997, 10 mayo 2000) basándose en criterios más prácticos que jurídicos (sentencia de 29 septiembre de 1992) valorando caso por caso (sentencia de 13 mayo 1991), con libertad de apreciación (sentencia de 10 mayo 2000), formando libremente su convicción (sentencia de 1 de febrero de 2002).

Asimismo, lo que expresa la Sentencia de 18 de junio de 2012:

La Ley de represión de la usura se encuadra dentro del esquema liberal de nuestro Código Civil que sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la determinación de su respectivo precio o remuneración en orden a la autonomía privada de las partes contratantes, pacta sunt servanda. De esta forma, artículo 1293, el Código subraya la derogación de la legislación antigua sobre la materia, caso de Partidas que admitía, al compás de nuestro Derecho histórico, la rescisión por lesión en la compraventa, proscribiéndose toda suerte de rescisión por lesión que afectase al tráfico patrimonial... La libertad de precios, según lo acordado por las partes, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos (SSTS 9 de abril 1947, RJ 1947, 898, 26 de octubre de 1965, RJ 1965, 4468, 29 de diciembre 1971, RJ 1971, 5449 y 20 de julio 1993, RJ 1993, 6166). De este modo, el control que se establece a través de la ley de represión de la usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues dicho

suplico de la demanda contiene el pedimento que literalmente dice: Declarar que Mobimo, S. A., ha de reintegrar solamente a los consortes demandados la cantidad de dos millones novecientas mil pesetas importe del capital realmente recibido en concepto de préstamo, o, en su caso, aquella mayor que el Juzgado estime procedente, es evidente que la propia parte actora advierte al Juzgador, le autoriza a usar de equidad, y se somete a su criterio sobre la fijación de la suma a devolver; y la Sala estima que no acomodar la cifra a la equivalente en la fecha de cumplimiento de la sentencia, con criterio «ad valorem» y no nominalista, entrañaría desequilibrio patrimonial y un enriquecimiento tan ilícito como el enriquecimiento, perseguido y vedado por la propia Ley Azcárate a cuyo amparo se demanda. Se admite así parcialmente el motivo porque los razonamientos del recurrente sólo son aplicables al dinero percibido por los vendedores y no a las cantidades pagadas por los compradores a consecuencia de la hipoteca que pesaba sobre la cosa, pues tales pagos pudieron ser reclamados por los compradores conforme los ejecutaban en virtud del pacto que los mantenía como obligación a cargo de los vendedores, y no existe mora mientras no son reclamados, por lo que respecto a esas sumas sólo son de aplicar los intereses legales a partir de la presente sentencia.

control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos.

Con independencia de que este temario será retomado al examinar las acciones de reintegración concursales, siguiendo a Paz-Ares, el principio nominalista rige como derecho dispositivo en sentido débil, es decir, como norma interpretativa material. Esta calificación permite flexibilizar la aplicación que tradicionalmente se viene realizando de dicho principio, ya que las normas interpretativas materiales se caracterizan por aplicarse sólo cuando de las circunstancias del caso no se desprenda dato alguno que permita reconstruir, como más conforme con la voluntad de las partes, una regulación diferente.

Como sigue indicando el citado autor, seguir la reconstrucción por él propuesta significa separarse de nuestra doctrina ya que esta llega a resultados que, en términos generales, sólo admiten la revisión del principio nominalista en casos extremos, por medio de una estrictísima aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*²⁰. Un ejemplo de ello podría ser entender dentro del concepto de *perjuicio* la no equivalencia del valor entre las prestaciones en la dación en pago, para estimar procedencia de la reintegración del bien dado en pago, siempre que quede limitada, como señalábamos a los citados 2 años.

Pese a las dificultades que señalábamos anteriormente para determinar el poder adquisitivo de una moneda, *el principio valorista* es el aplicado en las transacciones que dan lugar al cambio entre monedas, como lo demuestra el hecho de que el principio de paridades fijas inicialmente establecido a la fundación del *Fondo Monetario Internacional* se abandonó a principios de la década de los 70 del pasado siglo²¹. Incluso recientemente, la flotación de las monedas, –pese haberse originado a lo largo de su historia y especialmente en ocasiones de grandes crisis financieras internacionales– en los instrumentos y dispositivos en los que se incorpora dinero electrónico es posible incorporar, y

²⁰ PAZ-ARES, C., «art. 1.170», en AA. VV *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, cit, pp. 209 a 211.

²¹ Como ya hemos señalado la inflación y en consecuencia la pérdida de valor del dinero, es un serio obstáculo a este principio nominalista, en tanto que hoy en día el soporte del dinero no es ningún material que tenga valor estable en relación con los demás. Pero todo el mundo acepta este defecto del dinero, en tanto la inflación no sea exagerada. Es decir, la función de acumulación de riqueza del dinero es posible siempre que éste no pierda poder adquisitivo de manera sustancial. Como indica, PAZ-ARES, C., «art. 1.170», en AA. VV *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 211 *La cuestión de cuando hemos de admitir que hay una alteración sustancial o determinante debe enjuiciarse en consideración a las particularidades del caso y, muy especialmente, atendiendo al tipo de negocio, a la previsibilidad de la depreciación, a la distribución de riesgos establecida y al grado o nivel de la depreciación.*

de hecho en muchos se incorpora²², *el principio valorista*, ya que están dotados de la capacidad de convertir importes expresados en una unidad monetaria, en el equivalente en otra unidad monetaria, mediante el cambio de la divisa que sea aplicable en el momento de ejecutar la transacción²³.

Como vemos, el principio nominalista implica, como cuestión de fondo, una vinculación entre la autonomía privada y la política monetaria del Estado, concretamente en cuanto a su responsabilidad para mantener la estabilidad de la moneda frente cualquier alteración. Cuando las autoridades de un Estado no reconocen la situación anormal de su moneda y el valor nominal de la misma queda muy diferenciado de su valor real, advirtiéndose unas grandes alteraciones en su poder adquisitivo, sin que se acometa, por vía legislativa, una reforma que restablezca las alteraciones sufridas en el valor de su unidad monetaria, los remedios para paliar la injusticia patrimonial que alcanza a las partes van a proceder de otros dos ámbitos: el judicial y el privado²⁴.

Y este es el problema que se plantea en la actualidad con la caída del mercado real y la inexistencia, por tanto, del valor. En el trasfondo de todo ello, la pertenencia de España a una Unión también monetaria que impide una devaluación de la moneda y su ajuste a la economía real, unido a la restricciones en el flujo del crédito nos conducen a aceptar las *la datio in solutum* de *res pro pecunia* como medios de pago ordinarios, no necesariamente perjudiciales

²² Objeto de nuestro estudio en *El dinero electrónico*, Madrid, 2003. A él nos remitimos.

²³ Vid. AA. VV., *Práctica y normalización del sistema y los medios de pago*, Director y Coordinador de la Obra, ROBLES POMPA, J., *Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias*, Madrid, 2001, pp. 32 y 33.

²⁴ Como sigue indicando, BONET CORREA, J., «En buena praxis, los gobernantes deberán ajustar la medida o unidad de valor de su moneda para lograr un equilibrio económico-social y los gobernados tratarán de mantenerlo con su comportamiento ordenado en el gasto; porque, si bien el poder soberano ha de acuñar moneda, no deberá hacer tanta como quiera, lo mismo que el pueblo tampoco podrá multiplicarla por un uso indiscriminado del crédito dentro de los mecanismos del mercado, ni por el uso abusivo de pactos o cláusulas obligacionales» («La crisis del principio nominalista del dinero y sus consecuencias jurídicas», en, AA. VV. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolet*, cit, pp. 46, 57 y 59). En la práctica, el problema se soluciona con las llamadas *cláusulas de estabilización o de actualización*, que tienen su expresión en numerosos contratos, pero ni mucho menos en la inmensa mayoría, en los que se sigue el principio nominalista. Puede citarse como cláusulas de estabilización las que se suelen incluir en convenios colectivos de trabajo, normas de revalorización de pensiones o revisión de precios en contratos de obras y suministros, y en el ámbito financiero en el establecimiento de tipos de interés variable o revisables con arreglo a algún índice (generalmente TAE, vid. Ley 39/2002, de 28 de octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*, la cual modifica su cálculo), y aquellas que se basan en unidades de cuenta sobre una cesta de monedas, bien ya establecida o bien definida para un contrato en particular. Sobre las llamadas «cláusulas de estabilización» o de actualización para compensar los efectos de las alteraciones del poder adquisitivo del dinero en las relaciones jurídicas patrimoniales. Vid. la abundante bibliografía citada por este autor en la nota núm. 3 (pp. 46 y 47). En este sentido, MANN, F. A., *El aspecto legal del dinero*, cit, p. 129 y ss.

para otros acreedores que deben ser analizados atendiendo a pautas interpretativas *ad valorem*.

Ello se evidencia en las nuevas lecturas evolutivas del proceso de liquidación conservativo, que será tratado en nuestro capítulo sexto al hablar de la venta o dación de los activos²⁵ y es destacable siguiendo esta corriente valorista la nueva doctrina de nuestro Tribunal Supremo y su reciente Sentencia (STS de 13 de enero de 2015) que ha dado un nuevo giro en su jurisprudencia respecto a la dación en pago, como seguidamente abordamos. Adelantamos que lo ha hecho abriendo esta vía, para el caso de que la entidad financiera lograra obtener plusvalías tras la venta a terceros de una vivienda ya desahuciada:

En los casos en que la adjudicación al banco vaya seguida de una posterior enajenación por un precio muy superior, que suponga que aflore esa plusvalía muy significativa, contrastaría con la pervivencia del crédito y su reclamación por el acreedor de la plusvalía.

2. LA NUEVA PRESTACIÓN PACTADA ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR (*ALIUD PRO ALIO*) Y SU RESCISIÓN COMO ACTO PERJUDICIAL PARA LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO

2.1 La problemática de las daciones voluntarias

No podemos desconocer que esta nueva preconcursalidad conservativa, cooperativa e inclusiva conllevará también un cambio de paradigma en nuestra cultura empresarial y financiera. La cuestión de si con la nueva realidad legislativa actual podrán hacer frente a estos nuevos paradigmas y ser desterradas viejas y arraigadas creencias –que han llegado a sostener que la dación era siempre perjudicial para el concurso y que la reestructuración para las PYMEs era imposible– sigue siendo una incógnita. También, si será capaz de transformar la nueva finalidad del procedimiento concursal que ya no es exclusivamente la satisfacción de los acreedores, como venía siendo entendida²⁶.

²⁵ Al determinar la preferencia del legislador es por la venta de la unidad productiva, como conjunto organizados de bienes y derechos o de medios materiales o personales aptos para mantener o reemprender una actividad productiva. Ello permite optimizar el valor de los activos, mantener la actividad productiva y los puestos de trabajo. En este sentido se pronuncian claramente tanto el art. 148 como el art. 149 de la Ley concursal, el primero se refiere al plan de liquidación, y el segundo a las normas supletorias en ausencia del dicho plan. *Vid. infra* capítulo quinto.

²⁶ Cuya finalidad era esencialmente solutoria, Olivencia, M., «La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso», en AA. VV. *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Coord. Rojo, A./Beltrán, E., Cizur Menor, 2010, pp. 39 y 40.

De lo que no cabe duda es que la Ley concursal ya no es ajena a las ventajas que tanto para los acreedores como para el resto de intereses afectados por la crisis pueden derivarse de las operaciones de reestructuración y renegociación de deuda, en la medida que permiten la conservación de la estructura empresarial por pequeña que sea, y en muchos ocasiones, como decíamos, la dación es la herramienta que la posibilita.

Las daciones en pago, con carácter general, han formado parte del catálogo de operaciones de refinanciación típicas a las que el deudor ha recurrido acuciado por situaciones de iliquidez. Las daciones en pago, como vimos en el primer capítulo de este trabajo forman parte de nuestro Derecho de obligaciones y pueden ser consideradas como inocuos actos de saneamiento llevados a cabo por el deudor ante una situación cercana o tendente a la insolvencia, para intentar resolverla, aun cuando, desgraciadamente, no sean suficientes y resulten fallidos, y la empresa acabe en concurso de acreedores.

Para ellos –el acuerdo de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales– y negocios que se puedan celebrar en ejecución del mismo, más los conexos al acuerdo, –entre los que tienen perfecta cabida las daciones en pago, como veremos más adelante–, dándose los requisitos, no podrán ser objeto de rescisión concursal. Es decir, con la reforma llevada a cabo, se opta por entender no perjudicial y, por tanto, no poder ser objeto de rescisión concursal, dichos acuerdos siempre que reúna los requisitos en ella determinados, que posteriormente serán objeto de nuestro análisis.

Ahora bien, habitualmente, las micro-refinanciaciones, sobre todo de pymes y profesionales, no suelen encajar en los procedimientos formalizados y pueden obtener el blindaje frente a la rescisoria. Suelen ser daciones en pago celebradas tanto con acreedores singulares, como formando parte de una pluralidad, fuera de estos procedimientos preconcursales de refinanciación y del nuevo acuerdo extrajudicial de pago –ello ha sido revisado por el Real Decreto-ley de 27 de febrero de 2015, y ya se encuentra equiparado en el acuerdo extrajudicial de pagos–.

Como señalábamos en nuestra introducción, no siempre el tamaño o la situación de iliquidez precisa de los procedimientos reglados preconcursales, pues estos no dejan de añadir tiempo y gastos a la difícil situación que atraviesa la empresa cuando acude a ellos. Naturalmente no nos estamos refiriendo al supuesto típico de la entrega de bienes en pago o para pago, de la empresa en situación de precrisis, que se despoja de sus principales activos fijos para su entrega a los acreedores, suponiendo de hecho la preliquidación, su desmante-

lamiento e imposibilidad de continuación de la actividad económica en sí misma²⁷, fácilmente rescindibles, caso de declararse el concurso.

Nos referimos a elementos puntales que forman parte del activo de la empresa con dificultades de liquidez. Con ello, no solo es evitada la depreciación que el activo padece, en muchas ocasiones, y se maximiza el valor de la masa activa mediante una dación rápida que permita garantizar la mayor recuperación posible a los acreedores.

Llamamos la atención sobre esta circunstancia determinante que en este estadio preconcursal adquieren las *daciones voluntarias de bienes y activos* –no necesarios para el mantenimiento de la actividad– *de forma aislada en el periodo preconcursal*, donde la iliquidez es evidente y la búsqueda de alternativas al pago en efectivo es imperiosa, y donde es tratada –caso de concurso– como candidata cierta a la acción de reintegración, por lo que con toda seguridad ningún acreedor la aceptará.

Por ello a continuación se profundiza sobre cuando estas daciones en pago pueden ser protegidas de la acción de reintegración, sin necesidad de que la Ley Concursal le establezca un escudo protector. Y ello pasa por demostrar, necesariamente, que las daciones se hacen en términos de conservación de valor. En ello reside el principal problema, puesto que en muchas ocasiones generará dudas sobre si resulta o no perjudicial para la masa.

Lo señalado no es baladí, no puede ocultarse el recelo con el que nuestros tribunales, las más de las veces, abordan las daciones en pago. Lejos de considerarse dentro de la operatoria solutoria ordinaria y/o renegociadora del crédito vencido e impagado –debido a la iliquidez–, se contemplan como actos que exceden la operatoria ordinaria de un deudor –que persigue la satisfacción de un acreedor– a pesar de que ello no implique, de suyo, el perjuicio del resto de acreedores²⁸. Es decir, en presencia de una dación, como veremos, casi siempre se presume el perjuicio.

En realidad, necesita de un detenido estudio para determinar las pautas que deberían venir recogidas en los futuros Códigos de Buenas Prácticas en

²⁷ Tampoco nos referimos a la propuesta realizada por LLEBOT MAJO, J. («enajenación real de la empresa o de alguna de las unidades productivas que la integran o de activos esenciales de la misma) antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, Sección Estudios, Segundo semestre de 2007, p. 39, analiza la viabilidad de la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas o activos esenciales antes de la aprobación judicial del convenio o de la apertura de la fase de liquidación como alternativa a las soluciones tradicionales del concurso, estas operaciones radica en que pueden, en algunos casos, maximizar la satisfacción de los acreedores frente a las alternativas del convenio o la liquidación y, por tanto, colmar mejor la finalidad primordial del concurso.

²⁸ De hecho nunca son encajados como art. 72.5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión: «1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales».

materia de refinanciación de deudas²⁹ que entendemos deberán «necesariamente» pronunciarse sobre la *manera comercialmente correcta de hacer las valoraciones y cálculos necesarios que deben realizarse para ajustar al valor actual de mercado, de los bienes y derechos aportados como garantías o como datio de res pro pecuniae*, en las que difícilmente se podrá sostener el perjuicio para la masa, si el *aliud pro alio* cuenta con una valoración objetiva, y según los casos, con o sin necesidad de experto.

2.2 Concepto y características de la acción de reintegración concursal

Podemos señalar que hoy es ya pacífico en la doctrina afirmar que la rescisión concursal responde mejor a la naturaleza jurídica de los actos o negocios realizados por el deudor un tiempo antes de la declaración de concurso (dos años), que en el momento de realizarse son válidos, por reunir los elementos esenciales del contrato (art. 1261 C.c), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 C.c), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (arts. 1300 y ss C.c). No adolecen de ninguna ineficacia estructural. En todo caso, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que una vez declarado el concurso verán disminuidas la garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquél acto. Se trata, pues, de una ineficacia funcional³⁰.

En realidad, el sistema de reintegración ideado por la Ley concursal es plural, pues conservando la vigencia dentro del concurso de las acciones impugnatorias extraconcursoales –pauliana, nulidad absoluta o relativa...–, idea una propia, la rescisión concursal³¹, compatible y por lo tanto acumulable a las

²⁹ Que deben ser verificados en cuanto a su cumplimiento (de los códigos de buenas prácticas) por la futura *Comisión de seguimiento de prácticas de refinanciación y reducción de sobreendeudamiento* (vid. DA 3.ª, del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal).

³⁰ SAP Barcelona (Secc. 15.ª) 01.02.2007 (La Ley 15002/2007). No adolecen de ninguna ineficacia estructural. En todo caso, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que –una vez declarado el concurso– verán disminuidas la garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquel acto. Es una ineficacia funcional. (SANCHO GARGALLO, I., «Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», *RJC*, núm. 4, 2004, p. 158, donde se advierte que las categorías de ineficacia estructural y funcional están tomadas de la clasificación de Díez PICAZO, L., *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, ADC, XIV, 1961, pp. 825-830).

³¹ SANCHO GARGALLO, I., «La rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación», en II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil, Madrid-Barcelona, 2010, pp. 33 y ss. y, con mayor extensión, en, «Las acciones de reintegración», en *Tratado Judicial de Insolvencia*, Cizur Menor, 2011, pp. 1113-1217.

anteriores (art. 71.7 LC antiguo, actual 71.6³²). No obstante, todas ellas están sujetas para su ejercicio a un mismo régimen procesal, pues deben ejercitarse ante el juez del concurso, a través del incidente concursal y conforme al artículo 72 de la LC.

El acto rescindido es, en definitiva, un acto o negocio válidamente celebrado y que produce plenos efectos hasta que recaiga la sentencia estimatoria de la acción de rescisión no tratándose, por tanto, de una ineficacia *ex lege* sino que precisaría declaración judicial (eficacia constitutiva de esta sentencia, pues solo a partir de ésta el acto inicialmente válido ya no lo es), siendo la impugnación del acto facultad de la administración concursal y no una consecuencia legal.

Brevemente, indicar que las ideas básicas de las que parte el artículo 71 LC son un requisito temporal y un perjuicio patrimonial³³. Si bien, como veremos se ha introducido un nuevo artículo 71(bis) que será objeto de nuestro estudio en el capítulo quinto.

Sobre el requisito temporal se manifestaron posiciones contrarias y a favor de la determinación de un plazo de dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Quienes se mostraban en contra, justificaban dicha posición atendiendo a las distintas peculiaridades de cada operación individualmente considerada que habría de someterse a la decisión judicial en cada caso. El legislador optó, finalmente, por un periodo común atendiendo a la seguridad jurídica de las operaciones sin perjuicio de que las realizadas fuera de ese plazo hábil podrán ejercitarse a través de lo dispuesto en el artículo 71.6 LC cuyo conocimiento también corresponderá al Juez del concurso. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo 72³⁴.

El segundo de los requisitos para dicha rescisión es el del perjuicio para la masa activa (y para los acreedores) a cuyos efectos deberemos remitirnos a cada caso en concreto para poder determinar la existencia o no del mismo. Como ya hemos señalado anteriormente la rescisión de dichos actos se produce

³² Se modifica por el art. único.50 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Ref. BOE-A-2011-15938. Los apartados 6 y 7 entran en vigor el 12 de octubre de 2011, según establece la disposición final 3.2. Con posterioridad y sucesivamente se elimina el séptimo y el 6 sufre varios retoques, el penúltimo por el art. único.13 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Ref. BOE-A-2014-9896.

³³ El artículo 71.1. «*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*».

³⁴ Se modifica el apartado 6 por el art. único. Cuatro.2 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Ref. BOE-A-2015-5744.

sin que exista una *intención fraudulenta* pues dicha intención se podrá encaminar por la vía de la complicidad. No es necesario ni la intención fraudulenta del deudor al realizar el acto ni el *consilium fraudis* de quienes negocian con él.

El principal efecto derivado de la rescisión es un efecto restitutorio, estableciendo el art. 73.1 de la Ley concursal que la sentencia que estime la acción rescisoria concursal, por una parte declarará la ineficacia del acto y, por otra, contendrá la condena a la restitución recíproca y simultánea de las prestaciones objeto del acto o negocio rescindido, con sus frutos e intereses, y ello con independencia de la buena o mala fe de las partes, que solo adquirirá relevancia para mutar la clasificación concursal del crédito a la contraprestación.

Ahora bien, si media buena fe en el adquirente, la obligación de restitución tendrá carácter recíproco y simultáneo, al ser considerada la restitución crédito contra la masa (art. 73.3 LC), con lo que se supera una de las disfuncionalidades esenciales derivadas de la normativa derogada de quiebra y suspensión de pagos en la que el art. 878 C, de comercio condenaba a la contraparte del quebrado a restituir la prestación recibida y, sin embargo, su reclamación se difería al juicio universal³⁵.

Uno de los supuestos en los que la Ley concursal, ha dispuesto que surge crédito contra la masa, es el del art. 84.2.8.º, que considera tales *Los que, en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el titular de este crédito*. Específicamente al regular los efectos de la rescisión concursal, el art. 73.3 LC ha previsto que *El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado*.

El sacrificio que acarrea al acreedor la rescisión de una operación que sin el concurso hubiera mantenido su eficacia, se compensa con el reconocimiento de un crédito restitutorio. Éste, por disposición de la ley y por haber nacido después de la declaración de concurso, merece la consideración de crédito contra la masa. Se coloca, por lo tanto, por delante los créditos concursales, y se somete al régimen de preeducibilidad que disciplina el art. 154 LC, de modo que el perjudicado por la rescisión se beneficia de esta condición de acreedor contra la masa. Además es un crédito contra la masa muy particular. El pago de ese crédito no se produce a su respectivo vencimiento, como con

³⁵ GUILARTE, C., «Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal», *ADC*, núm. 10, 2007, pp. 61 y ss.

carácter general señala el art. 84.3.º LC, es decir, en función de la fecha en que se generan. Por el contrario, y con un régimen semejante al del primero de los apartados del art. 84.2, es decir, el superprivilegio salarial, se abona casi inmediatamente.

En efecto, mientras que el crédito por superprivilegio del art. 84.2.1.º se tiene que abonar inmediatamente a que se declare el concurso, existiendo desde el momento mismo de la declaración de concurso si se diera tal circunstancia, el crédito restitutorio que nace de la rescisión concursal se abona simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido.

Obtenida la rescisión, cuando vaya a hacerse efectiva la recuperación de estos elementos patrimoniales para la masa activa, ha de tener la administración concursal previstos los recursos suficientes para poder abonar el importe fijado en la sentencia correspondiente, cuyo plazo no puede aplazarse, pues se verifica al tiempo que se reintegran los bienes o derechos objeto de rescisión. Se trata por lo tanto de una excepción al régimen general de abono de créditos contra la masa, que tiene que tenerse muy en cuenta tanto al plantearse la viabilidad de la acción de rescisión como al ejecutar una sentencia que haya estimado tal pretensión.

2.3 Dación en pago como acto perjudicial para la masa: un estudio jurisprudencial

2.3.1 *La conceptualización del aliud pro alio como indicador de acto perjudicial para la masa*

Uno de los presupuestos de validez que se señalan a efectos de la existencia de la dación en pago, al que hemos dedicado el capítulo precedente y el actual, es la diferenciación entre la prestación originaria y el *aliud pro alio*, la nueva prestación pactada entre acreedor; aparte de otros tantos presupuestos que se han de presentar a efectos de la propia existencia, validez y eficacia de la dación en pago como puede ser la preexistencia de una obligación válidamente constituida o la transmisión de la propiedad del bien que se da en pago. La equivalencia de valor entre la prestación originaria y la prestación a la que se atribuye eficacia extintiva, como consecuencia del acuerdo entre acreedor y deudor, el *aliud pro alio*, también constituye un elemento importante, que no esencial, a efectos de su propia existencia, pues es posible que éste pueda lle-

gar a desaparecer, en la medida en que el acreedor, como regla general, renuncie a su derecho a ver satisfecho, en su totalidad, el crédito del que es titular.

En la LC el perjuicio patrimonial se estructura a través de dos presunciones, una de ellas dirigida a entender que existe dicho perjuicio sin prueba en contrario (*iuris et de iure*) –71.2 LC– y otra en una presunción *iuris tantum* de presunción de perjuicio patrimonial sin perjuicio de la prueba que pueda desvirtuar la misma –71.3 LC–. En éste ámbito cuestiones esenciales de las que dependerá en última instancia el ámbito material de la rescisión, será precisar el concepto de perjuicio, y de las presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure* de perjuicio contenidas en la ley, así como el momento en que habría que valorarse la concurrencia de dicho perjuicio y el objeto de los efectos conectados a la rescisión, habiendo de precisarse además el concepto de mala fe, que en su caso, modulará la clasificación del crédito de restitución como crédito contra la masa o subordinado.

En efecto, como se ha señalado³⁶ en referencia al supuesto contemplado –ex art. 71.3.2.º LC– no se precisa en la Ley concursal el concepto de mala fe, aun cuando sobre la base de un criterio riguroso los jueces de lo Mercantil en algunas de sus resoluciones la han identificado, siguiendo al Tribunal Supremo, con el conocimiento de la situación económica del deudor en conexión con la proximidad de declaración del prestatario en concurso de acreedores (Sentencia de 21 de mayo de 2007 del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Madrid). Ello abriría, una vía peligrosa, pues si algo se puede presumir de la admisión de la dación en pago por un acreedor, es que se hace como única vía de resarcimiento del crédito, ante la imposibilidad del deudor de cumplir la obligación según fue pactada. Sería su conocimiento de la situación económica del deudor, lo que conllevaría en todo caso de rescisión –ex art. 71.3.2.º LC– a la estimación de la concurrencia de mala fe, lo que a la larga, lejos de proteger al tráfico redundaría en un endurecimiento y limitación de la concesión del crédito en el tráfico³⁷.

³⁶ PULGAR EZQUERRA, J., «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de “escudos protectores” y el fraude del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario» *La Ley*, núm. 6963, Sección Doctrina, 9 junio. 2008, Año XXIX.

³⁷ Este pronunciamiento sobre la mala fe en sede de rescisión –ex art. 71.3.2.º LC– plantea además otra importante cuestión respecto si dicho pronunciamiento, esto es el solo hecho de resultar acreditada la mala fe en la contraparte afectada por la rescisión ex art. 73.3 LC, la constituiría automáticamente como cómplice en una eventual declaración culpable del concurso (art. 166 LC), partiendo de que la figura de la contraparte afectada por la reintegración y el cómplice no serían figuras excluyentes entre sí y que en muchos casos la rescisión abre el camino de la calificación (art. 164.5.º LC). Ello determinaría no solo una mutación en la clasificación de un crédito concreto con una cuantía determinada de privilegiado u ordinario en subordinado –supuesto en que, aun cuando pueda resultar difícil la satisfacción del crédito, éste subsistiría– sino aún más, la pérdida de cualquier derecho que los cómplices tuvieran como acreedores

La equivalencia de valor existente entre la prestación originaria y la nueva prestación, aun no siendo un presupuesto para la validez de la dación en pago, es utilizado por nuestra jurisprudencia como indicador del carácter fraudulento de la dación en pago y acto perjudicial para la masa (especialmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de febrero de 2008(JUR 2008/166938).

La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.^a). Sentencia núm. 367/2008 de 22 octubre JUR\2009\25857³⁸, en su Fundamento de Derecho cuarto:

Existe por tanto perjuicio desde la perspectiva que interesa al Concurso, esto es, en cuanto el acto de dación en pago supone a la postre una restricción de los derechos de créditos de los terceros acreedores de la concursada, pues es evidente que el mecanismo ya extraordinario de la dación en pago (no constando su previsión en el caso del crédito particular) y el privilegio que se hace con su uso a un concreto acreedor, reduce los derechos de aquellos otros acreedores, primero por la alteración de la pars y, en segundo lugar, por la reducción de la masa pasiva desde el momento en que no existe además equivalencia económica entre el bien y el fin que constituye causa del negocio de la dación en pago. En suma, en el caso hay perjuicio porque hay objetiva disminución, con el negocio de dación en pago, del patrimonio del deudor y además, se produce con el pago del crédito, una alteración injustificada de la preferencia de cobro entre los acreedores concursales. Procede en consecuencia desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de instancia.

concurso de acreedores o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3.º LC), lo que podría abocar en muchos casos a la declaración en concurso del propio acreedor.

³⁸ Vid. Comentario de BELINCHÓN ROMO, R, «la dación en pago: presunta equiparación entre el crédito que se trata de extinguir y el *aliud pro alio* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 367, de 22 de octubre de 2008) », revista del CES Felipe II, on-line. En la misma, el supuesto de hecho que se plantea es la impugnación de la dación en pago realizada, en la medida en que la misma, viene a perjudicar los derechos de crédito de terceros acreedores, ya que el deudor que la realiza se encuentra en una situación de concurso de acreedores. *En este caso, la Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de instancia, declarando ineficaz la dación en pago. La masa de acreedores solicita el reintegro del bien inmueble que se da en pago, en el patrimonio del deudor, al verse perjudicado el derecho de crédito de los acreedores como consecuencia de la inexistencia de equivalencia entre el valor del bien y el importe del crédito que se trata de extinguir; concretamente, se solicita el reintegro del valor del bien al tiempo de la tasación, en la masa de bienes, en la medida en que el bien inmueble se encuentra bajo la titularidad de terceros de buena fe. Es por ello por lo que la propia Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante ordena al deudor a «(...) recuperar aquél la situación crediticia que le correspondía conforme al título preconcursal» (Fundamento de Derecho primero).*

Asimismo, también es destacable, la cita de la *par conditio creditorum* en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 25 de febrero de 2005, constituye la *ratio decidendi* de la rescisión de una dación en pago:

La adjudicación de dos parcelas en pago de una deuda preexistente, tanto por el momento en que tuvo lugar –apenas dos meses antes de la declaración de concurso– como fundamentalmente por alterar en perjuicio del resto de los acreedores el principio de la paridad o la llamada par conditio creditorum, debe rescindirse conforme a lo dispuesto por el art. 71 de la Ley Concursal. En efecto, si bien no puede tenerse por acreditado que el precio convenido fuera inferior al de mercado, dado que obran en autos dos informes que llegan a conclusiones dispares, lo relevante en el presente caso es la vulneración de la pars conditio creditorum, que permite por sí sola la rescisión del acto.

SJM-1 Alicante 5 de marzo de 2008 (Sentencia 59/2008; JUR 2008/160442)

Por tanto, sin dejar de ser cierto que la operación supone aminoración de activo, al salir del patrimonio el inmueble, y también aminoración de pasivo, al enjugarse deudas por el importe de la dación en pago, ello no hace desaparecer el perjuicio, en las circunstancias expuestas, sin olvidar que, además el mero hecho que la INMODATIL cediera a la demandada un valioso activo ya implicó un trato de favor respecto de este acreedor en relación con los demás, que no han visto satisfecho su crédito ni por ese ni por ningún otro procedimiento, apuntando precisamente la doctrina que la dación en pago como uno de los máximos exponentes del perjuicio: aquellos en que se cumple una deuda vencida y exigible por un medio de pago que no sea el inicialmente pactado y que no se haga en dinero o de la manera normal en el tráfico, porque supone al tiempo privilegiar a unos acreedores frente a otros y extraer bienes de la masa. En definitiva, se produjo una salida de activo por un valor sensiblemente inferior al valor objetivo que tenía en ese momento, por lo que se ha producido un perjuicio para la masa de los acreedores.

En relación a la falta de equivalencia de las prestaciones, citar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia de fecha 12 de julio de 2005, señala que:

Un perjuicio de tipo particular si el concreto acto implica una disminución en el patrimonio del deudor, lo que, en lo básico, puede acontecer por ser acto gratuito o, tratándose de un negocio oneroso, por tener la contraprestación del deudor un mayor valor que la contraprestación que recibir de la

contraparte, mayor valor que también puede provenir por ser aquella de cumplimiento inmediato y éste estar aplazado.

En similares términos: Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)

En este orden de cosas, el mero hecho que «Pavosol» cediera a «Nanta dos» de sus más valiosos activos ya implicó un trato de favor respecto de este acreedor en relación con los demás, que no vieron satisfecho su crédito ni por ese ni por ningún otro procedimiento, e implicó una reducción de la masa destinada a la satisfacción del conjunto de los acreedores concursales. Es más, la dación en pago encaja en los supuestos que la doctrina considera como máximos exponentes del perjuicio.

Reitera esta misma posición respecto del menor valor de la contraprestación, en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona del 18 de enero de 2006. En un supuesto de reconocimiento de deuda, constitución de hipoteca voluntaria sobre fincas propiedad de la concursada para garantizar el pago de la cantidad reconocida, venta de participación en cesión de créditos y asunción de deuda. En esta sentencia dice el Juez que:

El precio pactado por José María (1.251.887,95 €), por las acciones de MSL, fue superior a su valor real o de mercado y, en consecuencia, perjudicial para la masa.

Como vemos, lamentablemente, la dación en pago viene considerándose por los tribunales como una de los supuestos en los que con carácter general y casi automático, se produce perjuicio para la masa activa³⁹. Entendemos que debería apreciarse el valor, como indicamos este capítulo, en el momento de realizarse la dación en pago, no en momentos posteriores como pueden ser los de ulteriores negocios de transmisión o constituciones de garantías sobre el bien que en su momento fue dado en pago. Lo señalado, puede, incluso producir, –dependiendo del bien dado en pago, pensemos en el sector inmobiliario en la actualidad–, efectos beneficiosos⁴⁰.

En realidad lo señalado, es equiparable a muchas refinanciaciones pues, normalmente, la segunda deuda puede contraerse en condiciones más ventajoso-

³⁹ VILLORIA RIVERA, I. «el mito de la *par conditio creditorum*», *RcP*, núm. 9, 2008, p. 319.

Seamos sinceros: la referencia a la par conditio creditorum en sede de rescisión concursal puede justificar cualquier actuación, sacrificando la seguridad jurídica. De hecho, lleva de forma irremisible a restaurar el antiguo sistema de retroacción de la quiebra. Pero esto no es lo querido por el legislador.

⁴⁰ MARTÍNEZ MULERO, V. «Función y racionalidad de los sistemas de reintegración concursal» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, p. 239.

sas que la existente con anterioridad (p.e. a la vista de descensos futuros de tipos de interés o condiciones más ventajosas de financiación), no lo es menos que nos encontraríamos ante pagos anticipados que darían lugar formalmente a la extinción de obligaciones cuyo vencimiento sería posterior a la declaración del concurso, siendo éste un elemento que por sí solo debe ser tomado en consideración para fundar la presunción *iuris et de iure* de perjuicio a la masa contenida en el art. 71.2 LC.

Por ello la propia Ley Concursal establece en el art. 71 bis una expresa exención de los acuerdos de refinanciación y extrajudiciales del ámbito de la rescisión concursal la que, como se sabe, excluye también de su ámbito los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (art. 71.5 LC).

En definitiva se concluye, que podría ser considerada la dación como un pago realizado en condiciones normales, pues no concurren circunstancias excepcionales, en una situación de iliquidez al momento de hacerse efectivo el pago, siempre que la prestación nueva (el *aliud pro alio*), su valor, no sea superior al crédito que extingue y se trate de deuda vencida.

2.3.2 *La necesaria contextualización de la dación en pago al efecto de determinar la existencia del perjuicio*

2.3.2.1 Contexto de renegociación tendente a la conservación de la empresa

Sin embargo, en ocasiones atendiendo a la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor, pueden, o no, privar de justificación a la dación en pago, en atención a la vulneración de la *par condicio creditorum*⁴¹. Y añadiríamos más, tras las últimas reformas concursales; siempre que se le haya privado de un elemento que precisaba para mantener su actividad⁴². De este modo, se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo (STS 9 abril 2104 (RJ 2014, 2597) rescindiendo una dación en pago desde esta perspectiva diversa. Así, en su Sentencia de 9 abril 2014, entendió que una dación en pago

⁴¹ SANCHO GARGALLO, I., «Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», *RJC*, núm. 4, 2004, p. 159 y 165.

⁴² A estos efectos, no es menos importante la reciente reforma operada por la Ley para la mejora del gobierno corporativo en las competencias de la Junta, pues se introduce su poder de decisión «sobre los activos esenciales» con una nueva letra f) que se adiciona al artículo 160. Competencia de la junta y señala «La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado» Ley 31/2014, de 3 de diciembre, *por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*.

causó perjuicio grave a la concursada *por haberle privado de un elemento que precisaba para mantener su actividad*, y por infringir el principio de trato igual a los acreedores⁴³.

El supuesto de hecho recoge un negocio consiste en que, para el pago parcial de deudas vencidas, se entrega una máquina. Queda sustituido así parte del precio por la entrega de tal útil. Luego se declarará el concurso, y la administración concursal solicita la rescisión de tal operación de dación en pago, reclamando que el crédito correspondiente se declare subordinado, argumentado que tal operación causó perjuicio grave a la futura concursada por haberle privado de un elemento que precisaba para mantener su actividad, y por infringir el principio de trato igual a los acreedores.

Pues bien tras recordar el precedente (STS 3 octubre 2012) rec. 812/2012 (RJ 2012, 10415), dice ahora la STS 9 abril 2014, que:

la dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que éste consiente recibir, con carácter solutorio, un aliud pro alio (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria. Es negocio complejo, pues participa de las características del pago, de la compraventa y de la novación. Pero es un negocio distinto del que hizo nacer la obligación de pago, negocio que no es objeto de rescisión, pues lo cuestionado es la dación en pago, posterior a que surgiera la obligación de realizarlo, y sustitutivo del mismo. Concluye entonces la sentencia que En el presente caso, la resolución de la dación en pago (que no se ha discutido) hace ineficaz los efectos solutorios del pago de una obligación preexistente. La restitución impone que el bien retorne a la masa y que el [acreedor] vuelva a ser titular de un crédito... por el importe que ostentaba con anterioridad a la dación en pago, como crédito concursal (SSTS núm. 393/2013, de 2 de julio, y las anteriores de 28 de febrero de 2013 y, de 11 y 12 de marzo de 2013, entre otras muchas).

Resulta muy criticable que la sentencia centre su arquitectura en la ineficacia de la dación en pago, cuando es un acto válido y eficaz. Cuestión diferente es que dicha dación en pago, de una deuda vencida, sea perjudicial por ser el *aliud pro alio* un elemento de su activo imprescindible para el mantenimiento de su actividad. Y es ahí donde reside el perjuicio, y hace incomprensible

⁴³ En un supuesto en el que partiendo deudas vencidas previas, se entrega para pago de parte de las mismas una máquina –sustituido así parte del precio por la entrega de tal útil (dación en pago)–, operación que declarado el concurso se rescinde. Un comentario sobre la misma puede encontrarse en RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Inexistencia de crédito restitutorio contra la masa tras la rescisión de una dación en pago (A propósito de la STS 9 abril 2104)» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2014.

interpretación del crédito restitutorio que la sentencia realiza. Excepciona, con carácter general para las daciones en pago, el art. 73.3 LC que viene a compensar el sacrificio que acarrea al acreedor la rescisión de una operación que sin el concurso hubiera mantenido su eficacia (el art. 154 LC y el régimen semejante al del primero de los apartados del art. 84.2, es decir, el superprivilegio salarial, que se abona casi inmediatamente).

Pero no debe dejarse de lado el hecho de que las deudas (STS 9 abril 2104) estaban vencidas y que, por tanto, la dación simplemente actuó como un medio solutorio normal en una situación de iliquidez, que de haberse realizado en efectivo, no hubiera devenido rescindible. Ello nos plantea serios interrogantes, como veremos al tratar las garantías financieras.

Precisamente por ello, el objeto de la dación no debe ser nunca elemento que se precise para mantener su actividad, supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo que acabamos de comentar (STS 9 abril 2104), pues redundaría en un acto contrario a la conservación de la empresa y en realidad la dación en pago estaría instrumentando una liquidación encubierta. Por lo que, deben entenderse admisibles y no rescindibles las daciones en pago conservativas.

2.3.2.2 Contexto conservación de empresa versus perjuicio

Ahora bien, incluso para las deudas no vencidas, desde instancias muy diversas, se había tratado de defender una aplicación no expansiva del art. 71 LC teniendo en especial consideración las circunstancias existentes al tiempo de la refinanciación. No podía ser aspiración del art. 71 LC poner en cuestión cualquier acto o negocio que, en abstracto, dificulte o disminuya la satisfacción colectiva de los acreedores en los que se incluía los supuestos en que las daciones de bienes estaban afectos a privilegio especial, y que en el supuesto de un eventual concurso no formarían parte de la masa activa, sean planteadas preventivamente en relación a deuda no vencida, en cualquier momento del período sospechoso que se extiende a los 2 años anteriores a la declaración del concurso.

Se suscitaba, pues, si ello constituiría un acto realizado en perjuicio de la masa sobre la base de la presunción *iuris et de iure* contenida en el art. 71.2 LC respecto de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

Entendemos que más bien podrían ser englobadas en el concepto de sacrificio patrimonial justificado acuñado por la de la Audiencia Provincial de

Barcelona de 6 de febrero de 2009⁴⁴, ya que, en definitiva, es el mismo criterio de política jurídica que subyace a la regulación introducida en la DA 4.^a LC, en la que se protegen las refinanciaciones que, *por permitir la continuidad de la actividad*, entiende el legislador *ex lege*, no conllevan perjuicio a los efectos del art. 71 LC o, aun conllevándolo, éste resulta justificado⁴⁵.

⁴⁴ Las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 11 de junio de 2007 (AC 2007, 1535), de Asturias de 17 de julio de 2008 (JUR 2009, 353716), de Jaén de 20 de marzo de 2009 (JUR 2009, 274534), de Valladolid de 23 de marzo de 2009 (JUR 2009, 207224), de Murcia de 23 de marzo de 2009 (AC 2009, 768), de Málaga de 26 de marzo de 2009 (JUR 2009, 274183), así como las de los Juzgados de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 25 de febrero de 2005 (AC 2005, 534), núm. 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007 (AC 2008, 1603), núm. 1 de Oviedo de 3 de septiembre de 2007 (AC 2008, 179), núm. 1 de Málaga de 12 de octubre de 2007 (JUR 2008, 148577), estimaron acciones rescisorias concursales contra acuerdos de refinanciación de deuda; por el contrario, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 132370), de Barcelona de 6 de febrero de 2009 (JUR 2009, 172445), y la del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de 6 de febrero de 2009 (JUR 2009, 87930), desestimaron acciones de reintegración contra acuerdos de refinanciación, destacando la introducción del concepto de «sacrificio patrimonial justificado» por la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009.

⁴⁵ De este modo la doctrina se muestra a favor de esta interpretación. Vid., VILLORIA RIVERA, I. «el mito de la *par conditio creditorum*», *RcP*, núm. 9, Sección Cuestiones prácticas, Segundo semestre de 2008, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. «la rescisión de los pagos realizados antes de la declaración de concurso *RcP*», núm. 8, Sección Comunicaciones, Primer semestre de 2008», p. 383.; AZOFRA, F./PÉREZ RIVARÉS, J.A. «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», *Diario La Ley*, núm. 7161, Sección Tribuna, 24 Abr. 2009, Año XXX. Así, estos últimos destacan que lo había mantenido, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Cantabria de 18 de octubre de 2006: «(...) el artículo 71 LC alude al perjuicio patrimonial y necesariamente de su tenor se extrae que no lo identifica con el simple pago de unos acreedores. Ha de tenerse en cuenta que la situación de insolvencia caracterizada por la imposibilidad del cumplimiento regular de las obligaciones exigibles de ordinario vendrá acompañada de un período que se habrá satisfecho a algún acreedor frente a otros. Sin embargo, lo que no pretende la ley es rescindir todo pago anterior a la declaración de concurso cuando se encontraban vencidas deudas no satisfechas. (...) Es necesario que se trate de un acto perjudicial para la masa». Y no lo serán aquellos que, como contempla la referida resolución, persigan obtener un plan de viabilidad» o cuando el acto obedece a un intento de superar la situación de insolvencia y obtener la viabilidad de la sociedad. Esta sentencia parecería amparar aquellos negocios jurídicos concluidos por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso con el fin de evitar incurrir en la situación de insolvencia que contempla el art. 2 LC («refinanciaciones preventivas de la insolvencia»). AZOFRA, F./PÉREZ RIVARÉS, J.A. «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», *Diario La Ley*, núm. 7161, Sección Tribuna, 24 Abr. 2009, Año XXX. En el mismo sentido se había pronunciado la SAP Jaén de 21 de enero de 2008, que no considera perjudicial la constitución de hipoteca por una cooperativa (Cooperativa La Esperanza) luego concursada, en garantía de sus obligaciones como fiador de un préstamo bancario otorgado a otra cooperativa (de segundo grado) ya concursada al tiempo de la constitución de la hipoteca, siendo que la hipoteca tenía por objeto bienes sobre los que el acreedor ya había trabado embargo, por lo que, «se evitó, por el momento, el concurso y la ejecución despachada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de La Carolina (...), en cuyo procedimiento se había acordado el embargo preventivo sobre las fincas en que después se constituyó la garantía hipotecaria (...)». Y añade: «Es por ello que se considera que la suscripción de este préstamo hipotecario no perjudicó el patrimonio de La Esperanza, y le libró, desgraciadamente por poco tiempo, del concurso». Algunos pronunciamientos judiciales incluso vinieron a agravar el pánico de las entidades financieras hacia los procesos de refinanciación, ya que se llegó no sólo a rescindir las garantías reales, sino incluso a considerar de mala fe a la entidad financiera. (Vid., v.gr., la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007, que considera de mala fe la actuación de un banco de procurar garantías reales para asegurar un préstamo nuevo destinado a amortizar uno existente no garantizado en un escenario probable de insolvencia: «De ahí que se denote que al constituirse las garantías prendaria e hipotecaria Banco (...) persiguió asegurarse, cualquiera que fuera la situación que

En definitiva, el juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todo acto de disposición patrimonial (por ejemplo, cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente). Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación⁴⁶. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales, como es la situación de insolvencia actual al momento de hacerse efectiva la dación en pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor, y que pese a ello no prive de justificación al pago, en atención a la vulneración de la *par conditio creditorum*⁴⁷.

Lo contrario, una interpretación literal, no haría sino redundar en una menor competencia en el mercado del crédito y un correlativo incremento de los costes de financiación, impidiendo además a la masa del concurso beneficiarse de mejoras en las condiciones de financiación, por lo que parecen acertadas las interpretaciones doctrinales que sobre la base de la finalidad perseguida en el actual art. 71.bis LC, limitan en estos supuestos el ámbito de aplicación de la norma.

Con ello, podrían excluirse del ámbito de la presunción absoluta de perjuicio patrimonial a la masa activa contenida en el antiguo art. 71.2 LC, las

sobreviniera a (...), la percepción de la cantidad que había sido prestada. Y si bien ésta es una finalidad calificable inicialmente de legítima, no puede ocultarse que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario más que probable de insolvencia del deudor, a sabiendas de que el aseguramiento en el cobro de una cantidad irá en detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías». La situación, en definitiva, de inseguridad jurídica y no era el mejor incentivo para las refinanciaciones. Precisamente, indica, PULGAR EZQUERRA, J. en, «la protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreesimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009» *RcP*, núm. 11, 2009, en interpretación del referido art. 71 LC, que no incluía en su originaria redacción entre las exenciones rescisorias las refinanciaciones preconcursales, se habían dictado motivadamente resoluciones ejemplarizantes (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007 que habían ralentizado en la práctica en gran medida el mercado del crédito y, en particular, la operatividad de las medidas introducidas por el Gobierno con dicha finalidad (RDL 6/2008, de 10 de octubre, por el que se crea el Fondo para la Adquisición de Activos, y RDL 7/2008 de 13 de octubre de medidas urgentes, en materia económico-financiera en conexión con el plan de acción concertado en los países de la zona euro). No obstante, no es menos cierto que en fecha próxima a la aprobación del RDL 3/2009 se había iniciado una acertada línea jurisprudencial que matizaba la rescisión de las refinanciaciones de deuda preconcursales, que podría provenir particularmente del art. 71.3.2.º de la LC cuando la refinanciación se acompaña de la constitución de garantías, sobre la base del criterio del «sacrificio patrimonial justificado» (Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de febrero de 2009) que, en definitiva, es el mismo criterio de política jurídica que subyace a la regulación introducida en la DA 4.ª LC, en la que se protegen las refinanciaciones que, por permitir la continuidad de la actividad, entiende el legislador *ex lege*, no conllevan perjuicio a los efectos del art. 71 LC o, aun conllevándolo, éste resulta justificado.

⁴⁶ SANCHO GARGALLO, I. *II Foro de encuentro...*, cit. p. 37.

⁴⁷ SANCHO GARGALLO, I. «Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», cit. p. 159 y 165.

denominadas refinanciaciones preventivas con el resultado de que la masa activa del concurso podría eventualmente beneficiarse de mejoras en las condiciones de financiación (p.e. descensos futuros de tipos de interés)⁴⁸, contemplada en su contexto⁴⁹. Por lo señalado, en estos supuestos, el perjuicio resulta relativizado⁵⁰.

⁴⁸ PULGAR EZQUERRA «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de «escudos protectores» y el fraude del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario» *cit.*

⁴⁹ Desde la entrada en vigor de la Ley concursal se ha venido manteniendo que cualquier acto que suponga la quiebra del principio de la *par conditio creditorum* debe ser rescindido ex art. 71 LC. Así la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número dos de Barcelona de 25 de febrero de 2005 (la Ley 46095/2005) que señaló: «El art. 71 de la LC permite rescindir los actos perjudiciales para la masa activa», concepto más amplio que el de «perjuicio patrimonial»; es decir, aun cuando el acto, considerado de forma aislada, no se considerara perjudicial, por mantener la equivalencia de las prestaciones, si no respeta aquel principio, que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjunto de acreedores un mismo trato, dicho acto debe ser rescindido». Con posterioridad, se ha evolucionado hacia un «sacrificio patrimonial injustificado»; aportación de la muy citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.ª, de 6 de febrero de 2009. Resulta imprescindible para la comprensión de este temario la Sentencia Tribunal Supremo, Sala primera, de 8 de noviembre de 2012 (652/2012) en la que el Tribunal Supremo determina que los actos del concursado que implican una «disminución injustificada de su patrimonio» caen en el régimen de la reintegración, pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente a su patrimonio perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la igualdad de trato a los acreedores. El ponente, el magistrado Gimeno Bayón-Cobos determina que la expresión «actos perjudiciales para la masa activa» permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (como se afirma, entre otras, las sentencias de 16 de septiembre de 2010, y de 12 de abril de 2012). Ahora bien, se señala que no siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos evidentemente perjudiciales —algunos objeto de presunción de perjuicio— y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, se dan actos o *contratos económicamente vinculados*, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. Entre otros cita la sentencia «3. El perjuicio en las garantías de obligaciones de sociedades del mismo grupo 29. Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios —no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurren relaciones de dominio ni los requisitos que justifican el levantamiento del velo—, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como operaciones de grupo» en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco. Al respecto señala PÉREZ BENÍTEZ, J. J., «Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades» RDP, núm. 19, 2013. «si la garantía se constituye sin conexión con el negocio garantizado, de forma o contextual, si no supone una contraprestación del deudor por la concesión de crédito, entonces la garantía se ha constituido a título gratuito. Por ello resulta obligado, y esto es lo complejo del asunto, analizar la estructura jurídico-económica del negocio: el deudor otorga la garantía porque ello le «compensa» pese a los costes que asume, para poder acceder a la prestación del acreedor, el cual, a su vez, concede el crédito por la seguridad que le supone la garantía. Si así son las cosas —como debería ser normal en el tráfico—, la garantía es contextual, y sólo puede rescindirse si se acredita el perjuicio por el actor, sin el beneficio de ninguna presunción legal. Si la constitución de la garantía no está en la causa jurídico-económica del negocio, entra en juego la presunción del art. 71.3.1.º, y será el deudor el que tenga que probar que no hubo perjuicio».

⁵⁰ *Vid.* in extenso, MARTÍNEZ MULERO. V «función y racionalidad de los sistemas de reintegración concursal» RCP, núm. 11, 2009, p. 239., Bisbal, J., «La insoportable levedad del Derecho concursal», RDM, núm. 214, 1994, pp. 843 y ss. en especial. p. 858. Para este autor, la utilización de la regla de la *par conditio* fuera de este específico ámbito deja de tener sentido.

En el caso concreto de las daciones en pago debería mitigarse el riesgo de rescisión, dado que con ello se podría entender cumplido el objetivo de maximización del valor⁵¹. En un contexto de caída del mercado y de los precios.

En definitiva, es el mismo criterio de política jurídica que subyace a la regulación del artículo 71 bis de la LC y en el artículo 43.2 LC⁵²; *pudiéndose entender como interés del concurso, la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores* (Sentencia JM-1 Alicante 19.06.2006 (JUR 2006/183279))⁵³ y al mismo tiempo *acrecentar las posibilidades reales de la conservación de la empresa*, lo que aflora la necesidad de realizar una reforma global que permita, un concurso de acreedores dispuesto a la satisfacción, lo más eficiente y equitativa posible de los acreedores y la conservación de la empresa viable y por qué no, dar cabida de este modo al interés general.

Pero ello no necesariamente debe traducirse en la conservación de la empresa a ultranza –como única finalidad orientadora de la nueva concursalidad–. Debe entenderse e interpretarse en sus justos términos, sin llevarse al exceso, y desecharse sino garantiza la mayor recuperación posible a los acreedores. Lo contrario, no situaría en una nueva dimensión que, hoy por hoy, no ha alcanzado nuestro Derecho concursal.

⁵¹ AZOFRA, F., «Reestructuración de deuda: la transmisión de activos», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, diciembre de 2008, p. 55.

⁵² Destacar que en el terreno doctrinal (TAPIA HERMIDA, A. J., en AA. VV *Comentarios a la Legislación Concursal*, Dir. por SANCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIERREZ, 2004 p. 831; también ZURILLA CARIÑANA, M. A., en AA. VV *Comentarios a la Ley Concursal*, Dir. por Bercovitz Rodríguez-Cano, 2004, pp. 379 y 380) parece unánime la consideración de que a los actos de enajenación o gravamen que, precisados de la autorización judicial prevista en el art. 43-2, se lleven a cabo prescindiendo de ella, no les resulta de aplicación el art. 6-3 del Código Civil y no pueden, por tal motivo, reputarse nulos de pleno derecho, de tal suerte que, si en un examen «ex post» el juez llega a la conclusión de que el acto dispositivo en cuestión resulta provechoso para la masa, cabe subsanar aquella falta de autorización mediante la convalidación judicial de lo ya.

⁵³ Entre otras la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 5 de marzo de 2012 dice: «...el único presupuesto necesario para la utilización de este instrumento lo constituye la satisfacción del interés del concurso, siendo este un concepto jurídico indeterminado que aunque no viene concretado en la norma, es mencionado en el apartado III de la Exposición de Motivos de la ley y en algunos de sus preceptos del todo lo cual puede deducirse que consiste en la mayor satisfacción de los acreedores del concurso, es decir, el interés del concurso se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores»; también, la Sentencia de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 12 de mayo de 2011 cuando dice: «*Es cierto que el concepto interés del concurso está jurídicamente indeterminado, aunque claramente viene referido a la protección de la masa, la activa y la pasiva, en tanto la integridad y contenido patrimonial de la primera se proyecta sobre la mayor posibilidad de cobro de los integrantes de la masa pasiva, es decir, sobre el interés de los acreedores que no es otro que el de la satisfacción de sus créditos en su integridad o en su mayor proporción.*».

Resulta complejo, pues, pronunciarnos con carácter general sobre si la existencia del perjuicio se puede establecer su correspondiente traducción en la pérdida de posibilidades reales de viabilidad de la empresa y su prueba, pues todo ello indudablemente pasa por analizar dicho perjuicio y si su contexto fue capaz de amortiguarlo, es decir, si ha sido compensado cuantitativamente con un valor cierto y proporcional y no ha perjudicado a la masa activa.

El juicio sobre el perjuicio exige además, a la hora de determinar si ha existido una operación de dación lesiva, el examen del acto patrimonial en sí mismo y en su contexto contractual pues no se da en todo acto de disposición patrimonial, así por citar un ejemplo, cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Por otro lado, como decíamos, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.

Al margen de estas consideraciones sobre las que nos pronunciamos recientemente al tratar *El riesgo de insolvencia de la sociedad dependiente en el Anteproyecto de Código*⁵⁴, a nadie se le escapa que hubiera sido necesario, o al menos preferible, concebir una equiparación de estas daciones en pago con independencia de que formen parte o no de un procedimiento formal de renegociación, refinanciación o reestructuración de deuda, o las contenidas en el convenio concursal.

A favor de esta interpretación jugaba, el criterio mayoritario de *los Magistrados de lo Mercantil de Madrid*⁵⁵, adoptado antes de la modificación operada por el Real Decreto-ley de 27 de febrero de 2015 –1/2015, de 27 de febre-

⁵⁴ PASTOR SEMPERE, C., «El riesgo de insolvencia de la sociedad dependiente en el Anteproyecto de Código», AA. VV. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil contribución al Libro homenaje del profesor Illescas Ortiz, R.*, 2015, disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20763>.

⁵⁵ «¿Son susceptibles de reintegración los pagos o daciones en pago realizadas en ejecución del plan de pagos adoptado en reunión de acreedores, durante su vigencia?

– De nuevo, y pese a la fuerza especial del acuerdo, se está frente a actos de disposición no intervenidos por órgano alguno (sólo supervisados por el mediador concursal), ni autorizados judicialmente, realizados en periodo hábil. Por tanto, pueden ser sometidos a juicio de reintegración, pero ello sin perjuicio de que, en principio, la ejecución del acuerdo alcanzado con la mayoría de los acreedores pueda llegar a suponer la justificación en el sacrificio patrimonial que implica el pago, para tratar de evitar, con tal alegación, la acción reintegratoria, de acuerdo con el criterio de la jurisprudencia. (Tesis Mayoritaria).

– Debería ser tratados bajo el régimen de validez de los actos ejecutados durante la pendencia de un convenio concursal, en el art. 162.1 LC, mediante su anulación por fraude, contravención al texto del convenio (del acuerdo) o alteración de la igualdad de trato entre los acreedores. De hecho, esos serán los supuestos que, en caso de juzgarse a la luz de las acciones de reintegración, terminen por integrar el presupuesto del perjuicio patrimonial (Tesis Minoritaria, 2 Votos)».

ro, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*⁵⁶.

Pues bien, *cuando estos acuerdos extrajudiciales no gozaban de protección frente a la rescisión*, nuestros *Magistrados de lo Mercantil de Madrid* se inclinaron a valorar la ejecución del acuerdo alcanzado con la mayoría de los acreedores pueda llegar a suponer la justificación en el sacrificio patrimonial que implica el pago. Lo señalado abrió la puerta e invitó a considerar el expediente interpretativo que consideraría contextualmente estas daciones en pago en el marco de los acuerdos informales, con varios acreedores o de forma individual –pues a los efectos del artículo 71 de la LC no existía diferencia entre ellos– y neutralizar el perjuicio que se sostenía para la dación en otros contextos como sacrificio patrimonial injustificado⁵⁷.

En cualquier caso, no debemos perder de vista que con el texto legal actual solo se podrá realizar daciones en pago protegidas de las acciones de reintegración, en cualquier caso, cuando no se refieran a acreedores de Derecho público puesto que ni tan siquiera pueden verse afectados estos afectados por acuerdos extrajudiciales o de refinanciación, ni a los privilegiados, en determinadas circunstancias, si no lo aceptan expresamente⁵⁸.

En lógica coherencia con lo aquí expuesto, la dación debería suponer su aceptación por nuestros Tribunales mercantiles, caso de declararse un concurso, o *concurso consecutivo*, como *no necesariamente comprendida en el catálogo de actos perjudiciales para la masa*, debiendo para ello ser considerado el *doble contexto de caída del mercado, en el sentido de conservación de valor, y de forma de pago ordinaria en un contexto de su renegociación, tendente a la conservación de la empresa*.

⁵⁶ En el artículo 238, que queda ahora redactado en los siguientes términos: «4. *Los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en este Título no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior*». Con anterioridad a esta reforma en referencia a estos pagos, realizados como parte del plan de pagos del acuerdo extrajudicial, únicamente se establecía en el artículo 242. 2. 3.ª que «*El plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil o notario*» en el caso de «*concurso consecutivo*».

⁵⁷ Sobre esta línea interpretativa *vid.* nuestro trabajo, PASTOR SEMPERE, C., «Algunas cuestiones concursales en torno a los acreedores de la sociedad escindida y de las operaciones intragrupo», en *RdS*, núm. 41, 2013, pp. 401-428.

⁵⁸ A este respecto, debemos recordar que la Nueva Directiva permite la dación en pago, siempre y cuando sea de mutuo acuerdo, así el art. 140 de nuestra Ley Hipotecaria permite igualmente la dación en pago en nuestro sistema hipotecario, exigiendo únicamente el consentimiento y acuerdo de ambas partes. Es decir, lo mismo que establece la Directiva Europea, aprobada por el Consejo de la Unión Europea de 28 de enero de 2014, *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE*.

3. LA NUEVA PRESTACIÓN PACTADA ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR (*ALIUD PRO ALIO*). LA REALIZACIÓN DEL VALOR DE LOS BIENES SUJETOS A GARANTÍA COMO LÍMITE

3.1 *Ius distrahendi* y autonomía de la voluntad

Como vimos en nuestro capítulo segundo, junto al principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, surgen las garantías de las obligaciones como modos específicos de reforzar y fortalecer la posición jurídica del acreedor, añadiendo un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito.

El destino natural de toda garantía, cuando no ha sido pagado el derecho de crédito que asegura, es la ejecución del bien que garantiza ese derecho, de modo que éste pueda ser satisfecho con lo que se obtenga de aquélla (*ius distrahendi*). Otra forma diferente de satisfacción sería lo que podría denominarse una *autoejecución*, que consistiría en la apropiación por el acreedor del bien dado en garantía, práctica que, como es bien sabido, se encuentra prohibida con carácter general en el Derecho común español en el art. 1859 C. c, conocida como *prohibición de pacto comisorio*. Esa misma prohibición ha llegado a otros Códigos y en ellos se mantiene en la actualidad. Así, en el art. 2.744 del Código Civil italiano (*é nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore Il patto e nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno*), el art. 694 del Código civil portugués (*e nula, mesmo que seja anterior en posterior á constituiçao da hipoteca, a convengáo pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*)⁵⁹.

Como vimos en nuestras consideraciones introductorias dicha prohibición del pacto comisorio fue de origen romano y mantenida en nuestro *Ius Commune*, por influencia del Derecho canónico en su lucha contra la usura, —desde una óptica más moral, que jurídica— y por razones estructurales al sustituirse dicho pacto comisorio por el *ius distrahendi* o poder de realización de valor. Su finalidad impedir que el deudor sufra un perjuicio patrimonial desproporcionado como consecuencia de encontrarse en una situación económica más o menos angustiosa, de la que pueda valerse el acreedor cuyo crédito está protegido, particularmente, con una garantía real, lo que sucederá cuando exis-

⁵⁹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Sentencia núm. 1009/2005 de 28 octubre JUR\2007\57523.

ta una notable desproporción entre el valor de la prestación del acreedor y el de la cosa sujeta a la garantía del crédito⁶⁰. Ahora bien, esta connotación negativa no siempre debe derivarse, necesariamente.

De hecho, hoy debe darse una nueva lectura y analizar su evolución hasta su aparente admisibilidad conforme a la doctrina y jurisprudencia más reciente a través de los denominados *Pacto Marciano*⁶¹ y *Pacto Comisorio Ex Intervallo* que resultarán de aplicación en función de si son pactos acordados en el mismo negocio constitutivo de la garantía real o posteriores a él y antes del vencimiento. Debemos señalar que la evolución, en todo caso, es controvertida y no exenta de importantes discusiones doctrinales y jurisprudenciales⁶².

Como ya se ha apuntado más arriba, la prohibición del pacto comisorio tiene su máximo sentido cuando dicho pacto tiene lugar en el momento constitutivo de la garantía real. Por lo tanto, parece que, con las debidas cautelas, no existe duda respecto a la admisibilidad de aquel pacto en un momento posterior a la concesión del crédito y al negocio constitutivo de la garantía. Por el

⁶⁰ En nuestro Derecho rige el principio de accesoria, propio de los sistemas jurídicos causalistas. De esta forma, la regla general es que la hipoteca no puede existir si no es para garantizar una obligación válida. Los sistemas causalistas son más garantes de los derechos del consumidor, en la medida que el deudor podrá alegar frente al acreedor las excepciones, causas de oposición y vicisitudes de la obligación garantizada. Resulta este carácter de lo dispuesto en el Código civil y la Ley Hipotecaria: a) no puede constituirse hipoteca sino para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1857.1.º Código civil); b) la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (artículo 104); c) vencida la obligación principal, pueden ser objeto de realización forzosa para pagar al acreedor, sin que éste pueda apropiarse la cosa hipotecada (artículos 1858 y 1859 Código civil); d) la venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio (artículo 1528 Código civil); e) el crédito hipotecario goza de un especial privilegio para el cobro derivado precisamente de su cobertura hipotecaria (artículos 1923 y 1927 Código civil y 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal).

⁶¹ El pacto marciano (que debe su nombre al jurisconsulto romano Marciano que elaboró la correspondiente consulta), como vimos, contenido en el Digesto, consiste en la posibilidad de que deudor y acreedor convengan, en el momento en el que se celebra el negocio constitutivo de la garantía real que, si al llegar el momento de vencimiento el deudor no pagara, la propiedad de la cosa pasará al acreedor previa justa estimación, con deber de reintegrar el excedente de dicha valoración –si lo hubiera–. FELIU REY, M. I., *La Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, p. 34, señala que en el Digesto se contempla no tanto una prohibición cuanto una cierta cautela o reticencia con base en la inexistencia de prohibición alguna al respecto, así como el reconocimiento que realiza el edicto de Constantino respecto al pacto comisorio como práctica habitual. en relación con el importe de la deuda ejecutada así inter partes.

⁶² FELIU REY, M. I., *La Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, cit., DURÁN RIVACOBRA, R., *La Propiedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Navarra, 1998; VIDAL MARTÍNEZ, J., *La venta en garantía*, Madrid, 1990; REGLERO CAMPOS, L. F., *El Pacto Comisorio*, Madrid, 2007; GUILARTE, V., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dir. por Albadalejo, M., Tomo XXIII, Madrid, 1990, pp., 457 y ss. y *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, Tomo II, 1991, p. 1864; GALINDO ARAGONCILLO, A./NAVARRO CODERQUE, F., «El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía», *Diario La Ley*, núm. 8314, Sección Doctrina, 20 de mayo de 2014.

contrario, este pacto de adjudicación cuando se produce una vez vencida la obligación, la doctrina lo admite en general, como una dación en pago⁶³.

En realidad tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de manifiesto que principalmente se trata del riesgo de simulación o de posibles fraudes, haciendo aparecer en documento el acuerdo entre las partes de que el pacto es posterior, cuando en realidad fue coetáneo con el nacimiento de la obligación y, por tanto, en condiciones potencialmente abusivas para el deudor. A modo de ejemplo, algunos supuestos frecuentes de simulación, como veremos, aparecen en las ventas y las fiducias en garantía; las aparentes compras con pacto de retro; las opciones de compra en garantía; los contratos de *leasing*, y los *sale and lease-back*.

El criterio de la DGRN ha sido, sin embargo, denegar la inscripción de los negocios fiduciarios que esconden pactos comisorios, basándose en el carácter imperativo de los preceptos de ejecución de la hipoteca, así como la prohibición del pacto comisorio. La realización del valor del bien hipotecado para su conversión en dinero está sujeta, por tanto, a estrictos controles de legalidad que tienen como finalidad equilibrar los distintos intereses en juego: los propios del acreedor pero también los del deudor incumplidor, los del propietario de la cosa hipotecada y aquellos de los eventuales terceros que acreditan derechos sobre el bien. Tan compleja trama de intereses ha sido objeto históricamente de una cuidadosa regulación a fin de que el ejercicio ponderado de las facultades inherentes al derecho real de hipoteca favorezca el crédito territorial mediante la utilización de los bienes inmuebles como respaldo de la actividad económica.

Esta es la doctrina reiterada de la DGRN que entiende la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía formando parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La atribución del *ius vendendi* al acreedor no es un elemento añadido o circuns-

⁶³ En opinión de ZAMORA MANZANO, J. L., (en «La lex commissoria y su prohibición en el pignus», *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, vol. LIV, 2007, p. 348, disponible en: <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2007/ZamoraR.pdf>) la respuesta de Marciano (D.20.1.16.9: *Potest ita fieri pignoris datio hypohecaeve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc estimandam; hoc enim casu vedetur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt. Contiene un glosema en la expresión rem iusto pretio tunc aestimandam*) fue introducida para mantener la congruencia de los textos clásicos como una dulcificación del veto en tanto en cuanto se adapta a la equivalencia de la deuda con el precio del objeto entregado en garantía y, en su caso la devolución del sobrante, (pacto marciano) donde se tiene en cuenta el justiprecio y la devolución del *superfluum*; lo que permitiría una *quasi datio in solutum* que implica una asunción directa de la garantía en la que el deudor además cuenta con una cobertura legal temporal de dos años durante los cuales éste puede recuperar, conforme a C.8.33.(34).3, el objeto entregado.

tancial sino que integra el contenido esencial de su derecho (Resolución de 13 de abril de 2012) ⁶⁴.

Esta misma doctrina, pone de manifiesto que el ejercicio de esa facultad consustancial del derecho del acreedor no puede ser llevada a cabo por su titular de forma unilateral dada la proscripción en nuestro derecho del pacto comisorio (arts. 1858, 1859 y 1884 del Código civil) por lo que es preciso que su ejercicio se acomode a los procedimientos legalmente preestablecidos ya sean judiciales o extrajudiciales. Sólo de este modo la actuación del acreedor en ejercicio de su derecho recibe el amparo del ordenamiento jurídico y obtiene el reconocimiento de las consecuencias de él derivadas.

3.2 La subasta como mecanismo ineficiente en la fijación del valor del bien sujeto a garantía

En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede ejercer *el ius distrahendi* inherente a su derecho mediante el ejercicio de la acción directa o de la ordinaria previstas en la norma ritual sujetas al control de jueces y tribunales. De este modo se hace efectiva la responsabilidad del deudor sobre el bien objeto de garantía desembocando en su enajenación forzosa por la vía de apremio y su publicidad como medio de obtención de un precio justo y de mercado ⁶⁵.

⁶⁴ REGLERO CAMPOS, F., «El pacto comisorio», *Aranzadi Civil, núm. 4, 2007 (Estudio)*. En la actualidad, nada impide que el acreedor pueda adquirir los bienes ejecutados en garantía de su crédito, si bien deberán respetarse escrupulosamente las reglas establecidas para ello. Con claridad lo admite para la prenda el propio art. 1872 Código civil, para el caso de que se celebren las dos primeras subastas sin resultado. Del mismo modo, para la ejecución de bienes hipotecados por vía judicial, arts. 650.4. II y 670.4. II (sobre subasta pública de bienes hipotecados, muebles e inmuebles respectivamente) por remisión del art. 691.4. La DGRN ha considerado que se trata de una excepción a la prohibición del pacto comisorio. Dice así la RDGRN de 10 junio 1986 (RJ 1986, 3840) que sólo es posible el pacto por el que el acreedor puede llegar a adjudicarse extrajudicialmente el bien hipotecado en pago de su crédito vencido, cuando se respeten las formalidades y garantías que, dado lo dispuesto en el art. 1872 Código civil, se estimaban exigidas legalmente con carácter imperativo para la hipoteca aun antes de que por la misma legislación hipotecaria se previniese el procedimiento y cautelas a que con carácter imperativo ha de atenerse la ejecución hipotecaria extrajudicial convenida. Vid. también las Resoluciones DGRN de 25 agosto 1933, 28 mayo 1904, 21 octubre 1901, 12 julio 1901 y 28 noviembre 1893 y la STS de 21 octubre 1902, entre otras.

⁶⁵ En este sentido, Díez PICAZO, L., aduce que la finalidad del procedimiento legal de enajenación no es la publicidad, sino la obtención de un precio justo y de mercado, toda vez que en la ejecución de la prenda sobre valores cotizables, mediante la venta en el mercado de valores que regula el Código de comercio, no existía tal publicidad (DÍEZ PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, Madrid, 2001). Dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolla sobre la base de los pronunciamientos registrales. Por ello el tipo para subasta no sólo se hace constar en la escritura de constitución de la hipoteca, sino también en la propia inscripción causada por aquella. Esta exigencia permite, a través de la publicidad registral, dar a conocer el tipo de partida de la subasta a los postores que intervengan en la misma, así como a los terceros poseedores o

Para la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria es necesario que los interesados fijen en la escritura de constitución de la hipoteca el precio en que tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, pero en realidad se debe dar satisfacción a una encrucijada de intereses, en parte contrapuestos y en parte convergentes: el del acreedor de evitar que un tipo excesivamente elevado dificulte la realización del bien, el del deudor de evitar que un tipo excesivamente bajo deje la deuda perseguida en parte insatisfecha con mantenimiento de la acción de responsabilidad personal del acreedor por la diferencia, y el interés del fiador real de establecer un precio que favorezca la existencia del mayor sobrante posible tras la aprobación del remate.

Sin embargo, y aun siendo ciertamente conveniente que la fijación del tipo se realice con la mayor seriedad y rigor posibles, lo cierto es que lo que se les pide a los interesados no es la averiguación intuitiva del valor real de la finca hipotecada, ya que precisamente se trata de eludir una valoración pericial de la misma, sino de establecer un precio de salida para la subasta. Precisamente será la dinámica propia de la subasta la que conduzca a la fijación del valor real a través de mecanismo de la oferta en concurrencia. Por ello, si el tipo resultó demasiado bajo la subasta generará las elevaciones correspondientes, y si resultó demasiado alto también serán las pujas presentadas en la subasta las que lo corregirán.

Con la finalidad de facilitar la concurrencia, en el momento que se escriben estas líneas, se encuentra tramitándose una importante reforma que introducirá en nuestro sistema la subasta electrónica de bienes muebles, de bienes inmuebles y de bienes inmuebles en los casos en los que estos hubieran sido hipotecados, con las especialidades propias de la ejecución hipotecaria con el objetivo de aumentar la concurrencia y, con ella, las posibilidades de venta y de que ésta se realice por mejor precio.

Por otra parte, para garantizar esa máxima concurrencia de licitadores, se autoriza expresamente la utilización de sistemas de firma con claves previamente concertadas, para el acceso y utilización del Portal de Subastas, siempre observando los estándares necesarios de seguridad y previa la correcta identificación de las personas que deseen ser dadas de alta en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal⁶⁶. Otro significativo

adquirentes posteriores de la finca hipotecada a quienes, como después veremos, no resulta indiferente tal circunstancia, toda vez que en caso de ejecución de la hipoteca lo que les corresponde es un derecho al eventual sobrante que haya quedado, lo que puede estar determinado en cuanto a su cuantía, especialmente en caso de subastas celebradas con escasa concurrencia de licitadores, por el tipo fijado para la subasta.

⁶⁶ En el momento que se escribían estas líneas se tramitaba rápidamente el, *Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro*

avance lo constituye Ley 19/2015, de 13 de julio, *de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil* (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015, que modifica la

Civil. El Pleno del Senado, en su sesión extraordinaria número 76, celebrada el día 8 de julio de 2015, aprobó el Proyecto de Ley de medidas *de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*, sin introducir variaciones en el texto remitido por el Congreso de los Diputados, que aparece publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, números 539 y 542, de fechas 11 y 16 de junio de 2015, respectivamente (621/000130), según publica (Cong. Diputados, Serie A, núm. 101 Núm. exp. 121/000101) BOGC, Senado, núm. 560 10 de julio de 2015 p. 5. Ahora Ley 19/2015, de 13 de julio, *de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil* «BOE» núm. 167, de 14 de julio de 2015, páginas 58125 a 58149 (25 pp.). En lo que a nosotros nos afecta, la principal reforma es la introducción de la subasta electrónica. La importante novedad es la celebración de las subastas de bienes tanto muebles como inmuebles de forma electrónica en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal. Para la regulación de su proceso, se modifica completamente el artículo 648 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se titula «Subasta electrónica». Se podrán realizar pujas electrónicas con sujeción a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a tipos de subasta, consignaciones y demás reglas que le fueren aplicables. El Portal de Subastas informará durante la celebración de la existencia y cuantía de las pujas. Las pujas se enviarán telemáticamente a través de sistemas seguros de comunicaciones al Portal de Subastas, que devolverá un acuse técnico, con inclusión de un sello de tiempo, del momento exacto de la recepción de la postura y de su cuantía. En ese instante publicará electrónicamente la puja, también se recoge la posibilidad de realizar pujas desde cualquier Oficina Judicial para aquellos que carezcan de los medios técnicos necesarios. Es importante resaltar que en el edicto y en el Portal de Subastas se hará constar que las cargas, gravámenes y asientos anteriores al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos si el remate se adjudicase a su favor. Por último, será el propio Portal de Subastas el que a continuación del cierre, remita al Secretario judicial información certificada de la postura telemática que hubiera resultado vencedora. En referencia a la situación concursal, suspendiéndose automáticamente la ejecución y dejando sin efecto la subasta en caso de que el Secretario judicial tenga conocimiento de la declaración de concurso del deudor. Asimismo, la citada ley modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada entre otros aspectos como el apartados 1 y 3 del artículo 551 quedan redactados del siguiente modo: 1. Presentada la demanda ejecutiva, el Tribunal, siempre *que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma. Con carácter previo el Secretario judicial llevará a cabo la oportuna consulta al Registro Público Concursal a los efectos previstos en el apartado 4 del artículo 5 bis de la Ley Concursal*. 3. *Dictado el auto por el Juez o Magistrado, el Secretario judicial responsable de la ejecución, en el mismo día o en el siguiente día hábil a aquél en que hubiera sido dictado el auto despachando ejecución, dictará decreto en el que se contendrán: 1.º Las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes. 2.º Las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, conforme a lo previsto en los artículos 589 y 590. 3.º El contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor, en los casos en que la ley establezca este requerimiento. El Secretario judicial pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la existencia del auto por el que se despacha la ejecución con expresa especificación del número de identificación fiscal del deudor persona física o jurídica contra el que se despache la ejecución. El Registro Público Concursal notificará al juzgado que esté conociendo de la ejecución la práctica de cualquier asiento que se lleve a cabo asociado al número de identificación fiscal notificado a los efectos previstos en la legislación concursal. El Secretario judicial pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la finalización del procedimiento de ejecución cuando la misma se produzca.*

LEC, entre otros el artículo 693 en referencia a reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes y el vencimiento anticipado de deudas a plazos⁶⁷.

Ahora bien, con independencia de estos indudables avances técnicos, autorizadas voces han señalado en este campo, la ineficiencia económica y social demostrada por este procedimiento en sí mismo, pues en su praxis actual no cumple con lo que debe ser su finalidad *cobro de la deuda por el acreedor con el menor empobrecimiento posible del deudor*⁶⁸.

⁶⁷ Artículo 693. 1. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha. 2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo. 3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578. Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior. Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor. Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

⁶⁸ La dación en pago de una deuda en España, fuera del acuerdo entre las partes, se ha equiparado por algunos autores en el procedimiento de ejecución hipotecaria establecida en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que determina que para el supuesto de que la subasta del bien quede desierta, la entidad crediticia –acreedor– tiene la opción de adjudicarse el bien inmueble, a cambio de la totalidad del principal, intereses y costas debidos, o el 50%, 60% y 70% dependiendo de los casos, del valor de tasación. La primera opción que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil es propiamente una dación en pago, ya que el deudor queda completamente liberado de la deuda. Pero debemos matizar que este procedimiento no se logra vender los bienes por su valor real o de mercado y, en muchas ocasiones ni siquiera existen licitadores interesados en la adquisición del bien subastado, viéndose obligado el acreedor ejecutante a adjudicarse en pago de la deuda el bien subastado. En este sentido, el artículo 1.872 del Código Civil establece que en el supuesto de que en segunda subasta no se obtengan resultados, el acreedor podrá hacerse dueño de la cosa dada en prenda, si bien estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito. Son muchos los supuestos en la práctica en los que la ejecución mediante la subasta judicial puede calificarse como «injusta» al permitir que el acreedor ejecutante se adjudique el bien subas-

Incluso se ha intentado paliar la situación con un *Código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual (CBP)*⁶⁹, y ello ha provocado articulación de un procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial regulado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, la cual entró en vigor el mismo día 15 de mayo⁷⁰.

tado por un precio irrisorio y posteriormente éste pueda ejercitar una acción personal contra el deudor para reclamar el pago del resto de la deuda. En la práctica judicial, este supuesto sólo se produce cuando el valor del bien es muy superior al dinero debido, generándose igualmente injusticias patrimoniales, ya que por cantidades pequeñas se pueden adjudicar bienes inmuebles de un valor muy superior. Esto se debe a un problema de nuestro sistema judicial de subastas que se ha demostrado ineficiente para introducir en el mercado, a precios razonables, los bienes que son la garantía del crédito hipotecario. Y en esta cuestión sí incide por primera vez en nuestro Derecho, lo establecido en el art. 18. *Quarter*, núm. 5, de la Directiva Europea, aprobada por el Consejo de la Unión Europea el pasado 28 de enero de 2014, como veíamos en nuestra introducción. Esta cuestión sobre la asimilación o la distinción entre el tipo para subasta y el valor real de la finca se planteó ante el Tribunal Supremo y fue resuelto en el sentido apuntado en su Sentencia de 24 de marzo de 1993, en la que tras examinar un supuesto de limitaciones urbanísticas establecidas en un Plan de Ordenación que impidían un uso edificatorio libre sobre el solar adquirido en subasta, por tratarse de suelo dotacional público, señala que *el precio de salida es inmodificable (regla 9.ª del art. 131) y sirve de base para la aprobación del remate o posibles rebajas posteriores, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa que será el que tenga (subjettiva u objetivamente) el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor (acciones por edificación o planta, destrucciones, etc.). Le incumbe, pues, al licitador ver, investigar; en definitiva, informarse para concurrir a la subasta.* Así las cosas a partir del Ley 1/2013, de 14 de mayo, Según su disp transitoria cuarta se aplica también a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, y respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar, se modifica la LEC en su art 671. *Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien. (...) Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. (...) Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.*

⁶⁹ Este código, aprobado por el Congreso como anexo al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de *medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, es de aplicación voluntaria por parte de las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. El Código establece medidas para facilitar, en primer lugar, la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria (la quita y, como última solución, la dación en pago). Las medidas están dirigidas a deudores que se encuentre situado en el «umbral de exclusión», concepto éste que el propio Real Decreto-ley define, de forma un tanto prolija, en su artículo 3.º Para un análisis jurídico del Código, véase M.ª del P. DOMÍNGUEZ CABRERA, M.ª del P., «La dación en pago y la cesión en pago como mecanismo liberatorio de la deuda hipotecaria», en *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 331-335.

⁷⁰ La modificación del artículo 129 de la Ley Hipotecaria que, entre otros aspectos, viene a establecer, *La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuicia-*

Esta Ley más conocida como *Ley antidesahucios*, amplió los casos en que el deudor puede oponerse a la ejecución iniciada por el acreedor –normalmente la banca–, introduciendo la posibilidad de que éstos aleguen la existencia de cláusulas abusivas durante ese proceso. Ello es la prueba evidente de que no se logró evitar lo pretendido con la abolición del pacto comisorio, pues la pérdida de la vivienda durante un procedimiento de ejecución era prácticamente automática. El objetivo de la reforma es paralizar el proceso y permitir que se debatiera el fondo del contrato antes de que el deudor pierda su inmueble.

Sin embargo, aquella reforma tampoco ha logrado contentar al Tribunal europeo: en su sentencia de 17 de julio de 2014. El TJUE asegura que va contra el derecho comunitario que, tal y como prevé ahora la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), el deudor ejecutado no pueda recurrir la resolución por la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional ejecutante sí puede interponer recurso contra la resolución que acuerde la paralización de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.

*miento Civil. También dispone el mismo artículo En el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación. A día de hoy aún no se ha llevado a cabo, ni la regulación del portal de subasta electrónico, ni la modificación de los preceptos del reglamento hipotecario que han de regular de nuevo los aspectos que literalmente menciona el precepto legal citado. Así, respecto del portal único de subastas judiciales, existe un anteproyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil pero ni existe previsión de plazo de conversión en norma legal. En esta tesitura, la figura de la ejecución extrajudicial o venta extrajudicial no deja de ser una de las alternativas de que dispone el ciudadano para acceder a la ejecución de su garantía y, por tanto, a la efectividad de su crédito. Sobre ello, Vid. la Resolución de 25 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, BOE, núm. 80, miércoles 2 de abril de 2014, Sec. III. p. 28218. A tal efecto diremos que el art. 129 LH, modificado por la Ley 1/2013 de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios que, pretendidamente, adaptaba tal venta extrajudicial a las exigencias impuestas por la Sentencia del TJUE: En la actualidad ya ha sido objeto, además, del recurso de inconstitucionalidad promovido por los miembros del Grupo Parlamentario Socialista con fecha de entrada 16 de agosto de 2014. Sin embargo, para CARRASCO PERERA, Á., («Nulidad por abusivo del procedimiento de ejecución notarial de hipotecas. Una nueva barrabasa judicial», *Revista CESCO de Derecho de Consumo, Centro de Estudios de Consumo*, 22 de enero de 2014, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/7.pdf>.) que no se trata de continuar el debate sobre la «inconstitucionalidad» del procedimiento ejecutivo judicial, que parecía ya definitivamente resuelto a partir de la redacción postconstitucional del art. 129 LEC que se hizo en la DF 9.4.ª de la LEC y que, en cualquier caso, no es susceptible siquiera de plantearse hoy con la reforma del art. 129 LH realizada por la Ley 1/2013. Y su cita a la lista de cláusulas anuladas por la SJMER 7 Collado-Villalba, de 5 septiembre de 2013, GONZALEZ CARRASCO, C., «Una carrera hasta el fondo de la degradación jurídica en materia de cláusulas abusivas hipotecarias: Juzgado 7 Collado Villalba», <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/31/7.pdf>*

Tal situación provoca que la protección al consumidor sea, en estos casos incompleta e insuficiente, por lo que el proceso disminuye la efectividad de la protección al consumidor⁷¹. Por todo ello, el TJUE concluye que la norma pone en peligro el objetivo de la Directiva. En su respuesta, mediante el RD 11/2014 de 6 de septiembre, en una disposición transitoria en este decreto modifica la LEC⁷², de manera que el deudor hipotecario podrá interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución, si ésta se fundara en la existencia de una cláusula contractual abusiva⁷³.

⁷¹ El desarrollo del procedimiento de oposición a la ejecución hipotecaria ante el tribunal nacional resultaba contrario al principio de igual de armas o de igualdad procesal, toda vez que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, no podía recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestimara su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí podía interponer recurso de apelación contra la resolución que acordara el sobreseimiento de la ejecución o declarase la inaplicación de una cláusula abusiva. Entendió entonces dicho tribunal que el referido procedimiento de ejecución hipotecaria se oponía al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁷² Disposición transitoria cuarta. Régimen transitorio en los procedimientos de ejecución.

1. *Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la disposición final tercera del presente real decreto-ley serán de aplicación a los procedimientos de ejecución iniciados a su entrada en vigor que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

2. *En todo caso, en los procedimientos de ejecución en curso a la entrada en vigor de este real decreto-ley en los que se hubiere dictado el auto desestimatorio a que se refiere el párrafo primero del apartado 4 del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por este real decreto-ley, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y en el apartado 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho plazo se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de este real decreto-ley.*

3. *La publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en el apartado 2 de esta disposición, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto.*

⁷³ Debe tenerse en cuenta la Ley 9/2015 de 28 de mayo de reforma concursal cuya Disposición transitoria cuarta. Régimen transitorio en los procedimientos de ejecución.

1. *Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la disposición final tercera de la presente Ley serán de aplicación a los procedimientos de ejecución iniciados a su entrada en vigor que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

2. *En los procedimientos de ejecución en curso antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, en los que se hubiere dictado el auto desestimatorio a que se refiere el párrafo primero del apartado 4 del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por el citado Real Decreto-ley, que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble, las partes ejecutadas dispondrán de un nuevo plazo preclusivo de dos meses para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y en el apartado 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho plazo se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley.*

Esta problemática social ha tenido, de nuevo, una tímida respuesta, por parte de nuestro legislador, en esta ocasión en el reciente RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social—BOE, núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015), en referencia a las medidas a las que hace referencia al Código de Buenas Prácticas (CBP) —para deudores hipotecarios que será accesible a un conjunto más amplio de beneficiarios—. En concreto, se flexibilizan los criterios que dan acceso al CBP para lo cual se incrementa el límite anual de renta familiar hasta tres veces el IPREM (Indicador Público de Rentas Múltiples). Hasta ahora se calculaba por 12 pagas y ahora se hará por 14, con lo que pasa de 19.170,39 euros a 22.365,42 euros en 2015. Se amplían también los supuestos de especial vulnerabilidad, para incluir a los mayores de 60 años⁷⁴. De nuevo ha sido objeto de reforma por la Ley 9/2015 de 28 de mayo de 2015⁷⁵.

3. *La publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en el apartado 2 de la misma, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto.*

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El apartado 4 del artículo 695 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda redactado en los siguientes términos:

4. *Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.*

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.

⁷⁴ Igualmente se eleva el límite de precio de adquisición de los inmuebles que podrán beneficiarse del CBP. Este podrá superar en un 20% el precio medio arrojado por el índice elaborado por el Ministerio de Fomento con un límite de 300.000 euros (250.000 euros para la dación en pago), antes 250.000 euros. Finalmente se amplían las medidas a las que pueden acogerse los beneficiarios del CBP. Concretamente, se establece la inaplicación definitiva de las cláusulas suelo, cuando las hubiere, para aquellos deudores situados en el nuevo umbral del Código de Buenas Prácticas. Además, se amplía el colectivo protegido por el Código de Buenas Prácticas a quienes se les excluye de las cláusulas suelo de las hipotecas y se prorroga dos años más la suspensión de los desahucios que vencía el próximo mes de mayo. Por último, se extiende hasta 2017 el período de suspensión de lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, que se amplían en términos similares a los previstos para el Código de Buenas Prácticas. Para ello el Real decreto de 27 de febrero de 2015, modifica en los siguientes artículos del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de *medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*: modifica el artículo 3.1, da nueva redacción a los apartados 2 y 3 del artículo 5, e introduce un nuevo apartado IV en la letra b) del punto 1 del anexo. Se modifican también los apartados 1, 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*.

⁷⁵ Disposición final cuarta. Modificación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Se modifica la disposición adicional primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que queda redactada como sigue:

También es destacable, como decíamos, la nueva doctrina de nuestro Tribunal Supremo y su reciente Sentencia (STS de 13 de enero de 2015) que ha dado un nuevo giro en su jurisprudencia respecto a la dación en pago. Lo ha hecho abriendo esta vía para el caso de que la entidad financiera lograra obtener plusvalías tras la venta a terceros de una vivienda ya desahuciada. *En los casos en que la adjudicación al banco vaya seguida de una posterior enajenación por un precio muy superior, que suponga que aflore esa plusvalía muy significativa, contrastaría con la pervivencia del crédito y su reclamación por el acreedor de la plusvalía*⁷⁶.

Se matiza así la línea jurisprudencial que se venía manteniendo, según la cual la entidad financiera, tras quedar desierta la subasta de un piso de una persona que ha dejado de pagar el crédito hipotecario, se adjudicara la propiedad por la mitad del valor de tasación, sin que ello supusiera un enriquecimiento injusto para la entidad financiera⁷⁷.

Disposición adicional primera. Fondo social de viviendas.

1. *Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban.*

2. *El ámbito de cobertura del fondo social de viviendas se podrá ampliar a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo 1 de esta Ley.*

3. *Un cinco por ciento de las viviendas que integren el fondo se podrá destinar a personas que, siendo propietarias de su vivienda habitual y reuniendo las circunstancias previstas en los apartados anteriores, hayan sido desalojadas por impago de préstamos no hipotecarios.*

⁷⁶ Ahora el Alto Tribunal se ampara en las últimas reformas legales, especialmente en la actual redacción del artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios. En el caso concreto que ha servido al Supremo para dictaminar esta sentencia, el BBVA, en su calidad de banco recurrente y acreedor hipotecario, tras incumplir los prestatarios sus obligaciones de pago, inició procedimiento de ejecución hipotecaria con el resultado de adjudicarse la vivienda por el 50% del tipo señalado en la escritura. Como con esta adjudicación no quedaba satisfecha la totalidad del crédito, el banco formuló demanda contra los dos prestatarios y los dos fiadores reclamando la diferencia entre la deuda y el valor por el que se le adjudicó el inmueble, más intereses y costas de la ejecución. A esta pretensión se opusieron los demandados alegando que, con la adjudicación, la deuda debía reputarse satisfecha ya que el valor de tasación de la finca, tipo de la subasta, había sido fijado por el propio banco entendiéndose que cubría por entero la deuda derivada del préstamo hipotecario. De ahí que considerasen que la reclamación del banco constituía un abuso de derecho al pretender un enriquecimiento injusto. Aunque el Juzgado estimó la demanda y negó el enriquecimiento injusto, la Audiencia Provincial de Córdoba estimó el recurso de los demandados y consideró que la adjudicación de la finca en subasta desierta, por el 50%, equivalía, como medida sustitutiva, a una dación en pago. El Supremo no comparte este fallo. Si bien en el supuesto enjuiciado no aprecia el Supremo que exista una plusvalía muy significativa, sí reconoce que, para otros casos, habría que dar al hipotecado un mayor amparo al hipotecado.

⁷⁷ VIVES MARTÍNEZ, G., en «Ejecuciones hipotecarias y dación en pago. Revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago» *Diario La Ley*, núm. 7908, Sección Doctrina, 24 Jul. 2012, Año XXXIII. En cuanto a las sentencias que abordan el tema se puede reseñar brevemente que hay algu-

Debemos esperar a los efectos que ello tendrá sobre la negación que el Tribunal Supremo había dado a la viabilidad a la doctrina del enriquecimiento injusto cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos o hay una expresa disposición legal que lo

nas que se han decantado por entender que lo que recibe el banco es una vivienda que ha sido tasada por el propio banco en más valor que lo que puede suponer el 60% recogido por la LEC. Así, de seguir adelante la ejecución se estaría produciendo un enriquecimiento injusto y un abuso de derecho. Paradigmático fue el auto de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 17 de diciembre que reconoce que obra sin que exista abuso de derecho por el ejecutante, pero que por razones «morales» no parece conveniente seguir adelante con la ejecución cuando la entidad bancaria ejecutante forma parte del sistema financiero al que la Audiencia le imputa todos los males de lo que ocurre. Ahora bien, siguiendo a CORDERO LOBATO, E. «Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución», *Diario La Ley*, núm. 7953, *Sección Tribuna*, 29 octubre de 2012, han sido varias las ocasiones en que el Tribunal Supremo ha tenido que decidir si es admisible que el acreedor ejecutante que se adjudicó la finca por un valor muy inferior al de tasación, ejercite la acción personal para pretender el cobro del resto de deuda no cubierto por el valor de la adjudicación. Todos los pronunciamientos son concluyentes al afirmar tal posibilidad, incluso en algunos casos en los que resultaba probado que, tras la adjudicación, el acreedor había enajenado la finca por un valor muy superior al importe de la deuda reclamada. En la STS de 8 de mayo de 1996, el TS tuvo que decidir si obraba con abuso de derecho el acreedor ejecutante que ejercitaba la acción personal para cobrar la parte de la deuda que no había sido cubierta por el valor de adjudicación cuando éste se había producido en tercera subasta sin sujeción a tipo (como permitía la legislación entonces vigente), por una cantidad muy inferior al valor de tasación determinado en la escritura de hipoteca. El TS no consideró que existiese abuso de derecho, pues la adjudicación en tercera subasta sin sujeción a tipo se había producido con estricta observancia del procedimiento legal y sin que el ejecutado hubiese procedido a mejorar la postura del ejecutante. En la STS de 23 julio de 2003, sobre un caso también anterior a la LEC/2000, la finca hipotecada había sido tasada en más de 15 millones de pesetas, la ejecución hipotecaria se había instado para el cobro de más de 11 millones de pesetas y la ejecución culminó con una adjudicación al acreedor en tercera subasta por 500.000 ptas. Constaba como hecho probado que dos años después de la adjudicación el banco había vendido la finca a terceros por 12 millones. El banco ejerció la acción personal frente al deudor para el cobro de más de 11 millones de ptas., pretensión que fue desestimada en segunda instancia porque la Audiencia consideró que la adjudicación por un valor tan bajo con respecto al de tasación constituía un enriquecimiento carente de causa que lo justificase. El Tribunal Supremo, tras reparar en que el remate por un precio tan irrisorio podría haber sido evitado por el ejecutado (mejorando la postura o buscando un tercero que lo hiciese, conforme a la normativa entonces vigente), consideró justificado y, por tanto, legítimo, el enriquecimiento que había experimentado el patrimonio del banco ejecutante que simplemente había actuado amparándose en el marco legal vigente en el momento de auto, con total pasividad del ejecutado. Igualmente, en la STS de 16 febrero 2006, estima que las adjudicaciones que tienen lugar en procedimientos sumarios de ejecución no entrañan un enriquecimiento injusto por el hecho de que se hayan producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, siempre que el proceso haya seguido los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate. Es más, el Tribunal no solo considera que no hay enriquecimiento injustificado sino que, por la misma razón, el hecho de que sea un desplazamiento patrimonial que se produce cumpliendo el procedimiento legalmente previsto, evita que exista abuso de derecho. Más recientemente, en la STS 25 de septiembre de 2008 ha vuelto a repetirse esta misma jurisprudencia. Pronunciamientos similares se han reiterado en las SSTS 24 de mayo de 2007. Resumidamente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el único espacio para la prohibición de enriquecimiento injusto en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias ha sido en aquellos supuestos de construcciones realizadas después o de pertenencias a las que la hipoteca se extendió con posterioridad a la constitución de hipoteca y que, por tanto, no fueron tomadas en consideración a la hora de efectuar la tasación del inmueble. En esta situación, no por ello el valor de tasación dejaría de servir de tipo para la subasta (cfr. STS 24 de marzo de 1993), pero habría que reconocer una acción de enriquecimiento injusto contra el adjudicatario por el valor de las construcciones o pertenencias no tasadas.

autoriza o, sobre la consideración del carácter abusivo o no de determinadas cláusulas contractuales, y sus efectos ⁷⁸, pues según nos sigue indicando la citada Sentencia:

El enriquecimiento injusto sólo podría advertirse cuando, tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante, pues este hecho mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor; y al no serlo, el acreedor obtiene un enriquecimiento injusto con la plusvalía, o por lo menos con una parte de la misma. En este hipotético caso, que no es el que nos corresponde juzgar, la aplicación del enriquecimiento injusto se fundaría en su configuración como principio general de Derecho y en su proyección técnica respecto del necesario control causal de las atribuciones y desplazamientos patrimoniales en el curso de las relaciones jurídicas. Estas matizaciones están en la línea de la reciente jurisprudencia [contenida, entre otras, en la Sentencia 8 de septiembre de 2014 (núm. 464/2014)], que pretende reforzar la justicia contractual que deriva de los principios de buena fe y de conmutabilidad del comercio jurídico, para superar una concepción meramente formalista y rigorista de los esquemas de aplicación del derecho de crédito y la responsabilidad patrimonial derivada.

Partiendo de estas recientes, sentencias, reformas varias, y de la reforma operada –y la articulación de un procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial regulado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*–, cabe preguntarnos sobre el sentido que tiene hoy en día la prohibición del pacto comisorio, con su matización conocida como pacto marciano, como pasamos a ver.

Como se comprueba la prohibición de pacto comisorio ha dejado de tener sentido como medio para evitar que el cobro de la deuda por el acreedor suponga un enriquecimiento injusto con el consiguiente empobrecimiento del deudor ⁷⁹, si se tiene en cuenta que esto mismo es lo que se produce con la

⁷⁸ CARRASCO PERERA, Á. («Nulidad por abusivo del procedimiento de ejecución notarial de hipotecas. Una nueva barrabada judicial», *Centro de Estudios de Consumo*, 22 de enero de 2014) quien inicia su crítica en los siguientes términos: *Una vez más, el irresponsable manejo del corpus comunitario relativo a las cláusulas abusivas en contratos con consumidores por parte de los juzgadores nacionales (no sólo de instancia; piénsese en la deplorable STS 9 mayo 2013 sobre la cláusula suelo) conduce a que los consumidores del futuro –sus hijos o sus nietos, lector, los míos– no podrán acceder a una vivienda en propiedad financiada con hipoteca si no es con altísimos costes contractuales, además de tener que haber acreditado previamente una considerable solvencia patrimonial de partida, que decididamente marcará en el futuro una profunda división por clases sociales, los que pueden y los que no pueden tener viviendas. Cada sentencia que se dicta como ésta del JMER 1 de Palma de Mallorca de 3 de enero de 2014 eleva el umbral de riqueza que mañana será precisa para comprar una vivienda, por modesta que sea.*

⁷⁹ Resulta ilustrativa de la situación las distintas intervenciones, a las que nos remitimos, que se produjeron en la Comisión de Economía y Competitividad, durante la tramitación del proyecto de *ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*. (Procedente del Real Decreto-

ejecución hipotecaria pues *Causa sonrojo tener que explicar que, hoy por hoy, la regla general sobre la que se cimenta nuestro sistema hipotecario es precisamente la responsabilidad universal del deudor con todos sus bienes (art. 105 LH, que se remite al art. 1911 Cc); regla que el artículo 140 LH no deroga, sino que simplemente permite excluir por pacto*⁸⁰.

3.3 La autonomía de la voluntad en la «realización del valor» de determinados bienes sujetos a garantía

3.3.1 Interpretación evolutiva del pacto comisorio y sus variantes

La doctrina civilista española relativizó, hace ya algunas décadas, la cuestión sobre la eficacia que había de darse al pacto por el que las partes convienen sobre el efecto de la prohibición del pacto comisorio⁸¹. Hoy en día, cobra más sentido si cabe, pues debe concluirse, a la vista de lo expuesto en este trabajo, que el *ius distrahendi* o poder de realización de valor –más si cabe si se tiene en cuenta el anecdótico uso de las hipotecas limitadas del 140 de la LH–, ha devenido ineficiente, y en cierta forma contrario a los fines para los que fue instituido por nuestro sistema jurídico.

Por lo señalado, pretendemos realizar una correcta interpretación evolutiva de la fórmula que se conoce como pacto comisorio y sus variantes, –que se encuentra expresamente prohibido para la anticresis (art. 1884. II C.c), pero no así para la hipoteca y la prenda–. Pues bien, a la hora de interpretar el art. 1859 C.c la doctrina se ha pronunciado de forma prácticamente unánime en el sentido de considerar nulo el pacto contrario a la regla en él contenida. Aten-

ley 27/2012, de 15 de noviembre). Número de expediente 121/000031, Presidencia del Excmo. Sr. D. SANTIAGO LANZUELA MARINA, Sesión núm. 24, celebrada el miércoles 6 de febrero de 2013, *Diario de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados*, año 2013 X LEGISLATURA, núm. 252, disponible: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-252. PDF

⁸⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., «Una carrera hasta el fondo de la degradación jurídica en Materia de cláusulas abusivas hipotecarias: juzgado 7 Collado-Villalba» (Revista Cesco: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/10/Una-carrera-hasta-el-fondo-de-la-degradaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-enmateria-de-cl%C3%A1usulas-abusivas-hipotecarias-Juzgado-7-Collado-Mediano.pdf> [consulta: 6/8/2014])

⁸¹ REGLERO CAMPOS, F., «El pacto comisorio» *Aranzadi Civil*.núm. 4/2007 (Estudio), Albaladejo, *Derecho civil*. V. III, 2002, CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Madrid, 2004. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. «Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor». *RCDI* núm. 494, 1973, p. 47. Díez-PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2001., Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, V. II, Madrid, 1993, GUILARTE ZAPATERO, V., AA. VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. XXIII., Dir. por ALBALADEJO, M./Díez ALABART, S., Madrid, 1990. GUILARTE ZAPATERO, V., AA. VV. *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, II. Madrid, 1991.

diendo a estas consideraciones, la doctrina ha advertido con sobrada razón que admitir la validez del pacto para la prenda e hipoteca estando expresamente prohibida para la anticresis (cfr. art. 1884 C.c) constituiría una contradicción evidente al resolverse de distinta forma un mismo problema para instituciones de idéntica naturaleza⁸².

Pese a lo señalado, es conveniente revisar el posible argumento en contra de que la prohibición del pacto se halla insito, con carácter general, en el art. 1859 C.c, pues no parece tener fuerza suficiente por la sencilla razón de que, en puridad, tal prohibición no existe⁸³, con ese carácter, de modo expreso⁸⁴, sino que es inducida de él por la doctrina y la jurisprudencia atendiendo a las circunstancias ya expresadas.

De modo que no interviniendo tales circunstancias, no parece que existan motivos de peso para negar la validez de un pacto del que habría de considerarse, en principio, que si lo admite el deudor no es por otra razón que porque le favorece más que la venta forzosa del bien dado en garantía.

Cuestión muy improbable dado que el procedimiento judicial sumario hipotecario, desde sus más remotos precedentes, implica que pese a que sólo se vea afectado por el incumplimiento del deudor una parte del crédito, conlleve la enajenación forzosa del bien hipotecado. Y es evidente que falta de equivalencia entre el valor real de la finca y el tipo para subasta tienen directa relación con el tema ahora planteado y la posible influencia o no de las alteraciones del valor de la finca hipotecada por razones objetivas en la fijación del tipo para subasta. En definitiva cabría plantearse hasta qué punto resultaría necesario o conveniente modificar el tipo para subasta fijado en la escritura de constitución de la hipoteca inicialmente cuando de forma sobrevenida se ha producido algún evento que altera de manera objetiva el valor real de la finca en mayor o menor medida.

Y cabe cuestionar también la posibilidad de adjudicarse el inmueble por el 50% se prevé en el art. 671 LEC bajo el presupuesto de que, en la práctica, nadie opta por el inmueble y la suposición de que no cabe obtener mayor precio por el bien. En este contexto, la adjudicación es correcta y, en la medida en que con el valor de la adjudicación no se satisface la totalidad de la deuda, esta persiste por la cuantía pendiente de pago y el acreedor tiene derecho a recla-

⁸² REGLERO CAMPOS, F., «El pacto comisorio» *Aranzadi Civil*. cit.

⁸³ Las SSTS de 27 junio 1980 y 16 mayo 2000 (la prohibición del pacto comisorio *hace referencia únicamente al pacto contemporáneo [previo o simultáneo] a la generación del crédito, no a las adjudicaciones o transmisiones posteriores en pago*).

⁸⁴ ALBALADEJO, M., *Derecho civil*. III. 9.^a ed. (2002), pg. 705; Díez-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema cit.*, III, 7.^a ed. (2002), p. 429; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios Código Civil*, al art. 1859, Madrid, 1990, p. 461; AA. VV. *Comentarios Código Civil* Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, al mismo artículo, p. 1865.

marla. De facto, su crédito no ha sido enteramente satisfecho y el acreedor sigue teniendo derecho a reclamar la cantidad pendiente de pago. De ahí que, por regla general, no puede existir en esta adjudicación enriquecimiento injusto, pues con la adjudicación tan sólo se ha satisfecho el crédito en la medida del valor de la adjudicación, en este caso el 50% del valor de tasación, que no es mayor porque no ha existido mejor postura.

Como se comprueba en la mayoría de los casos *este mecanismo procesal, no por solvente y admitido en la práctica, deja al descubierto su flanco débil en el principio de proporcionalidad*, como acabamos de constatar en el anterior apartado ⁸⁵.

Sorprende pues que el pacto comisorio no sea revisado con carácter general y no se aborde la cuestión de forma expresa, sobre todo teniendo en cuenta los antecedentes históricos y legislativos ⁸⁶, y la realidad en la que nos hemos instalado que, como vimos, sufre un apalancamiento financiero generalizado.

Destacable es en este sentido la evolución sufrida en el ámbito de las garantías sobre bienes muebles. Así el Convenio de Ciudad del Cabo, no solo introduce novedades de especial calado como el establecimiento de reglas concursales específicas, la creación de una garantía internacional que goza de prioridad sobre las nacionales, o la constitución de un registro internacional de garantías con eficacia transnacional, sino que a buen seguro obligará a realizar cambios sustanciales en nuestra regulación interna sobre garantías mobiliarias ⁸⁷. A nuestros efectos debemos señalar que en su virtud se admite en el ámbito de las garantías internacionales el pacto comisorio.

⁸⁵ Como nos indica MARTÍN DÍZ, F., «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria» *Diario La Ley*, núm. 7126, Sección Doctrina, 3, marzo 2009, Año XXX, habitualmente la escasa cantidad de la deuda vencida y no atendida en el concreto momento de instar la ejecución forzosa no implica un importante menoscabo en la vida del crédito y en su amplitud –temporal y cuantitativa–, cuestión que por el contrario sí supone un «severo correctivo» en el patrimonio y haber del ejecutado por cuanto por esa mínima cantidad adeudada va a traer como consecuencia la pérdida de un activo patrimonial generalmente de importancia –ya sea económica, en todo caso, ya sea personal, en los supuestos de ejecución de la hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda del ejecutado–. Es ilustrativa en este sentido la reflexión que aporta la STS de 4 de junio de 2008 al analizar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios indicando que *no obsta a que en determinadas circunstancias, pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal tipo de cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario*.

⁸⁶ GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios cit.*, 1990, al art. 1859 CC, p. 457 y ss. y *Comentarios cit.* 1991; al mismo artículo, p. 1864

⁸⁷ Se elaboró en el seno de UNIDROIT un elenco de normas integrado por el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, y sus protocolos adicionales sobre aeronaves, bienes espaciales y material rodante ferroviario. España se ha adherido recientemente al mencionado Convenio (BOE de 4 de octubre de 2013), y lo cierto es que, por su trascendencia, no nos encontramos ante «una simple adhesión más».

De hecho, debemos señalar que en el ámbito de garantías sobre bienes muebles nuestro legislador realiza una importante excepción a la prohibición de pacto comisorio pues este debería ser igualmente extensible a las compensaciones realizadas en el ámbito de garantías sobre bienes muebles, en este caso, valores negociables, comprendidas dentro del ámbito del RDL 5/2005, de 11 de marzo, *de medidas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública*, como veremos al tratar el pacto marciano.

Obsérvese, que a los efectos de la cuestión que ahora tratamos es interesante subrayar que no solo el artículo 58 LC queda excepcionado para determinadas operaciones financieras (aplicable a los acuerdos de compensación contractual (*netting*) y a las garantías de carácter financiero⁸⁸, y que, por otra parte, constituye una novedad muy sustancial en el ámbito de garantías sobre bienes muebles, en este caso, valores negociables, comprendidas dentro del ámbito del RDL 5/2005, de 11 de marzo, de medidas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública. La novedad que introduce el RDL es que establece un régimen especial para las garantías financieras constituidas a su amparo en caso de concurso, de forma que desactiva los efectos de las disposiciones de insolvencia sobre estas garantías, y entre otras, las disposiciones del art. 71LC, como veremos.

En cuanto a la jurisprudencia cabe decir que si bien es cierto que, con carácter general, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo la prohibición del pacto comisorio, no lo es menos que no se trata de una doctrina que pueda considerarse totalmente homogénea, especialmente cuando, como es lo común, el pacto comisorio se simula bajo el ropaje de otros negocios jurídicos, como decíamos. Si con carácter general puede definirse el pacto comisorio como aquel por el que las partes de un contrato convienen en que el acreedor (o un tercero designado por él) podrá adquirir el dominio de una o más cosas

⁸⁸ La LC en su artículo 58 determina que con posterioridad a la declaración del concurso, no procede la compensación de créditos y deudas del concursado con sus acreedores, salvo la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, para salvaguardar la *par conditio creditorum*. La compensación consiste en extinguir, en la parte concurrente, una serie de créditos y deudas entre dos personas que son acreedoras y deudoras entre sí en diversas relaciones obligatorias (arts. 1156 y 1202 C.c). Es un medio abreviado de pago que puede producir la extinción (total o parcial, según los casos) de varias deudas a la vez. En este sentido, la vigente Ley Concursal al igual que su predecesora consideran la compensación como una forma de pago cuando los requisitos existieran con anterioridad a la declaración del concurso. Incluso recoge sin excepción alguna, desapareciendo, en consecuencia, la prevista en el anterior 926 del C.com. (arts. 909 núm. 6 y 7 y 926 son derogados por medio de la Disposición Derogatoria Única, apartado 3, núm. 3.º de la L. C). Por su parte se estará en el concurso transfronterizo a lo que se establezca la ley que rija el crédito recíproco del concursado (art. 205 de la LC). Vid. PASTOR SEMPERE, C., Comentario al artículo 58 de la Ley Concursal, Comentario al artículo 164», en AA. VV. *la Ley Concursal, Jurisprudencia y formularios*, dir. Gallego Sánchez, E., Madrid, 2005.

determinadas del deudor para el caso de que éste no lleve a cabo la prestación debida en el tiempo pactado, debemos concluir que el pacto comisorio no se circunscribe a la adquisición de lo sujeto o dado en garantía mediante un negocio típico de esta naturaleza (prenda, hipoteca), sino también cuando el negocio es de carácter atípico (venta en garantía, *fiducia cum creditore...*)⁸⁹, bajo el que no pocas veces queda aquél oculto.

En los casos de garantías reales la razón principal por la que se ha sancionado de antiguo la interdicción del pacto comisorio reside precisamente en la necesidad de impedir que el deudor sufra un perjuicio patrimonial desproporcionado como consecuencia de encontrarse en una situación económica más o menos angustiosa, de la que pueda valerse el acreedor cuyo crédito está protegido con una garantía real, lo que sucederá cuando exista una notable desproporción entre el valor de la prestación del acreedor y el de la cosa sujeta a la garantía del crédito, tal y como se señala en Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 465/2008 de 30 mayo⁹⁰. Pero la postura tradicional del Tribunal Supremo sobre la institución que examinamos queda perfectamente reflejada en la STS de 22 diciembre 1988 (RJ 1988, 9748), en cuyo FD 8.º se sanciona con la nulidad este pacto en el caso por ella conocido⁹¹.

⁸⁹ Llegando incluso como se señala en la Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Sentencia núm. 1009/2005 de 28 octubre JUR\2007\57523 para proteger al deudor y a sus demás acreedores ante la posibilidad de abusos del acreedor garantizado, no sólo prohíbe que este se quede con la cosa gravada con prenda o hipoteca (a no ser que se agoten ciertos trámites en la realización de su valor previstos en las Leyes: arts. 1.872 del Código civil y art. 131-1.º de la Ley Hipotecaria), sino que formula una regla aplicable analógicamente a otras modalidades de garantía, incluso aunque no haya literalmente una «apropiación» de la cosa condicionada suspensivamente al impago de la deuda, sino fórmulas jurídicas más complejas, propias de negocios indirectos o fiduciarios.

⁹⁰ *La venta en garantía, tal y como señala la sentencia de 26 de julio de 2004 (RJ 2004, 6633): lo que realizaron las partes fue el típico negocio de transmisión de propiedad en garantía, a través de un medio indirecto cual es la instrumentación de una compraventa simulada, que la jurisprudencia de esta Sala ha conocido ya en bastantes ocasiones (sentencias de 2 de junio de 1982 [RJ 1982, 3402], 12 [RJ 1988, 942] y 25 de febrero [RJ 1988, 1305] y 8 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1607], 7 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1674], 13 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2422] y 15 de junio de 1999 [RJ 1999, 4474], entre otras). En definitiva, en el caso de autos, se trata de venta en garantía de un préstamo, pues la causa *fiduciae* no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa que convierte al fiduciario en sólo propietario formal dada su posición principal de acreedor (aparente comprador), en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender bajo esta figura es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad ni siquiera a través de un pacto comisorio, al no ser esa la finalidad del negocio concertado.*

⁹¹ Se declara así en el citado Fundamento de Derecho que: *Este repudio, obedece a la consideración de que en aquellos casos como el aquí contemplado (en los que) la causa eficiente de la garantía consistente en la transmisión de la propiedad fue el préstamo, la aceptación de estos pactos no es aconsejable: a) Porque si bien es innegable que la doctrina de esta Sala los tiene admitidos para ciertos supuestos, ello no tiene un carácter general en cuanto que en otros los rechaza; b) Porque en*

Ahora bien, ha sido la Dirección General de los Registros y del Notariado la que con mayor severidad ha declarado, sin apenas excepciones, la nulidad del pacto comisorio en este tipo de negocios. Pueden verse en este sentido las Resoluciones de esta Dirección General de, Resolución de 26 noviembre 2008 RJ,009,46110 de junio de 1986 (RJ 1986, 3840), 29 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 7646), 5 de mayo (RJ 1992, 4837) y 22 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6919) y 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7214)⁹², entre otras. Por el contrario, consideró que no había pacto comisorio la RDGRN de 8 abril 1991 (RJ 1991, 3138).

Siguiendo a Guilarte⁹³ con todo, la prohibición de pacto comisorio, aun con ese carácter general, debe ser interpretada en sus justos términos. Si lo que se persigue con ella es impedir que el acreedor pueda prevalerse de una difícil situación económica del deudor, lo es a costa de imponerse una clara cortapisa al principio de la autonomía de la voluntad, por lo que tal prohibición no parece que deba alcanzar a otros posibles acuerdos de las partes, en los que queden salvaguardados los intereses de aquél. Se ha señalado así que, *en general, para resolver sobre la validez de un pacto convenido por acreedor y deudor, al constituir la garantía, y cuya eficacia se ofrezca como dudosa, habrá de tomarse en consideración si, como consecuencia del mismo, se otorga o no al acreedor la*

el Código Civil existen una concreta prohibición de los mismos para los contratos de garantía a que el art. 1859 se refiere (hipoteca y prenda); c) Porque aun cuando algún sector de la doctrina científica no lo admita, lo cierto es que la más generalizada posición acepta que la prohibición contenida en dicho precepto pueda extenderse a otros supuestos, lo cual no rechaza la jurisprudencia de esta Sala, extensión que puede operarse perfectamente para casos como el presente (de mutuo), por virtud de la aplicación analógica del art. 4.1. CC, máxime cuando de tal analógica aplicación no resulta para el prestatario el evidente perjuicio que podría derivar de la atribución en propiedad al prestamista de los 43 locales y apartamentos que se han dejado indicados, ni tampoco lo supone para el prestamista, quien ostenta como garantías, además del ius distrahendi», un derecho de preferencia para el cobro de su capital, sin olvidar el derecho a ejercitar judicialmente las oportunas acciones para exigir el cumplimiento del débito, así como el de interesar la venta en pública subasta de los bienes que sirven de garantía al préstamo.

⁹² Así las RDG. R. N. de 5 de mayo (RJ 1992, 4837) y 22 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6919) confirmaron la calificación registral que rechazaba la inscripción de un derecho de opción transmisible y ejercitable unilateralmente por el optante para el caso de impago por parte del concedente de unas obligaciones hipotecarias por éste emitidas, pactándose como precio una cantidad coincidente con el importe de éstas, y como deducciones de dicho precio las cantidades correspondientes a las obligaciones impagadas, por entender que los términos del contrato evidencian que su finalidad exclusiva «es la de posibilitar al acreedor insatisfecho la apropiación del bien en cuestión en pago de su crédito, por más que el recurso a la figura de las obligaciones al portador posibilite que se silencie el titular del crédito a garantizar». Igualmente la RDG. R. N. de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7214) consideró que el derecho de opción concedido en función de garantía (de una deuda que en el propio documento se reconoce a favor del optante) vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio, la cual se halla vigente en nuestro Derecho, tal y como resulta de los referidos artículos del Código civil.

⁹³ GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios*, cit. al art. 1859 1990, p. 460; *Comentarios* cit. al mismo artículo 1991, p. 1865.

*posibilidad de adueñarse de la cosa automáticamente, vencida la obligación, y sin que entren en juego los remedios pertinentes encaminados a la obtención de una justa valoración de aquélla. De lograrse ésta, aunque el acuerdo facilite la apropiación por el acreedor de la cosa gravada, no debe estimarse su nulidad*⁹⁴.

Por último no debe olvidarse que la cuestión de la validez del pacto comisorio se ha planteado también por la doctrina desde la perspectiva de los demás acreedores del deudor, señalándose que podría pensarse que el pacto comisorio no sólo protege a éste, sino también a aquéllos, de ahí que en los procedimientos de ejecución sea trámite obligado la publicidad de la subasta, al objeto de que los demás acreedores puedan adoptar las medidas adecuadas en defensa de sus intereses (retención del precio obtenido, alegación de preferencia para el cobro...).

Desde tal perspectiva, habrían de considerarse también nulos los acuerdos entre deudor y acreedor pignoraticio o hipotecario que implicasen un pacto comisorio no perjudicial para los intereses del deudor. Sin embargo, se ha salido al paso de una posible sanción de nulidad de estos acuerdos en cuanto puedan perjudicar a otros acreedores, señalándose que es discutible que sea ésta la finalidad de los procedimientos legales, y no la de conseguir una fijación del precio por la mayor concurrencia posible de postores (poniendo, además, el ejemplo de la ejecución de la prenda sobre valores cotizables, en los que no existe publicidad, sino venta en el mercado de valores, en el que aquella concurrencia está garantizada).

Debe tenerse en cuenta, además, que, al menos en la prenda regulada por el Código civil, la notificación del procedimiento de ejecución a las demás personas interesadas no se exige para la ejecución extrajudicial (art. 1872 C.c.).

⁹⁴ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Sentencia núm. 1009/2005 de 28 octubre JUR\2007\57523. *Y es que, no se dude, la razón de esa doctrina radica en que, en rigor, si se admite que por el incumplimiento de sus obligaciones por parte del vendedor-fiduciante, se produce ese efecto traslativo de propiedad a favor del comprador, se está, crasamente, infringiendo la clásica prohibición del pacto comisorio, el que, sin una expresiva regulación en nuestro Código Civil –salvo la línea sancionadora de los arts. 1859 y 1884 C.c., responde a elementales razones de justicia impeditiva que se permitan supuestos negociales en los que por penurias o carencias económicas, los deudores, en su caso, y en evitación de reclamaciones de sus acreedores, para el pago de sus créditos, se vean forzados a enajenar en contratos de compraventa sus bienes en garantía de pago de esos débitos, con el consiguiente devaluó del precio convenido.*

Ahora bien, esa argumentación que, en cierto modo, equidista de la recurrida, no habilita su confirmación íntegramente, porque, tampoco es aceptable que se descalifique la compraventa porque encierra un «precio vil» y, que ello, apunta a la realidad de un negocio simulado, ya que, el evento comporta la verdad de un negocio disimulado, como lo es que esa compraventa, oculta una transmisión de bienes hacia su propiedad en garantía del pago de una deuda, y en consecuencia, ha de reconocerse al recurrente insatisfecho en su crédito del préstamo una posición de superior privilegio al de reclamar sin más el mismo, con su deber de devolver las fincas adquiridas, por lo que, ha de compartirse la tesis de que en ese supuesto, al citado le asiste una especie de «ius retentionis» sobre los bienes «comprados», los cuales, seguirán en su posesión hasta que se efectúe el completo pago de sus créditos con los intereses devengados.

De otro lado, ello tendría pleno sentido tan sólo si el pacto implicara una renuncia de derechos (art. 6.2 C.c), que es lo que, en buena medida, se esconde detrás del pacto comisorio proscrito, pero no del pacto en el que el precio se fijaría atendiendo a parámetros objetivos, de modo que el remanente (si lo hubiere) habrá de entregarse al deudor⁹⁵. Además, a los restantes acreedores ya se les protege con las acciones rescisorias de los negocios fraudulentos (art. 1291.3.º C.c). Asimismo, nuestro ordenamiento jurídico incorpora remedios jurídicos que protegen a los restantes acreedores (a través de las acciones rescisorias, la acción pauliana, la acción subrogatoria y la responsabilidad patrimonial universal del deudor reconocida en el artículo 1911 del C. c).

Con todo, no son pocos los que consideran que la prohibición del pacto comisorio en nuestro ordenamiento jurídico no atiende a una única norma jurídica, sino a un principio general del derecho (el principio de la no autotutela privada) que se deriva de distintas disposiciones, y que rige también para las garantías atípicas⁹⁶, como veremos.

Por último, y como se ha señalado, la sanción de nulidad de este tipo de pactos conduciría a una situación en la que el deudor nunca podría alcanzar acuerdos de este tipo con un acreedor particular, lo que sería inadmisibles, teniendo en cuenta, además, el sistema de protección de los demás acreedores que acaba de referirse⁹⁷.

3.3.2 *Validez del pacto ex intervalo, en los acuerdos entre deudor y acreedor posteriores al negocio constitutivo de la garantía*

Evidenciado el escaso sentido que tiene hoy en día determinar la nulidad, en todo caso, de un pacto por vulnerar la prohibición de pacto comisorio, habría de considerarse, en principio, que si lo admite el deudor no es por otra razón que porque le favorece más que la venta forzosa del bien dado en garantía.

⁹⁵ Vid. las propuestas en este sentido de REGLERO CAMPOS, F., «El pacto comisorio» *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2007 (Estudio) y bibliografía allí indicada.

⁹⁶ GALINDO ARAGONCILLO, A./NAVARRO CODERQUE, F., «El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía» *Diario La Ley*, núm. 8314, Sección Doctrina, 20 de Mayo de 2014 con cita a las sentencias que se pronuncian en este sentido del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001 (RJ 2001/2037) y de 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10424) y la resolución de la DGRN de fecha 10 de junio de 1986 (RJ 1986/3840).

⁹⁷ Vid. También la Jurisprudencia ha admitido la validez de este tipo de pactos. Véanse en este sentido las SSTs de 27 marzo 1926 (CLJC, 69) y 1 marzo 1930 (RJ 1930, 722), entre otras. REGLERO CAMPOS, F., «El pacto comisorio» cit.

En términos simplistas, en el caso de que los bienes que se entregan en sustitución de la obligación de cantidad sean los sujetos en garantía, ésta se extinguirá por la propia mecánica del régimen obligacional y de los derechos reales. Una válida constitución de prenda e hipoteca requiere que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca a quien la empeña o hipoteca, así como que se tenga su libre disposición (art. 1.857 del C.c). Si la dación en pago lo es con las cosas objeto de garantía real, el acreedor las ingresará en su patrimonio como dueño y se producirá la confusión de sus derechos, absorbiendo su titular dominical el derecho real de realización del valor del bien garante. La garantía real decaería puesto que el acreedor podrá obtener el valor del bien como dueño del mismo.

En efecto, como quedó dicho su *flanco débil*, *el principio de proporcionalidad*, hace emerger a la dación en su verdadero sentido, *no como alternativa procesal a la subasta en sentido propio –es decir, previstas como itinerario procesal en la LEC–, sino, en la práctica jurídica material*, que evita no sólo la subasta en sentido propio, sino el proceso mismo. En especial en aquellos casos en que el acreedor, que puede ejecutar e instar el apremio, resulta ser una entidad de crédito. Como se ha señalado podemos definirla desde de una vertiente procesal como una, *transacción específica celebrada dentro de un marco de salidas voluntarias para evitar el litigio, como forma especial de cumplimiento, que Lasarte Álvarez enmarca en la denominación de negociar un crédito*⁹⁸.

A mayor abundamiento, la prohibición de pacto comisorio, no puede ser invocada en contra de la figura aquí examinada ya que *las daciones en pago no se han considerado negocios fiduciarios*. La dación en pago es un subrogado del cumplimiento absolutamente válido; cuando el bien dado en prenda se adjudica en pago en las condiciones vistas en los primeros capítulos de este trabajo –dónde, a diferencia de la obligación facultativa, señalábamos, la autorización para poder cumplir la prestación facultativa (*aliud*) existe desde el momento mismo en que quedó constituida la obligación.

Por el contrario, la dación en pago es siempre fruto de un acuerdo entre acreedor y deudor que, *necesariamente, ha debido producirse con posterioridad a ese momento*, esto es, fundamentalmente, como elemento insito en el pago, situándonos en el ámbito del admitido⁹⁹, pacto ex intervalo, es decir, cuando el acuerdo entre deudor y acreedor pignoraticio sea posterior

⁹⁸ GARCÍA MEDINA, J., «Alternativas a la subasta» *Diario La Ley*, núm. 7324, Sección Doctrina, 20, enero de 2010.

⁹⁹ CORDERO LOBATO, E., «Comentario al artículo 1.859», en *Comentarios al Código Civil*, Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Madrid 2006, p. 2138.

al negocio constitutivo de la garantía real. En este sentido las SSTs de 2 junio 1982 (RJ 1982, 3402) y 5 marzo 1991 (RJ 1991, 1717). Por el contrario, la STS de 12 noviembre 1991 (RJ 1991, 8109) sí declaró el carácter fiduciario de una dación en pago. Últimamente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de marzo de 2013, 141/2013 (Sala 1) ¹⁰⁰.

En este sentido la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 13 marzo 2000RJ\2000\1103):

Que en nuestro caso no se busca la garantía sino la liquidación de la deuda a través de una dación en pago actual de una deuda perfectamente causada que tiene un origen anterior a la escritura, exigible, y que no está garantizada; lo que se pretende es instrumentar una forma de pago. De la escritura resulta que los acreedores buscan la liquidación en el plazo más breve posible, preferentemente en metálico (lo que viene a demostrar la

¹⁰⁰ Tercero.—La simulación, si es absoluta, se da cuando se prueba que el negocio jurídico carece de causa y, siendo ésta un elemento esencial, se declara inexistente. Si es relativa, disimulando otro negocio jurídico, el simulado será nulo y el disimulado será válido, siempre que reúna los elementos precisos para su validez, lo que contempla el artículo 1276 del Código civil. En el caso presente, el Tribunal a quo ha calificado la dación en pago como simulada, que encubre un préstamo; lo que esta Sala acepta y confirma, no sólo porque la calificación del negocio jurídico es función propia de la instancia (así, sentencias de 2 marzo 2007, 20 febrero 2008, 20 enero 2009, 28 mayo 2009), sino también porque se advierte que no se trata de una deuda que se paga con una dación en pago, auténtico subrogado del cumplimiento, datio in solutum (sentencias de 7 octubre 1992, 28 junio 1997, 1 de octubre de 2009), sino que el que figura como acreedor es en realidad un prestamista que le levanta un embargo y el importe es el objeto del préstamo con un interés del 20% anual y con un plazo verdaderamente exiguo (tres meses), haciendo suya una finca, si no le devuelve el dinero prestado, que figura como dación en pago y se formula como pacto de retro. (... ..) El pacto comisorio es, en esencia, aquel en virtud del cual el acreedor puede hacer suya la cosa —en propiedad— si el deudor incumple su obligación de pago. Lo cual viene proscrito desde el Derecho romano, se prohibió en la época medieval en la que se utilizó como venta a carta de gracia» (se vendía la cosa, con pacto de retro y si el vendedor-prestatario no la recobraba con un incremento notable, la perdía a favor del comprador-prestamista) y se ha contemplado profusamente por esta Sala: sentencias del 26 diciembre 1995, 29 enero 1996, 18 febrero 1997, 15 junio 1999, 27 abril 2000, 16 mayo 2000, 26 abril 2001, 5 diciembre 2001, 10 febrero 2005, 20 diciembre 2007, que, todas ellas, declaran la nulidad del pacto, conforme al artículo 1859 del Código civil. Reitera esta doctrina, la sentencia de 27 enero 2012 en estos términos: la prohibición del pacto comisorio. La doctrina que ahora se reitera es que un préstamo o un contrato simulado que disimula un préstamo, que incluye un pacto comisorio, es decir, pacto por el cual si no se devuelve una cantidad determinada (del verdadero préstamo) el contratante (prestamista) hace suya la propiedad de una cosa también determinada, tal pacto incurre en nulidad ipso iure conforme al artículo 1859 del Código civil. Un caso típico, incluso históricamente, es la llamada «venta a carta de gracia: es una compraventa simulada (que disimula el préstamo) una persona (el supuesto vendedor, realmente el prestatario) vende la cosa al comprador (realmente, el prestamista) con el pacto de retro: si en tal plazo no ejercita el retracto (realmente, no devuelve el dinero, que se fijó como precio) el comprador (prestamista; tantas veces usurero) adquiere la propiedad de la cosa. Lo cual es el clásico pacto comisorio: el prestamista, que aparece como comprador, adquiere la cosa si no se le devuelve, mediante el retracto, la cantidad prestada. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) devolverá el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa, si no lo hace. Es claro que este pacto comisorio se encuentra en el presente caso, puesto que si la prestataria (con la simulación de la dación en pago) no cumple la obligación de pago, se consuma la transmisión de la propiedad de la finca objeto de la dación en pago al prestamista.

falta de infravaloración de los bienes) y prueba de ello son las variadas posibilidades de pago que se ofrecen y los sucesivos aplazamientos acordados para facilitar esa primera solución. Que no se dan los presupuestos del pacto comisorio, pues no todo supuesto en el que exista un riesgo de abuso de posición dominante o de falta de equivalencia de las contraprestaciones merece dicha calificación, pues en caso contrario todas las daciones en pago y la mayoría de los contratos entrarían en la prohibición del comiso. Lo fundamental es atender a la causa del negocio, que es la que mejor revela la voluntad de las partes, y no podemos incluir en la prohibición de comiso aquellos supuestos en los que la falta de pago es un simple presupuesto de una auténtica transmisión, sino sólo aquellos en los que se busca fundamentalmente la garantía. Que aun tergiversando la voluntad de las partes y pensando que aquí se busca constituir una garantía para asegurar un crédito que hay voluntad de prorrogar, instrumentando una suerte de venta u opción en garantía, hay argumentos para excluir el juego de la prohibición, que son los que defienden la validez del pacto ex intervallo, y el mismo Tribunal Supremo es permisivo en este punto (entre otras, Sentencia de 7 de febrero de 1989 [RJ 1989\754]).

Desde la perspectiva concursal, existen varios acreedores en la misma situación y con un exclusivo interés: la satisfacción de sus créditos respectivos ante la falta de solvencia de su deudor. Podría alegarse que si a esto le añadimos que el *solvens* ha reducido su patrimonio como consecuencia de la dación en pago realizada para dar por saldada otra deuda que tenía contraída con otro acreedor, en defensa de la *par conditio creditorum* la masa de acreedores reclamará el reintegro de ese bien mueble o inmueble al patrimonio del deudor o, en su caso, el valor de tasación del mismo, por cuanto éste se encuentre bajo la titularidad de terceros de buena fe¹⁰¹.

En definitiva, si como acabamos de señalar, el pacto posterior al negocio constitutivo de la garantía debe considerarse válido, la cuestión, pues, se centra en si sería susceptible de rescisión en virtud del artículo 71 de la LC, cuestión que como acabamos de ver, debe ser analizada en su contexto. Habida cuenta de que, como queda dicho, y por regla general, la peor situación del deudor se refiere al momento en que tiene la necesidad de obtener el préstamo, y que una vez obtenido el riesgo se traslada al acreedor (menor valor de venta de la cosa

¹⁰¹ VILLORIA RIVERA, I., «el mito de la par conditio creditorum», *RcP*, núm. 9, Sección Cuestiones prácticas, Segundo semestre de 2008, p. 319. «Seamos sinceros: la referencia a la par conditio creditorum en sede de rescisión concursal puede justificar cualquier actuación, sacrificando la seguridad jurídica. De hecho, lleva de forma irremisible a restaurar el antiguo sistema de retroacción de la quiebra. Pero esto no es lo querido por el legislador».

dada en garantía lo que sucede siempre que se ejecuta en venta pública), desaparecen las causas que justifican la prohibición del pacto comisorio¹⁰².

Como quedó dicho, la prohibición del pacto comisorio adquiere su pleno sentido cuando forma parte integrante del negocio constitutivo, pues es entonces cuando el acreedor se encuentra en las mejores condiciones de valerse de la situación del deudor. Cosa diferente sucede en los casos en que el pacto se acuerda en un momento posterior, cuando el acreedor ya ha ejecutado su prestación (normalmente un préstamo de dinero), es decir, pactos posteriores al negocio constitutivo y anteriores al vencimiento de la deuda (*pacto ex intervallo*).

Puede concluirse, y con más razón, si cabe, y siempre con las debidas cautelas, que parece claro que el pacto posterior a la constitución del negocio debe considerarse válido¹⁰³. El posible argumento en contra de que la prohibición del pacto se halla ínsito, con carácter general en el art. 1859 C.c, no parece tener fuerza suficiente por la sencilla razón de que, en puridad, tal prohibición no existe, con ese carácter, de modo expreso, pero como señalábamos ello no impide dejar al descubierto su flanco débil en el principio de proporcionalidad, como decíamos.

Se trata de una situación a la que no alcanza el espíritu que inspiró la norma prohibitiva, de modo que debe jugar con operatividad plena el principio de la autonomía de la voluntad¹⁰⁴. La doctrina ha admitido de forma prácticamente unánime la validez de este tipo de pactos¹⁰⁵. En efecto, es en estos casos cuando la situación del deudor es, desde la óptica de su situación contractual, menos comprometida para su aceptación. Nadie le fuerza a ello. El hecho de que el acreedor vaya a ejecutar el bien sujeto a la garantía no puede considerarse, obviamente, como una circunstancia que implique el aprovechamiento de una situación angustiosa del deudor. Lo único que hace el acreedor (o el propio deudor) es ofrecer un medio solutorio distinto del pago (dación en pago) que el deudor (o el acreedor) podrá aceptar o no¹⁰⁶, pero en el que evidentemente se saldará la deuda de una forma más eficiente para ambos.

¹⁰² CORDERO LOBATO, E., «Comentario al artículo 1.859», en AA. VV. *Comentarios al Código Civil*, en COOR. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., cit. p. 2139.

¹⁰³ REGLERO CAMPOS, F., «El pacto comisorio» *Aranzadi Civil*, cit.

¹⁰⁴ ALBALADEJO, M., *Derecho civil*. V. III, Madrid, 2002, p. 705; Díez-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema* cit. V. III, p. 429; GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentarios» cit, 1990, al art. 1859, p. 461; «Comentarios» cit. 1991, al mismo artículo, p. 1865.

¹⁰⁵ En el mismo sentido GUILARTE ZAPATERO, V., señala que «*La eficacia del convenio es incuestionable por cuanto que el deudor ha tenido la posibilidad de no acceder al pacto en cuestión y soportar la realización del valor de la cosa a través de los correspondientes procedimientos de ejecución*» («Comentarios», cit. 1990), al art. 1859, p. 461).

¹⁰⁶ REGLERO CAMPOS, F., «El pacto comisorio» cit.

3.3.3 *Excepciones a la realización del valor de la garantía. Supuestos particulares*

3.3.3.1 Las garantías financieras

3.3.3.1.1 Consideraciones introductorias

Las garantías comunes en las financiaciones de empresas en España incluyen habitualmente las prendas sobre derechos de crédito (las prendas sobre créditos), las cuales acostumbra a estar acompañadas por otras garantías reales (hipotecas, prendas sobre participaciones, etc.) y, en su caso, garantías personales¹⁰⁷.

El tipo de mecanismos que caben en una eventual ejecución de una prenda sobre créditos dependen del régimen jurídico al que se somete la prenda que se pretenda ejecutar. Las prendas sobre créditos que se sometan a lo dispuesto en el Código civil (las prendas ordinarias), así como aquellas que se sometan a lo dispuesto en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento y el Reglamento del Registro de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento (las prendas sin desplazamiento), podrán ser ejecutadas tanto en sede judicial como extrajudicial.

Cabe recordar, en cuanto a la ejecución en sede judicial, que se prevé un mecanismo de subasta de acuerdo con el procedimiento previsto en los arts. 643 y siguientes de la LEC. Asimismo, en cuanto a la ejecución extrajudicial, se prevé un mecanismo de subasta ante Notario de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 1872 C.c. Por otro lado, aquellas Prendas sobre Créditos que se sometan a lo dispuesto en el RDL 5/2005, de 11 de marzo (las prendas del RDL 5/2005), se ejecutarán de acuerdo con lo previsto en dicha norma, lo que significa para aquellas que recaigan sobre cuentas bancarias, que la ejecución se llevará a cabo mediante la compensación de su importe o utilizándolo para la ejecución de las obligaciones financieras principales.

¹⁰⁷ En este tipo de operaciones, como regla general, las prendas sobre créditos pueden clasificarse en varios grupos según el objeto sobre el que recaen: a) las que recaen sobre derechos de crédito derivados de cuentas bancarias (las «prendas sobre cuentas»); b) las que recaen sobre los derechos de crédito derivados del contrato principal (las «prendas sobre el contrato principal»); y c) las que recaen sobre derechos de crédito derivados de contratos o negocios jurídicos que pueden generar ingresos extraordinarios (avales y otras garantías, contratos de construcción, contratos de prestación de servicios, remanente de ejecuciones hipotecarias, etc.) (las «prendas sobre contratos adicionales») FARRÉS, J./AGÜERA, S., «Estrategias para la ejecución de prendas sobre derechos de crédito en financiaciones de proyectos», *Diario La Ley*, núm. 8378, *Sección Doctrina*, 16 de septiembre de 2014, año XXXV, p. 2.

Pero además de evitar los sistemas de ejecución comunes, la actual regulación ya ánima a que los bancos prefieran estas operaciones de derivados frente a otras. Es evidente que las entidades financieras tienen incentivos para huir del sistema concursal común y ampararse en el sistema privilegiado¹⁰⁸. Lo que les puede llevar a sucumbir a la tentación de formalizar contratos comunes con las vestiduras de los derivados. Con todo, la elección de la formalización de la operación de una manera u otra sería neutra o irrelevante, si no fuera porque las ventajas concursales de los derivados pueden repercutir fuerte y negativamente sobre los acreedores ordinarios, por lo que los jueces deben vigilar que la aplicación del RDL 5/2005 sea restrictiva y realmente contribuya a una refinanciación¹⁰⁹. Lo señalado a efectos prácticos es de indudable importancia, pues reconoce la protección frente al artículo 58 de la LC.

¹⁰⁸ Así por citar un ejemplo, tras la declaración de concurso, un banco se apoderó de unos fondos de inversión que la concursada tenía en dicho banco y que habían sido pignorados por el banco como garantía de la apertura de crédito (la relación jurídica existente entre la entidad financiera y el deudor concursado, se encontraba instrumentada en una póliza de crédito cuya devolución quedaba garantizada mediante que, para garantía del cumplimiento de la obligación principal, pactaban constituir garantía mediante la pignoración de unas participaciones procedentes de un fondo inversión). Las dos instancias consideraron que el banco había compensado indebidamente su crédito frente a la concursada con los fondos de inversión. El Supremo, en la Sentencia de 20 de junio de 2012 opina lo contrario sobre la base del RD Ley 5/2005 que protege las garantías financieras de la declaración de concurso de una de las partes. No hubo compensación, sino ejecución de una garantía real: la prenda de los fondos de inversión (...) *en la demanda la administración concursal interesó la anulación de la operación que calificó como compensación y la condena de la demandada a reintegrar a la masa del concurso la suma con la que había satisfecho su crédito. Según se apuntó, en las dos instancias dichas pretensiones fueron estimadas. En concreto, el Tribunal de apelación consideró que Banco Santander, S.A., había infringido lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 22/2003, que prohíbe la compensación de deudas una vez declarado el concurso de uno de los deudores. Sin embargo, como en sus escritos de alegaciones sostuvo la ahora recurrente, más que compensar deudas –en el sentido de sustituir dos actos de cumplimiento, con efectivas transferencias de fondos, por una mera operación contable– lo que la misma hizo fue aplicar a la satisfacción de su crédito el objeto de una garantía real que había constituido la deudora, Santa Teresa Materiales de Construcción, S.L., sobre determinados instrumentos financieros de su titularidad, con el fin de asegurar el cumplimiento, entre otras, de la obligación principal a la que fue finalmente destinado el valor pignorado. Pero, como se afirma en el motivo, el Tribunal de apelación no tuvo en cuenta lo dispuesto en Real Decreto Ley 5/2005, que constituye norma especial aplicable a las entidades de crédito –según el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003– y que traspuso la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. Y, en particular, el artículo 15, apartado 4, del mismo, que establece que el derecho de ejecución separada de la garantía, ejercitado en el caso por la acreedora ahora recurrente, no resulta limitado, restringido o afectado, en cualquier forma, por la apertura de un procedimiento concursal de la deudora pignorante. Ello sentado, la validez del acto de constitución de la garantía no ha sido discutida ni su rescisión pretendida. Por lo que han de quedar al margen de nuestro enjuiciamiento. En conclusión, ejecutada la garantía conforme a lo pactado y por virtud del precepto últimamente citado, procede estimar el recurso de casación, hacer lo propio con el de apelación y desestimar la demanda.*

¹⁰⁹ Como nos advierte, SÁEZ LACAVE, M.^a I. («Los derivados en el concurso. La racionalidad del régimen especial y las peculiaridades españolas», *InDret*, núm. 4, 2013) «No es fácil familiarizarse con el funcionamiento de los instrumentos financieros, cuya mecánica basada en el netting hace que su naturaleza jurídica se ajuste mal, se mire como se mire, a los moldes tradicionales. Tampoco resulta sencillo justificar –y admitir– que el concurso tenga que renunciar a dos de sus más firmes pilares, las prohibicio-

A estos efectos debe ser recordado que el RDL 5/2005 incluye en su ámbito de aplicación un importante límite subjetivo. Es decir, sólo pueden beneficiarse de las Prendas del RDL 5/2005 los sujetos previstos en el art. 4 RDL 5/2005¹¹⁰. Los sujetos distintos a éstos, deberán configurar las prendas sobre cuentas bancarias como prendas ordinarias o prendas sin desplazamiento. En cualquier caso, podemos sostener que, como vimos, son válidos los pactos posteriores al negocio constitutivo y anteriores al vencimiento de la deuda (*pacto ex intervallo*). A la vista de lo expuesto y de lo que a continuación abordamos no cabe seguir contemplando el pacto marciano como una figura inadmisibles en nuestro ordenamiento, como quisieron ver algunos tratadistas.

Ahora bien, su cita aquí es ejemplificativa, la repercusión de esta normativa es considerable y discutida en la doctrina pues, incluso, al amparo de dicho RD-L, la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 30 septiembre 2008, por citar un ejemplo, estimó válida la compensación efectuada por una entidad de crédito frente a su deudor en una operación de financiación que se vio afectada por un escenario concursal, al tratarla como un acuerdo de ga-

nes en materia de compensación y de vencimiento anticipado. Y como los contratos de permuta financiera están sometidos al régimen especial concursal por razón de su cobertura bajo la forma de acuerdo de compensación, cabría la tentación –prosigue el argumento– de recalificarlos en función de su sustrato económico, con el propósito de aplicar el régimen general concursal –como al resto de los acreedores– en vez del régimen especial–. (...) Ahora bien, dicho esto, entiendo que si lo que se pretende es hacer encajar a los contratos de permuta financiera en la letra de la ley concursal al margen del régimen especial, las reglas del juego cambian. En este caso, habría que pensar el encaje de cada tipo particular de instrumento financiero –porque el elenco es muy variado desde la perspectiva funcional– en las categorías concursales generales. Y para ello ya no vale el criterio estrictamente formal o de consideración global de todos como una sola categoría; en buena lógica habría que tratar cada contrato en función de su verdadero sustrato económico, sin acudir al catch-all term del acuerdo de compensación.

¹¹⁰ La Directiva 2002/47/CE no contiene un catálogo de máximos, y los Estados miembros pueden ampliar discrecionalmente la lista de sujetos elegibles. No existe ninguna objeción a ampliar la lista de entidades más allá de lo que resulta de la remisión a la Directiva 2006/48/CE, siempre que, al menos, el sistema jurídico interno ofrezca un listado de entidad financiera más amplio que el que resulta de la Directiva citada. A tenor del apartado c) del art. 4.1 RD-L 5/2005, constituyen una clase elegible de sujetos titulares o prestadores de una garantía financiera las entidades de crédito; las empresas de servicios de inversión; las entidades aseguradoras; las instituciones de inversión colectiva en valores mobiliarios y sus sociedades gestoras; los fondos de titulización hipotecaria, los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización; los fondos de pensiones, y otras entidades financieras, según se definen en el apartado 5 del artículo 4 de la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. A las categorías iniciales de la norma hay que añadir hoy la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB), conforme a la disp. final 3.ª RDL 6/2013. La doctrina (CARRASCO. A./LYCZKOWSKA, K., «Entidades y activos financieros elegibles en el régimen de las garantías financieras», *Diario La Ley* de 11 de octubre de 2013, año XXXIV, p. 14.) entiende comprendidas formando parte de este concepto igualmente las «sociedades instrumentales cuya actividad principal suponga la prolongación del negocio de alguna de las entidades» que merecen la condición de entidad financiera, las sociedades que prestan a aquéllas servicios auxiliares o las sociedades mixtas de cartera.

rantía financiera incluido en el RD-L¹¹¹. Y es que como ha señalado la doctrina, se trata de un fenómeno genuinamente español y no puede por menos de llamar la atención la alta litigiosidad que los instrumentos financieros han experimentado en nuestro país, en relación por lo general con pequeñas empresas que entran en concurso. Es decir, no se circunscribe, como cabría esperar, a la industria de derivados, localizada en su mayor parte en el sistema financiero, sino que afecta de lleno al sector minorista¹¹². Con todo, la elección de la formalización de la operación de una manera u otra sería irrelevante, si no fuera porque las ventajas concursales de los derivados pueden repercutir fuerte y negativamente sobre los acreedores ordinarios, por lo que los jueces deben vigilar que la aplicación del RD-L 5/2005 sea restrictiva y realmente contribuya a una «refinanciación», como veremos.

Pues bien sin desconocer los abusos que pueden llegar a cometerse al amparo de esta figura, lo realmente interesante es la ejecución de la garantía financiera que no se condiciona a un procedimiento judicial, ni se condiciona a otras formalidades más que las previstas en el contrato de garantía. No requiere, salvo pacto en contrario, notificación previa al deudor, ni aprobación judicial, ni

¹¹¹ La conclusión de la Audiencia es que los acuerdos de compensación contractual a los que se refiere el RDL (*netting*). No obstante, menos dudoso nos parece que la póliza integra un acuerdo de garantía financiera que concretamente quedó identificado con la comunicación de la parte acreditada a la que se ha hecho mención, en la que ésta autorizaba a la entidad de crédito a rescatar cierto fondo de inversión para la regularización de cualquier impago que pudiera llegar de las líneas de descuento y comercio exterior que mantenía con dicha entidad. En este aspecto, la operación de compensación por ejecución de la garantía pudiera quedar amparada por las disposiciones del RDL por estar incluida, también, en su ámbito de aplicación, que en este caso es muy amplio.(...) Se ha criticado por ciertos autores que el ámbito de aplicación, así descrito, resulta extraordinariamente amplio, pues incluiría cualquier tipo de contrato singular o marco de prenda o garantía con cambio de titularidad que suponga un traspaso posesorio concertado por cualquiera de los sujetos enumerados en el art. 4 del RDL con cualquier otro de esos sujetos o con una persona jurídica, e incluso personas físicas, en el que se constituya una garantía o se transmitan en garantía valores negociables o instrumentos financieros o dinero abonado en cuenta, pudiendo acogerse a este régimen aquellas garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación que dé derecho a un pago en efectivo (cualquier obligación dineraria) resultado que se ha pretendido excesivo para cumplir con la finalidad pretendida por la directiva. Pero lo cierto es que los términos del RDL, en lo que afecta al ámbito de aplicación referido a las garantías financieras es claro (por más que, para un sector, criticable) y no se restringe expresamente a la garantía de obligaciones relacionadas con la liquidación de instrumentos financieros, ya sea mediante su liquidación por diferencias o la entrega de los instrumentos financieros, como tampoco lo hace en sentido restrictivo la Directiva comunitaria. Como nos advierte VEIGA COPO, A., «prendas y fiducias financieras o como sustraerse a la vis concursal» *Diario La Ley*, núm. 6893, Sección Doctrina, 28 de febrero. 2008, año XXIX. Pero los derroteros de esta reforma entre encubierta y sigilosa no es la simplificación de formalidades sino realmente la inmunización o blindamiento ante las situaciones concursales o de insolvencia. Este es y era el objetivo, la finalidad espuria de toda la reforma, de modo que lo que no entró por la puerta entra ahora por la ventana de atrás seis meses después.

¹¹² SÁEZ LACAVE, M.^ª I., «Los derivados en el concurso: la racionalidad del régimen especial y las peculiaridades españolas», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 21, 2014, pp. 89-120.

subasta pública, ni período de espera adicional que pudieran ser exigidos de conformidad con el régimen tradicional de la prenda, como pasamos a ver.

3.3.3.1.2 Concepto

En realidad, como ha señalado la doctrina, siguiendo el Real Decreto-ley 5/2005 *las garantías financieras son garantías mobiliarias de carácter real que surgen ante la insuficiencia de las garantías tradicionales tipificadas en el Código civil para atender a las necesidades de cobertura del mercado financiero. Son garantías especiales de naturaleza real que permiten a los acreedores, habitualmente las entidades financieras beneficiarias, a través del contrato de garantía, disfrutar de una posición privilegiada frente a los demás acreedores de Derecho común. Son garantías fiduciarias en las que, mediante la transmisión temporal de la propiedad del bien dado en garantía o con su entrega en prenda con los derechos de uso y disposición que hayan podido pactar las partes, se constituye una garantía eficaz a favor de la entidad financiera. La cobertura se realiza a través de un patrimonio de afectación*¹¹³.

Como se ha advertido el Real Decreto-ley 5/2005 carece de precisión terminológica, utilizando indistintamente los términos acuerdos de garantías financieras, operaciones de garantía financiera o garantías financieras, entrecruzando estos conceptos con el de acuerdos de compensación contractual financieros. Este escaso rigor terminológico se justifica por la dificultad de transponer al Derecho español una Directiva inspirada en los contratos *ISDA*. Estos contratos recogen prácticas bancarias internacionales acogidas por los ordenamientos anglosajones, de muy difícil importación a los ordenamientos europeos continentales.

Las garantías financieras son un nuevo tipo de garantías sobre instrumentos financieros o efectivo en cuenta, destinado a garantizar el cumplimiento de obligaciones financieras. No son un mero mecanismo con funciones de garantía. Las garantías financieras aseguran a las entidades financieras acreedoras una cobertura segura y eficiente, sometida al simple acuerdo de voluntades. Pero también tiene ventajas para los deudores, pues les facilitan el acceso al crédito en mejores condiciones. De ahí la tendencia hacia su uso generalizado, más allá de las previsiones iniciales de limitar su aplicación a las relaciones

¹¹³ ZUNZUNEGUI, F., «Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005)», *Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper 2/2006*, diciembre de 2006, p. 3.

interbancarias, y por ello no faltan autores a favor de una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del Capítulo II del RD-L 5/2005¹¹⁴. De hecho, últimamente son consideradas a todos los efectos concursales, como operaciones de saneamiento, –las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio– *por la ley de reforma concursal 9/2015* de 28 de mayo de 2015¹¹⁵.

Ahora bien, la amplitud de las obligaciones que se pueden garantizar con las denominadas garantías financieras, que según el tenor literal del mencionado artículo 6.4 *pueden ser prácticamente cualquier obligación de pago en efectivo o entrega de instrumentos financieros*, sea cual sea el contrato del que provengan, ha sido objeto de crítica por determinada doctrina por entender que el ámbito de aplicación del Capítulo II del Título I del RD-L 5/2005, en lo que se refiere a las obligaciones garantizadas, es excesivo, a la vista de los antecedentes que dieron lugar a la promulgación de la Directiva 2002/47.

Ello ha contribuido a rodear a esta norma de una perturbadora incertidumbre sobre un objeto tan esencial como es la naturaleza de las obligaciones que se pueden garantizar de conformidad con sus preceptos, incertidumbre que afecta particularmente al ámbito de las operaciones de financiación bancaria garantizadas con prenda sobre valores negociables, valores cotizados y saldos en efectivo, siendo dicha incertidumbre asumida por las entidades financieras, lo que ha venido a instaurar una práctica generalizada de otorgar este tipo de prendas con las mismas formalidades que cualquier garantía financiera y estableciendo en su documentación contractual, los mecanismos de ejecución previstos en el Capítulo II del Título I del RD-L 5/2005, evitando los mecanismos de ejecución contemplados en el artículo 1872 del

¹¹⁴ LEÓN, F. J., «El régimen de reintegración concursal de las garantías financieras», *ADCo*, núm. 6, pp. 353 y ss. En distinta línea MANZANARES SECADES, A., «Garantías de operaciones financieras, situaciones concursales y acciones de reintegración: a propósito de una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el RDL 5/2005», *Diario La Ley* núm. 7109, 6 de febrero de 2009, pp. 3 y ss.

¹¹⁵ Disposición adicional primera. Medidas de saneamiento y procedimientos de insolvencia en situaciones preconcursales.

A los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.

A los efectos de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de procedimientos de insolvencia. Serán de aplicación a estas actuaciones los efectos previstos en el capítulo IV de dicha Ley 41/1999, de 12 de noviembre.

Código civil, los artículos 322 y siguientes del Código de comercio y los previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para la ejecución judicial sobre bienes muebles ¹¹⁶.

3.3.3.1.3 Modalidades de ejecución según de la naturaleza de los activos dados en garantía

El Real Decreto-ley facilita notablemente los acuerdos entre las partes en cuanto a la ejecución de la garantía, es evidente. En este punto, la norma se modifica (La Ley 7/2011, de 11 de abril) para extender el régimen anterior a los derechos de créditos. Por consiguiente, y como sucede con los otros instrumentos financieros, hay que distinguir si se trata de una garantía con cambio de titularidad o de una garantía pignoratícia. En el caso de que se haya acordado una garantía con cambio de titularidad, la ejecución no consiste en otra cosa que en aplicar la cláusula de liquidación por compensación. Esto conlleva una operación aparentemente sencilla: por un lado, se calcula el valor del crédito cedido de acuerdo con lo establecido por las partes (éste es el saldo favorable al garante), por otro lado, se calcula la deuda pendiente conforme al contrato causa de la obligación garantizada (éste es el saldo favorable al beneficiario de la garantía) y se liquida por la diferencia. En el caso de que se haya acordado una garantía prendaria, la ejecución dependerá de lo que hayan pactado las partes ¹¹⁷.

Pero a nuestros efectos lo realmente interesante es la ejecución de la garantía pignoratícia a través de la apropiación por el acreedor de los valores dados en garantía que fue, a su vez, una novedad de enorme calado, ya que significa la desaparición a estos efectos de la prohibición del pacto comisorio

¹¹⁶ Sentado que el Capítulo II del Título I del RDL 5/2005 constituye norma especial a los efectos de la LC en todo su ámbito, objetivo y subjetivo, una de las cuestiones que ha suscitado las dudas de la doctrina (*in extenso*, Lyczkowska, K., *Garantías financieras. Análisis del capítulo II del título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Madrid, 2013) ha sido la determinación del ámbito y naturaleza de las obligaciones que pueden quedar garantizadas bajo las denominadas garantías financieras y sobre las que se despliegan los efectos de protección concursal del Capítulo II del Título I del RDL 5/2005. El apartado 4 del artículo sexto del RDL 5/2005 (titulado «Modalidades de operaciones de garantía y obligaciones financieras principales») establece lo siguiente:

4. *Se entiende por obligaciones financieras principales aquellas obligaciones garantizadas mediante un acuerdo de garantía financiera que dan derecho a un pago en efectivo o a la entrega de instrumentos financieros. Las obligaciones financieras principales pueden consistir total o parcialmente en:*

(a) *Obligaciones presentes, futuras o condicionales, incluidas las obligaciones procedentes de un acuerdo de compensación contractual o similar. (b) Obligaciones propias o de terceros. (c) Obligaciones periódicas.*

¹¹⁷ *Vid.* Garcimartín Alférez F. J., «Garantías financieras: las modificaciones introducidas en el Real Decreto-Ley 5/2005» Aranzadi Civil-Mercantil, cit.

que imponía nuestro Código civil en su artículo 1859. El Real Decreto-ley permite ahora que las partes pacten en el contrato de prenda que la ejecución de ésta se llevará a cabo mediante la apropiación por el acreedor de los valores objeto de garantía sin otro requisito que el que las partes hayan acordado en el acuerdo de garantía (artículo 11-3 RD-L) las modalidades de valoración de los valores negociables¹¹⁸.

La modalidad de ejecución dependerá de la naturaleza de los activos dados en garantía. Si se trata de instrumentos financieros, el beneficiario podrá ejecutar la garantía ordenando la venta o mediante simple apropiación. No resulta de aplicación la prohibición del pacto comisorio que, para las prendas tradicionales, establece el art. 1859 del Código civil.¹¹⁹

Si bien en protección del deudor y de los terceros acreedores del deudor, la apropiación de los instrumentos dados en garantía exige haber previsto en el contrato la modalidades de valoración, que en cualquier caso deberán respetar los principios generales de la buena fe y equidad. Si el activo dado en garantía

¹¹⁸ MANZANARES, A., «Garantías de operaciones financieras, situaciones concursales y acciones de reintegración: a propósito de una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el RDL 5/2005», *Diario La Ley*, núm. 7109, Sección Doctrina, 6 de febrero de 2009, año XXX.

¹¹⁹ La Ley 7/2011, de 11 de abril, modificó dos importantes textos normativos en el ámbito financiero: la Ley 41/1999, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, (conocida como Ley de firmeza), y el Real Decreto-ley 5/2005, en concreto su capítulo dedicado a los acuerdos de compensación contractual y garantías financieras. La razón de estas reformas legislativas hay que buscarla en la Directiva 2009/44/CE, de 6 de mayo de 2009, que modificó, respectivamente, la Directiva de firmeza (Directiva 98/26/CE) y la Directiva sobre acuerdos de garantía financiera (Directiva 2002/47/CE). El legislador español traspuso la Directiva 2009/44/CE mediante la Ley 7/2011 y ha aprovechado la ocasión para introducir mejoras puntuales en el texto anterior y colmar ciertas lagunas legales. En particular: (a) aclarando algunos extremos sobre el régimen del derecho de sustitución del garante, (b) despejando las dudas que planteaba el régimen concursal de los acuerdos de compensación contractual y de las garantías financieras, y (c) ha introduciendo una norma sobre la ley aplicable a las cesiones o prendas de derechos de crédito. A nuestros efectos interesa destacar que la garantía prendaria, por su parte, en la versión original del Real Decreto-ley se definía por remisión a los artículos 1857 y siguientes del Código civil, lo cual en la práctica había planteado ciertos problemas, ya que las garantías posesorias del Código civil tienen poco que ver con las garantías financieras del Real Decreto-ley. Ahora se evita esa remisión y se define como aquella garantía en las que el garante da una prenda al beneficiario, conservando «la propiedad del bien o derecho de crédito objeto de la garantía». La nueva redacción añade también aquí la referencia al derecho de crédito. Naturalmente, la propiedad sólo la conserva al principio, en el momento de la constitución de la garantía, pues puede perderla desde el momento en que el beneficiario ejerce su derecho de disposición (cuando no se trata de créditos) o apropiación. Por eso, la Directiva matiza que esa conservación de la propiedad tiene lugar *en el momento de establecerse la garantía*, coetilla que se ha perdido en la transposición española. Evitar la remisión al Código Civil es algo acertado pues prácticamente no queda nada de éste (y además en el caso de la prenda de créditos la remisión cae el vacío). Pero, como hemos dicho, la definición no tiene gran trascendencia. Al final, el régimen sustantivo en ambos casos es o puede ser el mismo. *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Garantías financieras: las modificaciones introducidas en el Real Decreto-Ley 5/2005» *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1 núm.7, 2011, Estudio.

es efectivo en cuenta, el acreedor podrá compensar su importe o transferirlo a su cuenta en pago de las obligaciones principales¹²⁰.

Estas previsiones se recogen en la citada Ley 5/2005, en el Capítulo II (sobre acuerdos de compensación contractual y garantías financieras) de su Título I (Reformas de los mercados financieros)¹²¹. En ella se prevé el derecho de disposición de la garantía financiera por parte del acreedor pignoraticio, que se traduce en la facultad de hacer uso y disponer de la garantía como si fuera su titular (art. 9.2), siempre que así lo prevea el acuerdo de garantía financiera. Lo que se pretende con esta medida es mantener los valores pignorados dentro del flujo de los mercados financieros así como evitar posibles perjuicios cuando la situación de los mercados aconsejen la disposición de tales valores, circunstancia que, evidentemente, queda a juicio del acreedor.

La propia Ley establece un *mecanismo para evitar cualquier abuso*, que como vimos era la causa verdadera de la prohibición de pacto comisorio, desde la perspectiva del deudor y, en última instancia de la acción rescisoria del artículo 71 de la LC. La Ley (de garantías) ha previsto un mecanismo por el que se exige una valoración objetiva de los valores dados en garantía, destinado a proteger tanto al deudor como a terceros (en lo fundamental, otros acreedores del propio deudor). En este sentido, el art. 13. I exige que el dere-

¹²⁰ ZUNZUNEGUI, F., «Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005)», cit. p. 11.

¹²¹ La publicación y entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (en adelante, «RDL 5/2005»), introdujo en nuestro derecho una sustancial reforma en lo que se refiere al régimen de ejecución, eficacia frente a terceros y protección concursal de determinadas garantías reales cuando las mismas se otorguen en el ámbito objetivo y subjetivo contemplado por el propio RDL 5/2005. En concreto, dicha norma introdujo en el Capítulo II de su Título I (titulado «Sobre acuerdos de compensación contractual y garantías financieras») la regulación de las denominadas «garantías financieras» en nuestro derecho, trasponiendo así a nuestro ordenamiento la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera (en adelante, «Directiva 2002/47»). La aprobación de esta directiva tuvo como objeto la armonización de las garantías financieras en el ámbito de la Unión Europea. El Capítulo II del Título I del RDL 5/2005 no solo traspone la directiva mencionada, sino que, según reza en sus expositivos, *pretende ordenar y sistematizar la normativa vigente aplicable a los acuerdos de compensación contractual y a las garantías de carácter financiero*. En efecto, el Capítulo II del Título I del RDL 5/2005 no sólo traspone la Directiva 2002/47 en lo que respecta a las denominadas «garantías financieras», sino que regula en la misma norma los acuerdos de compensación contractual de operaciones financieras y sus efectos en caso de concurso de una de las partes, materia que estaba anteriormente regulada en la Disposición Adicional Décima de la Ley 37/1998, de 16 de diciembre, la cual quedó derogada por el RDL 5/2005. La Disposición Adicional Décima de la Ley 37/1998, de 16 de diciembre, también contenía una sucinta regulación de las denominadas «garantías financieras» tras la modificación introducida por el artículo 16.1 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. Se entiende por garantía financiera cualquier prenda posesoria o cesión de la titularidad de activos con finalidad de garantía, que sean entregadas en garantía de las obligaciones de pago o de entrega de instrumentos financieros que cumplan con los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el RDL 5/2005.

cho de sustitución o disposición de una garantía, su ejecución y las liquidaciones por compensación *se habrán de llevar a cabo de manera que tanto las valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta. Por comercialmente correcto se entiende que (sin perjuicio de los procedimientos que las partes hubieran pactado) las valoraciones y cálculos necesarios se habrán de ajustar al valor actual de mercado de los valores negociables aportados como garantías* (art. 13. II).

En el caso de que el acreedor haga uso de esta facultad, queda obligado a aportar un objeto equivalente que sustituya al enajenado *no más tarde de la fecha de cumplimiento de las obligaciones financieras principales cubiertas por el acuerdo de garantía* (art. 9.2, párrafos 2 y 3). Cuando el acuerdo de garantía pignoratícia también lo prevea, el beneficiario, en lugar de aportar un objeto equivalente, podrá compensar su valor o podrá aplicar su importe al cumplimiento de las obligaciones financieras principales (art. 9.2, párr. 4). Es decir, que el acreedor pignoraticio puede disponer como suyas de las acciones pignoradas, si bien al término de la obligación garantizada deberá devolver al deudor un objeto de valor equivalente o compensar su valor o aplicar su importe al cumplimiento de las obligaciones financieras principales.

Esta posibilidad es una completa innovación en nuestro Derecho, ya que hasta este momento, la regla era precisamente la contraria, pues el artículo 1859 del Código civil, al regular la prenda, prohibía al acreedor pignoraticio disponer de las cosas dadas en prenda ¹²².

Puede concluirse, que la ejecución de la garantía pignoratícia a través de la apropiación por el acreedor de los valores dados en garantía significa la desaparición, a estos efectos, de la prohibición del pacto comisorio que imponía nuestro Código civil en su artículo 1859. El Real Decreto Ley permite ahora que las partes pacten en el contrato de prenda que la ejecución de ésta se llevará a cabo mediante la apropiación por el acreedor de los valores objeto de garantía sin otro requisito que el que las partes hayan acordado en el acuerdo de garantía (artículo 11-3 RD-L) las modalidades de valoración de los valores negociables ¹²³.

¹²² MANZANARES, A., «Garantías de operaciones financieras, situaciones concursales y acciones de reintegración: a propósito de una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el RDL 5/2005», *Diario La Ley*, núm. 7109, Sección Doctrina, 6 de febrero de 2009, año XXX.

¹²³ MANZANARES, A., «Garantías de operaciones financieras,...», *cit.*

3.3.3.1.4 Protección de acreedores del concursado

En lo relativo a la ejecución de los valores dados en garantía, el art. 11.1 del Capítulo citado considera como supuesto de ejecución *un incumplimiento de obligaciones o cualquier hecho pactado entre las partes que en caso de producirse permita al beneficiario de la garantía, en virtud del acuerdo de garantía o de la Ley, realizar o apropiarse del objeto de dicha garantía*. Las Prendas del RD-L 5/2005 no están sometidas a lo dispuesto en el art. 90.1.6.º LC sino que se rigen por lo dispuesto en el art. 15.4 RD-L 5/2005 y, por tanto, la declaración del concurso del deudor pignoraticio no afectará a la ejecución de éstas.

En consecuencia, las Prendas del RD-L 5/2005 podrán ejecutarse en sus propios términos y al margen del concurso, por lo que no será necesario atender al plazo de espera previsto en el art. 56.1 LC en relación con los créditos especialmente privilegiados (esto es, que transcurra un año o bien se apruebe el convenio de acreedores). La única excepción lógica a dicha regla, aparecería en el caso de que se acreditara que la constitución de las Prendas del RD-L 5/2005 se ha llevado a cabo en fraude de acreedores, sin que parezca lógico incluir dentro de esta excepción a los actos y contratos perjudiciales para la masa activa (y por tanto rescindibles) previstos en el art. 71 LC, y ello teniendo en cuenta además que lo dispuesto en el art. 71.5 LC en relación con el ámbito de aplicación de las acciones de reintegración, dificulta dicha eventual rescisión fuera del supuesto de fraude de acreedores.

En cualquier caso es importante remarcar que la propia Ley establece un mecanismo para evitar cualquier abuso que, como vimos, era la causa verdadera de la prohibición de pacto comisorio, desde la perspectiva del deudor y, en última instancia de la acción rescisoria del artículo 71 de la LC.

Y ello porque en definitiva la Ley (de garantías) ha previsto un mecanismo por el que se exige una *valoración objetiva de los valores dados en garantía*, destinado a proteger tanto al deudor como a terceros (en lo fundamental, otros acreedores del propio deudor).

Por otro lado, y en el marco de los acuerdos de refinanciación (y sin mencionar a los extraconcursoales), la Disposición adicional primera (Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Medidas de saneamiento en situaciones pre-concursoales), nos indica que:

A los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5

bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.

Sobre ello, los Jueces Mercantiles de Madrid en sus Conclusiones de la reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 interpretaban que los acreedores con garantía financiera no pueden verse afectados contra su voluntad por lo pactado en los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente¹²⁴. Esta conclusión ha sido ahora matizada con la nota aclaratoria publicada¹²⁵, añadiendo que *debe matizarse que esa protección exclusivamente vendrá referida al privilegio de tutela ejecutiva instaurado por el artículo 15.4 del RDL 5/2005, siendo posible la afectación del crédito garantizado en los mismos términos que el de cualquier otro acreedor con garantía real.*

Así, el crédito protegido por la garantía financiera se podrá ver afectado o arrastrado por las condiciones establecidas en el acuerdo de refinanciación homologado judicialmente (quitas, esperas u otras medidas acordadas) aun-

¹²⁴ Tampoco resolvió la reforma de 2014 si el proceso de homologación provoca la paralización de la ejecución de las garantías financieras reguladas en el R. D.-Ley 5/2005; omisión que ha sido subsanada por R. D.-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, en su D. A.1.ª; de lo que resulta que tanto la comunicación de negociaciones para alcanzar acuerdo homologable como la solicitud de homologación no impedirán la aplicación de la especial normativa financiera, y en su caso, la ejecución separada de las garantías o la exigibilidad de las mismas al deudor; sin perjuicio de las acciones de impugnación por fraude. VAQUER MARTÍN, J., «La homologación judicial de acuerdos de refinanciación tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre», *RcP*, núm. 22, 2015, pp. 223-240.

¹²⁵ Nota de aclaración de los Jueces Mercantiles de Madrid sobre la respuesta aprobada en la reunión de unificación de criterios de 7 y 21 de noviembre de 2014, en el epígrafe II punto 3.º (homologación de acuerdos de refinanciación y garantías financieras). En el párrafo que sigue a la reproducción del texto de la Disposición Adicional 1.ª del Real Decreto Ley 11/2014, en el que se indica que: *Esta precisión viene a significar que la posición del acreedor con garantía financiera es igualmente inmune dentro y fuera del concurso, por lo que el pasivo con garantía financiera computará para el volumen total del pasivo financiero (ninguna disposición expresamente lo excluye, como sí hace en relación con el pasivo de personas especialmente relacionadas) y los titulares de las garantías financieras que se adhieran también serán tenidos en cuenta respectivamente a los efectos de las mayorías de pasivo financiero total y con garantía que en la Disposición Adicional 4.ª se exigen. Sin embargo, los titulares de pasivos con garantía financiera no podrán verse afectados contra su voluntad por lo pactado en los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. Debe añadirse al final: Debe matizarse que esa protección exclusivamente vendrá referida al privilegio de tutela ejecutiva instaurado por el artículo 15.4 del Real Decreto-ley 5/2005, siendo posible la afectación del crédito garantizado en los mismos términos que el de cualquier otro acreedor con garantía real. Cualquier otra respuesta contenida en la hoja de unificación de criterios (o interpretación que de ella se haga), que entre en contradicción con la presente nota de aclaración deberá entenderse rectificadas en el mismo sentido. En Madrid, a 20 de enero de 2015.*

que sí estaría blindada la ejecución de la garantía respecto del crédito que resulte exigible.

3.3.3.1.5 Recapitulación

Como se concluye y como acertadamente se ha señalado¹²⁶, hoy comúnmente reconocido que las partes de un acuerdo de garantía sobre activos no líquidos pueden acordar un pacto de atribución por liquidez (pacto marciano) mediante el cual se instaure un mecanismo en virtud del cual el acreedor puede apropiarse la cosa por su valor real. Tampoco ha de existir ninguna dificultad de fundamento para que las partes no puedan instruir a un tercero especializado para que proceda a ejecutar la prenda mediante una venta privada.

Con todo, es aquí donde el problema es más acuciante, porque no disponemos todavía de precedentes judiciales que aseguren que este mecanismo de realización es válido fuera del ámbito del RD-L 5/2005, aunque se consiga con él un resultado comercialmente razonable. Al mismo tiempo, plantea su posible extensión a otros bienes sujetos a garantía, pero, no obstante no tengan un valor dinerario objetivo que por sí mismo excluya la posibilidad del empobrecimiento injusto –del deudor–, o el perjuicio para el resto de acreedores, en la venta o apropiación.

Entendemos que ello no sucederá, si se contempla la intervención de un tercero imparcial (experto, mediador, administrador concursal o quién estos designe) en el negocio al que se encomienda en caso de incumplimiento, o bien la realización del valor mediante la enajenación del bien, o bien la determinación del valor en caso de apropiación por el acreedor.

En nuestro Derecho, como vemos, puede que este campo haya quedado abierto a la creatividad de los operadores jurídicos; que este tipo de cláusulas gane terreno en la contratación, pues pocas objeciones se les pueden realizar si se pronuncian sobre la manera comercialmente correcta de su inclusión y de hacer las valoraciones y cálculos necesarios que habrán de ajustar al valor actual de mercado de los bienes y derechos aportados como garantías.

Podemos concluir, a la vista de lo expuesto en el anterior epígrafe que no solo son válidos los pactos posteriores al negocio constitutivo y anteriores al vencimiento de la deuda (*pacto ex intervallo*), si no que ya no cabe seguir con-

¹²⁶ CARRASCO, A./LYCZKOWSKA, K., «Entidades y activos financieros elegibles en el régimen de las garantías financieras», *Diario La Ley* de 11 de octubre de 2013, p. 16.

templando el pacto marciano como una figura inadmisibile en nuestro ordenamiento.

En nuestro Derecho, como acabamos de señalar, puede que este campo haya quedado abierto a las directrices de los Códigos de buenas prácticas de reestructuración y renegociación de deuda, que pueden recomendar la inclusión de este tipo de cláusulas en la contratación, y que necesariamente deberán pronunciarse sobre *la manera comercialmente correcta de hacer las valoraciones y cálculos necesarios que habrán de ajustar al valor actual de mercado de los bienes y derechos aportados como garantías. Lo mismo cabe decir de las datio de res pro pecuniae, de activos sujetos a garantía en las que difícilmente se puede sostener «el perjuicio para la masa», si el aliud pro alio cuenta con una valoración objetiva. De hecho como pasamos a ver, esta es la opción que últimamente se ha seguido por nuestras últimas reformas al introducir conceptos como el «valor razonable de la garantía»*¹²⁷.

3.3.3.2 Dación en pago de bienes afectos a privilegio especial en el concurso

La valoración del privilegio especial de los créditos asegurados con garantía real, es una de las principales novedades introducidas por el Real Decreto-ley 11/2014. A tal efecto el artículo 90.3 de la Ley Concursal (LC), señala *el privilegio especial sólo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94*. Debe distinguirse si el artículo 90.3 de la LC, y más concretamente si la extensión del privilegio al valor razonable de la garantía, lo es a todos los efectos, incluso cuando la realización del bien dentro del concurso genera un mayor importe. A su vez esta norma debe ponerse en relación con la con-

¹²⁷ Ley 9/2015, de 28 de mayo de 2015, Disposición adicional tercera. Comisión de seguimiento de prácticas de refinanciación y reducción de sobreendeudamiento.

4. *La Comisión tendrá atribuidas las siguientes funciones:*

a) *Realizar un seguimiento de la efectividad de las medidas adoptadas por esta Ley en materia concursal y de refinanciación preconcursal de deuda y sobre la evolución del endeudamiento del sector privado y sus implicaciones macroeconómicas.*

b) *Evaluar su aplicación y, en su caso, proponer al Gobierno las reformas que resulte conveniente acometer para facilitar la reestructuración preconcursal o concursal de deuda de empresas económicamente viables.*

c) *Verificar el cumplimiento de los códigos de buenas prácticas que se puedan adoptar en materia de refinanciación preconcursal de deudas.*

tenida en el apartado 5 del artículo 94 de la LC, que viene a reproducir el esquema de valoración de la garantía contenido en el Real Decreto-ley 4/2014, respecto de los acuerdos de refinanciación. Además se ha dado el paso determinante, pues se extiende estas reglas de valoración a las daciones en pago concursales.

Ello se explica en la propia exposición de motivos del RD-L 11/2014 al indicar que tras la nueva redacción del art. 100. 3 LC dada por el RD-L 11/2014 que *Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4.*

Además, como efecto, principalmente se produce la conversión de algunos créditos privilegiados en ordinarios, pues los acreedores con privilegio especial que están a la cola de las garantías –y que tienen otros acreedores hipotecarios por delante– y de ello, resulta un valor insuficiente del bien. Todos ellos van a ser considerados crédito ordinario en el exceso del valor de garantía que se establece en 9/10 del valor de tasación del bien ¹²⁸. Como se comprueba, una cosa es que un crédito esté dotado de garantía real y otra bien diferente es que sea un crédito privilegiado.

Lo señalado implica, un ajuste considerable de nuestro sistema concursal y conlleva el replanteamiento entre el precio y el valor de los bienes que, como indicábamos al tratar la funcionalidad de la dación en pago, anda fuertemente

¹²⁸ Se señala por la Sentencia A. P. Burgos 26/2013, de 25 de enero, *Sin esa aceptación del nuevo precio por el cual llevar a cabo la dación en pago o la cesión del bien no hay forma de salirse de la subasta como forma ordinaria de enajenación. Quedaría la subasta, la cual habría de llevarse a cabo conforme a las reglas de la ley de enjuiciamiento civil para la subasta de bienes inmuebles, cuyo artículo 670 prevé la aprobación del remate incluso cuando la cantidad ofrecida no supere el 50 por ciento del valor de tasación, con las precauciones del artículo 670.4, y después de intentar que el remate cubra los porcentajes superiores del 70 y 50%. Ahora bien, se trata de una subasta con postores, y en este caso la subasta ha quedado desierta. Y en todo caso la subasta que pueda llevarse a cabo en la liquidación concursal no reviste ninguna especialidad con la subasta que pueda llevarse a cabo en una ejecución hipotecaria, con la ventaja de esta última sobre la del concurso que sería el acreedor el que tuviera que adelantar los gastos y las costas de la ejecución. Por lo demás, ninguna ventaja tiene una sobre otra ya que el resto del crédito que no pudiera ser pagado con el producto de la subasta quedaría como crédito ordinario a satisfacer por el concursado persona física con el resto de sus bienes, pero ya en una ejecución ordinaria dirigida contra él fuera del concurso o de la ejecución hipotecaria, pues uno y otro se habrían terminado con la realización del único bien que quedaba en la masa activa. Finalmente, el recurso a los medidas de protección a los deudores hipotecarios que establece el Real Decreto ley 27/2012 también es algo que debe realizarse fuera del concurso, y la iniciativa para la consecución de esos acuerdos corresponde al deudor, no al administrador concursal.*

descompensado. Por ello, respecto de un bien inmueble de valor de 300 e hipotecas de 600 sólo 290 constituirá el valor de la garantía, y por tanto, de crédito privilegiado. El resto será crédito ordinario, en consecuencia la masa ordinaria se incrementa con acreedores que tenían privilegio especial en el concurso y que ahora, con su consideración de créditos ordinarios, van a poder votar en un convenio.

Explica la propia exposición de motivos del RD-L 11/2014 al indicar que:

*Piénsese que de no adoptarse una medida como la presente resulta que los créditos privilegiados pueden multiplicarse ad infinitum cuando su garantía recae sobre un mismo bien, sin que el valor de dicho bien se vea en absoluto incrementado. Por poner un ejemplo práctico, hoy por hoy es posible tener cinco hipotecas de 100 sobre un bien que vale 100, llegándose así al absurdo de tener un pasivo privilegiado a efectos concursales por 500 garantizados por un bien que vale 100. No debe olvidarse, por otro lado, que uno de los principios que debe necesariamente regir el concurso es el de *pars conditio creditorum* y que la extensión indefinida de los privilegios es una contradicción palmaria de dicho principio. Además, el resultado práctico es que los acreedores que se benefician de dichas garantías únicamente tendrán un derecho de abstención que en nada beneficiará al convenio y a la continuidad de la empresa, y que en ningún caso garantizará el cobro efectivo de su deuda, menos aún si el concursado debe ir a liquidación. Téngase en cuenta que, en caso de liquidación o incluso de ejecución singular del bien hipotecado, el acreedor recibirá como mucho el valor de la garantía. Del resto de crédito no cubierto por la garantía, no cobrará más que aquella parte que hubiera quedado indemne en el convenio, aunque muy probablemente menos en un contexto de liquidación y no de empresa en funcionamiento.*

Para ello se modifican los artículos 90 y 94.5 de la Ley concursal. Para obtener el valor de una garantía se deduce del valor razonable del bien sobre el que ésta recae el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien¹²⁹. También se reduce dicho valor razonable en un diez por ciento, por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje. La explicación de la *Exposición Motivos*:

¹²⁹ Nótese la gran complejidad valorativa y técnica que subyace bajo estos artículos, en permanente reforma por el legislador, últimamente, modificados los apartados del artículo 94, se modifican los apartados 2 y 5 por el art. único. Uno.5 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

De este modo se sigue manteniendo una regla que parece no solo la más razonable desde el punto de vista económico sino que también es una síntesis de las reglas vigentes en nuestro derecho acerca de la purga de las garantías posteriores, del mantenimiento de las preferentes y de la atribución del eventual sobrante en caso de ejecución por parte de alguno de los titulares de garantías reales (...) También parece una regla de prudencia reducir dicho valor razonable en un diez por ciento por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje.

Ahora se señala, *El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza.* Es una simple operación de avalúo que no introdujo el RD-L 4/2014. Por eso, el nuevo art. 90.3, introducido por el RD-L 11/2014, no es una norma superflua¹³⁰. Por otro lado, Si la deducción del 10% obedece a esta ratio, no podrá aplicarse a aquellas garantías que sean absolutamente líquidas y que sólo sufran costes despreciables en ejecución. Por ejemplo, las garantías sobre dinero bajo control del acreedor y sobre instrumentos financieros negociables en un mercado regulado o en un sistema multilateral. No necesariamente se trata en este caso de una garantía financiera, exceptuada del sistema *concursal ordinario*, como veremos¹³¹. *Es más este 10% carece de sentido en el supuesto de realizarse una dación en pago.*

Ello se completa con el artículo 155.4 es lo que se dice *si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.*

¹³⁰ Se añade el apartado 3 por el art. único.1.1 del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre. Ref. BOE-A-2014-9133, 3.

¹³¹ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la Reforma Concursal del Real Decreto Ley 11/2014» *Análisis GA&P*, septiembre 2014, p. 1.

3.4 A modo de conclusión: La dación en pago y el pacto marciano como alternativa al ineficiente sistema de ejecución de las garantías

Como se deduce, ante el evidente fracaso de la fase de realización del valor, una solución puede venir de la admisión de una variante del pacto comisorio, el pacto marciano¹³². Se trata, básicamente, de aquel en el que deudor y acreedor pactan que éste puede apropiarse de la cosa pignorada o hipotecada atendiendo al valor previa y objetivamente determinado de la misma por un tercero. La doctrina lo define como aquel que consiste en la posibilidad de que deudor y acreedor convengan, en el momento en el que se celebra el negocio constitutivo de la garantía real que, si al llegar el momento de vencimiento el deudor no pagara, la propiedad de la cosa pasará al acreedor previa justa estimación con deber de reintegrar el excedente de dicha valoración –si lo hubiera– en relación con el importe de la deuda ejecutada así inter partes¹³³. A pesar de ello, el problema sigue residiendo en nuestro actual sistema de ejecución y la prohibición de pacto comisorio recogida en el artículo 1.859 del Código civil, como vimos.

Mientras como observa Azofra, F., en la actualidad se viene utilizando estructuras complejas que tratan de mitigar el riesgo de aplicación de la prohibición de pacto comisorio a las daciones en pago de activos hipotecados o pignorados tales como el derecho de recompra en un cierto plazo o el derecho a participar en las plusvalías futuras derivadas de la venta del activo por parte del adquirente lo cual permite *defender que no existe perjuicio alguno para el deudor por el hecho de que el acreedor haga suyo el activo sin acudir al correspondiente procedimiento de ejecución*¹³⁴. Y tampoco para la hipotética comunidad concursal de acreedores, puesto que ello redundara en una menor depreciación del patrimonio del deudor y mayor posibilidad de capacidad satisfactiva.

¹³² Como vimos esta facultad convencional tiene su reflejo en un texto de Marciano, contenido en D.20.1.16.9: *Potest ita fieri pignoris datio hypohecaeve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt*. Como la lectura del fragmento permite deducir, en él se refleja básicamente el medio con el que cuenta el acreedor para satisfacerse con el bien que el deudor le ha entregado en garantía, en este caso condicionado al incumplimiento y una vez producido éste, al justo precio que haya de estimarse *possideat rem iusto pretio tunc aestimandam*.

¹³³ FELIU REY., M. I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, pp. 88 y ss.

¹³⁴ AZOFRA, F., «Reestructuración de deuda: la transmisión de activos», en *CDC*, núm. 50, diciembre de 2008, p. 55.

Como se advierte, el riesgo de reintegración es el principal problema para solución convencional entre deudores y acreedores. Ello es mucho mayor en daciones en pago de deuda que de declararse el concurso serían calificadas como ordinarias que en aquellas que serían calificadas con privilegio general y menor aun las que serían calificadas con privilegio especial, dado que en las primeras existen más posibilidades de perjuicio al ser más proclives a una alteración de las reglas concursales de paridad de trato entre los acreedores.

Lo señalado determina que por esta misma razón sean estas últimas, las calificables con privilegio especial, las que menos riesgo soportan, puesto que, si el activo estaba gravado con hipoteca o con una prenda y la deuda se encontraba vencida, el resto de acreedores nunca hubiera podido ver satisfechas sus deudas con cargo al citado activo en cuestión que corresponde a cualquier acreedor hipotecario o prendario¹³⁵. Como ya fue manifestado por la doctrina, sería conveniente revisar *este perjuicio de los tribunales sobre la dación para adquirirla, por ejemplo, en pago de créditos con privilegio especial, siempre que se utilicen procedimientos que garanticen la maximización del valor de la cosa*¹³⁶, y sistemas de determinación del valor que *invistan al negocio de una evidente e indudable conmutatividad*¹³⁷ y que eviten los ineficientes costes de ejecución.

Además, debería ser objeto de revisión el perjuicio creado a la masa ante el incontestable fracaso del actual sistema de ejecución hipotecaria que

¹³⁵ De este modo, varios Magistrados de lo Mercantil y representantes de entidades financieras consideraron que entregar la propiedad del bien hipotecado a cambio de la extinción de la deuda es la mejor alternativa para las empresas y familias en situación de insolvencia, según informó el *II Foro de Profesionales del Derecho Concursal de Elche (Alicante), junio de 2009*, en un comunicado. En el citado Foro, el ex Magistrado del Juzgado de la Mercantil del núm. 2 de Valencia, Sr. don Fernando Presencia defendió generalizar esta práctica *para llegar a acuerdos entre deudores y acreedores evitando no sólo la liquidación sino el propio concurso*. Según Presencia, en las situaciones de insolvencia aceptar un acuerdo puede llevar a que se consigan «condiciones de mayor rentabilidad» y evitar que el banco finalmente se quede con el bien hipotecado, como ocurre en la práctica totalidad de los casos. De lo contrario, en caso de que la subasta quede desierta, el banco termina quedándose con el bien hipotecado pero, además, el perjudicado deberá hacerse cargo de los costes de la ejecución y de la necesidad de provisionar un 25%. Este beneficio para la entidad financiera, unido a la posibilidad de que la empresa o la familia que no pueda hacer frente a su deuda pueda quedar liberada de sus obligaciones al entregar el bien, supone, según Sr. don Fernando Presencia, una *convergencia de intereses* entre todos los agentes del proceso. «La dación es la fórmula elegida por la Justicia para la deuda hipotecaria» *Actualidad Jurídica vLex* (25 de junio de 2009) disponible en: <http://prensa.vlex.es/vid/consideraron-hipotecado-insolvencia-59258060>.

¹³⁶ AZOFRA, F., «Reestructuración de deuda: la transmisión de activos», cit. p. 56.

¹³⁷ REGLERO CAMPOS, L., «Ejecución de las garantías reales e interdicción de pacto comisorio», en AA. VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II («Garantías Reales»), Vol. 1.º («Garantías Mobiliarias»), Madrid, 1996, pp. 430 y 431.

implica la máxima garantía formal para el deudor pero, a la vez, su indefensión de ver como se queda privado de la finca hipotecada –al cabo de un largo tiempo en que se han devengado intereses de demora (cercaos a la usura)– y, además, el acreedor no cobra su total deuda. Situación sorprendente si se piensa que cuando inicialmente se tasó el bien hipotecado se supone que cuando menos garantizaba la total responsabilidad hipotecaria; a lo que, además, suele estar lejos de cualquier valor aproximado al de mercado, aunque no desconozca que la necesidad de enajenar reduzca su precio de adquisición.

El resultado final raras veces sirve para cubrir el montante de la deuda vencida y exigible, perdiendo la propiedad del bien inmueble y quedando por tanto todavía la responsabilidad personal del deudor respecto de la deuda, cuando al propio acreedor, si consigue resarcir el montante total adeudado (en el mejor de los casos), no le queda otra salida que adjudicarse el bien inmueble en pago de la deuda, como ya vimos¹³⁸. Lo señalado en el ámbito concursal tiene sus matizaciones y sus dudas, tras las últimas reformas, concretamente, al alcance dado al artículo 90.3 de la LC y más concretamente si la extensión del privilegio al valor razonable de la garantía, lo es a todos los efectos, incluso cuando la realización del bien dentro del concurso genera un mayor importe.

Particularmente ello fue evidenciado, como pasamos a ver, tras la reforma de la Ley concursal 38/2011 que supuso un auténtico avance en este campo y en el del reconocimiento de la dación en pago en el concurso, si bien es cierto de forma indirecta. Efectivamente es una importante excepción, que al afectar a bienes que están sujetos a un procedimiento legal de realización, que ahora se elude, va más allá de la anterior prohibición de

¹³⁸ Como nos indica MARTÍN DIZ, F., «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria» *Diario La Ley*, núm. 7126, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2009, Año XXX, Habitualmente la escasa cantidad de la deuda vencida y no atendida en el concreto momento de instar la ejecución forzosa no implica un importante menoscabo en la vida del crédito y en su amplitud –temporal y cuantitativa–, cuestión que por el contrario sí supone un «severo correctivo» en el patrimonio y haber del ejecutado por cuanto por esa mínima cantidad adeudada va a traer como consecuencia la pérdida de un activo patrimonial generalmente de importancia –ya sea económica, en todo caso, ya sea personal, en los supuestos de ejecución de la hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda del ejecutado–. Es ilustrativa en este sentido la reflexión que aporta la STS de 4 de junio de 2008 al analizar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios indicando que *no obsta a que en determinadas circunstancias, pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal tipo de cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario.*

*un determinado contenido del convenio, pues también incide sobre el régimen de la garantía misma, aproximándola en alguna de sus variantes al pacto comisorio*¹³⁹.

En realidad se evita no sólo la subasta en sentido propio, sino el proceso mismo como sucede, *ex artículo 155 LC* que regula el pago en el seno del concurso de los créditos con privilegio especial¹⁴⁰. Aunque nuestro legislador no fuera explícito, en su exposición de motivos qué duda cabe que la Ley 38/2011 de modificación de la Ley Concursal, modificó parcialmente este artículo 155-4 para permitir que la necesidad de subasta como medio de enajenación de los bienes afectos a una garantía real, en cualquier estado del concurso, pueda ser exceptuada por decisión del juez, que puede ahora autorizar no sólo la venta directa, sino también la dación en pago o para pago del bien al acreedor privilegiado o a la persona que él designe.

¹³⁹ CABANAS TREJO, R., «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso de acreedores», *RcP*, núm. 19, Sección Estudios, Segundo semestre de 2013.

tras la reforma de 2011 el convenio podrá prever la sustitución de la ejecución separada en cualquiera de sus modalidades por la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor o la persona que él designe. Repárese en la extraordinaria amplitud del supuesto, pues permite ceder el bien a una persona que no es el acreedor, al objeto de que lo venda y cobrar con el precio obtenido la totalidad o parte de la deuda, quedando el posible exceso para el concurso, o la parte no cubierta de la deuda en la masa pasiva con una distinta calificación. Nuevamente operaría el límite de la responsabilidad hipotecaria, aunque si la dación es en pago el acreedor podría dar carta de pago por el total, no obstante superar el límite de la cobertura, siempre que en la dación se respete con el exceso el contenido del convenio para el pago de los ordinarios. Nada se dice en la ley sobre la forma de llevar a cabo esa posterior venta, que precisará del correspondiente mandato para la gestión de la venta y su ejecución, aunque el mismo convenio aprobado judicialmente serviría a este fin.

¹⁴⁰ Se señala Sentencia A. P. Burgos 26/2013 de 25 de enero *Sin esa aceptación del nuevo precio por el cual llevar a cabo la dación en pago o la cesión del bien no hay forma de salirse de la subasta como forma ordinaria de enajenación. Quedaría la subasta, la cual habría de llevarse a cabo conforme a las reglas de la ley de enjuiciamiento civil para la subasta de bienes inmuebles, cuyo artículo 670 prevé la aprobación del remate incluso cuando la cantidad ofrecida no supere el 50 por ciento del valor de tasación, con las precauciones del artículo 670.4, y después de intentar que el remate cubra los porcentajes superiores del 70 y 50%. Ahora bien, se trata de una subasta con postores, y en este caso la subasta ha quedado desierta. Y en todo caso la subasta que pueda llevarse a cabo en la liquidación concursal no reviste ninguna especialidad con la subasta que pueda llevarse a cabo en una ejecución hipotecaria, con la ventaja de esta última sobre la del concurso que sería el acreedor el que tuviera que adelantar los gastos y las costas de la ejecución. Por lo demás, ninguna ventaja tiene una sobre otra ya que el resto del crédito que no pudiera ser pagado con el producto de la subasta quedaría como crédito ordinario a satisfacer por el concursado persona física con el resto de sus bienes, pero ya en una ejecución ordinaria dirigida contra él fuera del concurso o de la ejecución hipotecaria, pues uno y otro se habrían terminado con la realización del único bien que quedaba en la masa activa. Finalmente, el recurso a los medidas de protección a los deudores hipotecarios que establece el Real Decreto ley 27/2012 también es algo que debe realizarse fuera del concurso, y la iniciativa para la consecución de esos acuerdos corresponde al deudor, no al administrador concursal.*

Esta modificación ha motivado la del artículo 100.3 LC en lo que toca al contenido del convenio, como excepción a la regla prohibitiva de que la propuesta de convenio contenga cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos. No sólo cabe la venta directa o la dación en pago en fase de convenio, con la matizaciones que veremos en el capítulo sexto, sino en cualquier estado del concurso¹⁴¹, una *datium in solutum necessaria*, pues *si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados*.

A ello se une una de las novedades más destacables introducidas por el Real Decreto-ley 11/2014, viene referida a la valoración del privilegio especial de los créditos asegurados con garantía real.

A tal efecto el artículo 90.3 de la Ley Concursal (LC), señala *el privilegio especial sólo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94*.

El tenor literal de los artículos 90.3 y 155 de la LC, el privilegio del acreedor no se extiende al valor del bien objeto de la garantía, sino al valor

¹⁴¹ *Por lo tanto, estando como estamos en la liquidación, ni la venta directa a un tercero ni la cesión en pago o para pago al acreedor hipotecario se pueden llevar a cabo por cualquier precio. En primer lugar la realización habrá de intentarse por un precio superior al mínimo que se hubiere pactado, lo cual remite al valor de tasación de la finca que se hubiere dado en la escritura de préstamo hipotecario. En segundo lugar la realización podría intentarse por un precio inferior, pero siempre que el concursado y el acreedor con privilegio especial hubieran manifestado su aceptación y que haya una tasación (a fecha actual) de una entidad homologada. En este caso no hay aceptación de tal precio inferior, ni el acreedor hipotecario ha dado muestras de querer hacerlo. Sin esa aceptación del nuevo precio por el cual llevar a cabo la dación en pago o la cesión del bien no hay forma de salirse de la subasta como forma ordinaria de enajenación.*

Quedaría la subasta, la cual habría de llevarse a cabo conforme a las reglas de la ley de enjuiciamiento civil para la subasta de bienes inmuebles, cuyo artículo 670 prevé la aprobación del remate incluso cuando la cantidad ofrecida no supere el 50 por ciento del valor de tasación, con las precauciones del artículo 670.4, y después de intentar que el remate cubra los porcentajes superiores del 70 y 50%. Ahora bien, se trata de una subasta con postores, y en este caso la subasta ha quedado desierta. Y en todo caso la subasta que pueda llevarse a cabo en la liquidación concursal no reviste ninguna especialidad con la subasta que pueda llevarse a cabo en una ejecución hipotecaria, con la ventaja de esta última sobre la del concurso que sería el acreedor el que tuviera que adelantar los gastos y las costas de la ejecución. Por lo demás, ninguna ventaja tiene una sobre otra ya que el resto del crédito que no pudiera ser pagado con el producto de la subasta quedaría como crédito ordinario a satisfacer por el concursado persona física con el resto de sus bienes, pero ya en una ejecución ordinaria dirigida contra él fuera del concurso o de la ejecución hipotecaria, pues uno y otro se habrían terminado con la realización del único bien que quedaba en la masa activa.

Finalmente, el recurso a los medidas de protección a los deudores hipotecarios que establece el Real Decreto ley 27/2012 también es algo que debe realizarse fuera del concurso, y la iniciativa para la consecución de esos acuerdos corresponde al deudor, no al administrador concursal. SAP Burgos (Sección 3) 25.01.2013 (Sentencia 26/2013; Rollo 410/2012).

razonable que pudiera alcanzar dicho bien, determinado conforme las reglas del artículo 94.5 en relación con el artículo 90.3 de la LC. Esta alteración del objeto de la garantía resulta justificada en el caso de la tramitación y aprobación de un convenio, pues ante la ausencia de realización del bien, es necesario determinar que parte del crédito garantizado está beneficiado por el derecho de abstención y respecto del cual no se podrá extender los efectos, salvo en el supuesto del artículo 134.2 de la LC. Se pone fin de ese modo al problema de las sobre garantías y los perniciosos efectos que suponen para la obtención de un convenio.

Por el contrario, resulta más complejo pronunciarnos sobre si la declaración de concurso supone una modificación del derecho del acreedor hipotecario, que le permite hacerse pago con lo obtenido por la enajenación del bien –artículo 1858 del C.c.–, quedando reducido ese derecho al valor razonable del bien, en lugar del valor efectivamente obtenido. En cuanto la valoración de la garantía por determinación del valor razonable del bien objeto de la misma, tiene relevancia de cara al convenio y para delimitar el grado de extensión subjetiva del mismo, pero una vez desaparece la posibilidad de solución negociada, cabe preguntarse si carece de sentido limitar el derecho de afectación del acreedor más allá de los estrictos muros concursales.

De hecho, son destacables, los pronunciamientos de la doctrina, sobre acuerdos de garantías financieras– donde se reconoce abiertamente el llamado el pacto marciano ¹⁴²– que, como vimos, es aquel en el que deudor y acreedor pactan que éste puede apropiarse de la cosa pignorada o hipotecada atendiendo al valor previa y objetivamente determinado de la misma por un tercero ¹⁴³.

Sin desconocer, las críticas al mal uso y a la regulación única en el mundo de los instrumentos financieros en el concurso a la española que

¹⁴² REDONDO TRIGO, F., «El pacto marciano, el pacto “ex intervallo” y la fiducia “cum creditore” en las garantías financieras del Real Decreto ley 5/2005», *RCDI*, núm. 699. Este autor se decanta por dicha admisibilidad en determinadas condiciones.

¹⁴³ De este modo, ha sido incardinado por nuestra doctrina al analizar la citada disposición. Vid. PAREJO BALLESTEROS, D., «Cláusula de adjudicación de la cosa entregada en prenda: validez del *Pacto Marciano*, en *RdS*, 2009-1, núm. 32; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.ª, «Cláusula de aportación de garantías complementarias en la prenda financiera de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, del RDley 5/2005», en *RdS*, 2009-1, núm. 32; MANZANARES, A., «Garantías de operaciones financieras, situaciones concursales y acciones de reintegración: a propósito de una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el RDL 5/2005», *Diario La Ley*, núm. 7109, Sección Doctrina, de 6 de febrero de 2009, Año XXX; VEIGA COPO, A., «prendas y fiducias financieras o como sustraerse a la vis concursal» *Diario La Ley*, núm. 6893, Sección Doctrina, de 28 de febrero de 2008, año XXIX.

compartimos¹⁴⁴, –pues conlleva, necesariamente, a que sean tratadas como verdaderas excepciones a las acciones de reintegración del examinado artículo 71 de la LC–, esta recientes normas sectoriales en materia de garantías nos han interesado como objeto de estudio, por ser una manifestación del pacto marciano. *En cierto modo, el citado pacto marciano puede verse como el reverso de la moneda a la prohibición del pacto comisorio, y su versión actualizada, por la que apuesta abiertamente la doctrina*¹⁴⁵.

Lo señalado nos lleva a una reflexión de fondo sobre la consecución final de la función concursal que persigue satisfacer nuestro sistema, esta función no consiste precisamente en garantizar la satisfacción de un hipotético principio de igualdad entre los acreedores o *par conditio creditorum* sino perseguir la conservación y maximización de la masa activa del concurso con la que se deberá afrontar el pago de los créditos del conjunto de los acreedores del deudor declarado en concurso en el marco de un procedimiento colectivo de carácter imperativo¹⁴⁶.

¹⁴⁴ SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Los derivados en el concurso: la racionalidad del régimen especial y las peculiaridades españolas», *RcP*: núm. 21, 2014, pp. 89-120. *En cambio, no parece dudoso que el actual sistema de excepciones trae más costes que beneficios aplicado al sector minorista (personas físicas y empresas que no son de gran dimensión). Desde esta óptica, sería deseable excluir a este sector del ámbito de aplicación del RDL 5/2005, tal y como hacía o, al menos, permitía la Directiva de garantías Financieras. En estos casos, parece claro que la regulación concursal especial no aporta beneficio alguno que lo justifique: ni atenúa el riesgo sistémico, ni contribuye de manera significativa a aminorar los riesgos empresariales de manera eficiente y a bajo coste. En cambio, son notables los costes que ocasionan las excepciones concursales. Distorsionan la contratación al promocionar la venta de derivados frente a otros contratos no protegidos: por ejemplo, en vez de contratar una hipoteca a tipo fijo se contrata a interés variable con un swap de tipo de interés. Distorsionan el concurso, desplazando el riesgo de insolvencia sobre otros acreedores. Se podría argumentar que entonces subirían los precios del aseguramiento frente a las oscilaciones de los tipos de interés, lo cual es probablemente cierto. Pero me atrevo a afirmar que, aún y todo, no compensa desde un análisis coste-beneficio. Esta recomendación es tanto más evidente a la luz de la experiencia española (...) He de apresurarme a decir que no es esto lo que ha venido sucediendo en nuestro país, o al menos, no del todo. La litigiosidad en esta materia no está relacionada con el concurso de entidades financieras o bancos de inversión, ni siquiera con el concurso de grandes empresas que cuentan con un departamento de gestión de riesgos dedicado a administrar una nutrida cartera de productos derivados. Lejos de afectar al sector financiero, la inmensa mayoría de los casos conflictivos se refiere a pequeños negocios que entran en concurso y que contrataron un swap de tipo de interés para –supuestamente– cubrirse del riesgo de que la factura del crédito o del préstamo hipotecario no se desbocara al alza. En estos casos, lo habitual es que el notacional, la cantidad sobre la que se acuerda calcular el swap, sea la cifra de capital de un crédito o préstamo concertado –con frecuencia además a la vez– con la misma entidad bancaria.(...), el legislador español, en vez de intervenir para corregir o minimizar los costes, lo ha hecho en sustancia para agravarlos.*

¹⁴⁵ ALBALADEJO, M., en *Derecho Civil III («Derecho de Bienes»)*, Vol. II («Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad»), Madrid, 2002, p. 705; DÍEZ PICAZO, L. GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, 7.^a ed. Madrid, 2001, p. 428. DURÁN RIVACOBIA, R., *La Propiedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Cizur Menor, 1998, pp. 73 y ss; FELIU REY, M. I., *La Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, pp. 95 y ss.

¹⁴⁶ *In extenso*, MARTÍNEZ MULERO, V., «Función y racionalidad de los sistemas de reintegración concursal» *RcP*, núm. 11, Sección Varia, Segundo semestre de 2009, p. 239.

Por ello, ante el evidente fracaso de la fase de realización de valor de las garantías, una solución puede ser la admisión del pacto comisorio. Se trata, básicamente, de evitar los perjuicios que podrían derivarse con posterioridad en sede concursal.

Es un problema de articulación, dado que se trata de conciliar el mantenimiento con vida de una empresa o particular en dificultades que no puede atender sus pagos y, a la vez, el derecho del acreedor a realizar sus bienes para dinamizar el cobro de la garantía. Frente a ello, como se ha puesto de manifiesto, se une el que la celeridad en la realización (propia del pacto comisorio) evitaría los costes de ejecución¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Como indica SERRANO DE NICOLÁS, A. («La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficiente subasta hipotecaria (judicial o notarial)», *El notario del siglo XXI*, septiembre– octubre 2008 núm. 21), *realzaría la importancia de la tasación inmobiliaria –tanto al constituir la hipoteca como al ejecutarla– y, además, conllevaría por la propia fuerza de la competencia entre entidades tasadoras a la mayor precisión en la valoración, cuando no a mitigar las oscilaciones de los precios si la tasación tuviese que calcular el devenir del mercado inmobiliario, sobre todo, si el pacto comisorio no sólo fuese una alternativa del acreedor, sino también una facultad –o forma de pago– del deudor, aunque en este caso fuese previa admisión de renuncia a un porcentaje del valor (10/20% como costes de transacción o de realización) sobre el valor tasado en el momento del incumplimiento (cabe recordar que cualquier tasación –como sucede tras la Ley 41/2007– debería valer al igual que para constituir la hipoteca para ejercitar el pacto comisorio.*

CAPÍTULO 5

LA DACIÓN EN PAGO EN EL PRECONCURSO

1. EL PRECONCURSO

1.1 El desarrollo del precurso en España

Si algo llama la atención en el desarrollo de nuestro Derecho concursal es el hecho de que en nuestro país se haya tardado tanto en su incorporación y desarrollo, a diferencia de los países de nuestro entorno. La razón quizá descanse en la concepción de las instituciones concursales, pues para nuestro legislador la finalidad del procedimiento concursal hasta escasas fechas fue exclusivamente la solutoria, con pago en efectivo, como única vía satisfactiva de los acreedores.

En la actualidad la Ley concursal ya no es ajena a las ventajas que tanto para los acreedores como para el resto de intereses afectados por la crisis pueden derivarse de la conservación de la estructura empresarial¹, de ahí la necesidad de arbitrar instrumentos que actúen en la fase temprana de la insolvencia y sustitutivos al pago en efectivo. Esta orientación conservativa de la empresa, como subrayamos al inicio de este presente trabajo, y en otros que le han precedido, se reflejó tímidamente en medidas de conservación previstas en la fase común del concurso y de las que en última instancia dependía la posibilidad de conservación, a través de un convenio de continuación o de una enajenación en bloque, de los que hablaremos, así

¹ No obstante lo señalado, el procedimiento que arbitra la LC no se decantaba claramente hacia la continuación de la actividad, a pesar de que se deduce que el convenio se concibe como la solución normal del concurso, en beneficio de los acreedores, del concursado, de los trabajadores y de otros intereses (exposición de motivos apart. IV). Por el contrario, la liquidación queda como una solución subsidiaria, que opera cuando no se alcanzaba o se frustraba el convenio (exposición de motivos apart. VII).

como del régimen jurídico del convenio, dedicándose especial atención a la propuesta anticipada de convenio, como medio de facilitar y anticipar el arreglo negociado.

En efecto, como ha señalado la doctrina, ésta tendencia generalizada en aquellos ordenamientos jurídico concursales, –también es cierto que no en todos se ha producido de la misma manera, o más importante aún, con la misma intensidad, en tanto en cuanto esa pretendida conservación de empresas– puede atender a necesidades muy diversas. Desde la mera protección de los intereses de los acreedores, hasta la defensa de un interés público en favor de sus trabajadores y de la economía, en general. Así, podemos encontrarnos procedimientos concursales que han sido configurados teniendo en consideración una única finalidad solutoria o satisfactoria de intereses particulares, los de los acreedores del empresario o, incluso, los del propio deudor, aun cuando esto indirectamente pueda provocar el mantenimiento en el tráfico de empresas insolventes².

Pero si en algo han sido prácticamente unánimes tanto nuestra doctrina, los prácticos del derecho y los Jueces de lo Mercantil ha sido subrayar, como veíamos, la necesidad de un procedimiento concursal de carácter preventivo y, al menos parcialmente, desjudicializado, que permitiera reducir drásticamente los costes temporales y económicos de la insolvencia y solucionar de una manera ágil y eficaz los problemas menos graves de los empresarios y prácticamente todas las insolvencias de los consumidores³.

En otras palabras, a pesar de los escasos años de vigencia de la Ley concursal⁴, la práctica diaria ha demostrado que el procedimiento judicial de insolvencia no constituye una herramienta útil de reestructuración, por ser un procedimiento caro, rígido y lento.

² GARNACHO CABANILLAS, L., *El convenio de Asunción*, Colección Estudios de Derecho Concursal, cit.

³ PULGAR EZQUERRA, J., «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de “escudos protectores” y el fraude del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», *Diario La Ley*, núm. 6963, día 9 de junio de 2008.

⁴ En efecto, antes de cumplir los cinco años de vigencia, la Ley Concursal fue reformada, de forma considerable, por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE 31 de marzo). La Exposición de Motivos del Decreto-Ley justifica la reforma en la circunstancia de que *la vigente ley se dictó en el año 2003 en un entorno económico completamente distinto al actual, y no ha sido hasta que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones* y señala a continuación, la verdadera finalidad principal de la reforma: *Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-Ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos.*

Ante esta realidad, un número importante de compañías españolas han recurrido en los últimos años a soluciones extrajudiciales, similares a otras comúnmente utilizadas en el Derecho comparado, con las que han intentado enfocarse hacia la viabilidad, superando sus problemas financieros, de liquidez o estructurales y evitando el procedimiento concursal. Paradójicamente, hasta el año 2009 estos procesos extrajudiciales de refinanciación de deuda no estaban regulados en nuestra legislación concursal⁵. De hecho, la Ley concursal suponía un obstáculo a estos procesos, entre otras razones porque los acuerdos de refinanciación podían ser rescindidos en caso de que sobreviniera un procedimiento formal de insolvencia⁶.

Sin embargo, el Decreto-Ley 3/2009 se limitó, simplemente, a regular un aspecto concreto de los acuerdos de refinanciación, el de la imposibilidad de que queden afectados, en determinadas condiciones, por la acción rescisoria concursal (art. 71.1) renunciando con ello a la creación y articulación de un verdadero procedimiento concursal de carácter preventivo⁷.

Por lo señalado, más bien el contenido de los acuerdos extrajudiciales de composición de crisis económicas entre deudor y acreedores en nuestro De-

⁵ La reforma concursal española, introducida en virtud de la Ley 22/2003, se optó por no regular ni propiciar la vía amistosa de composición de la crisis económicas. Un intento prelegislativo de regular el marco de los acreedores amistosos extrajudiciales se sitúa, de un lado, en el *expediente denominado de suspensión de pagos* que regulaba la frustrada propuesta de reforma de 1995 y, de otro, aun cuando no con ámbito general sino limitado al sobreendeudamiento de los consumidores, en la proposición de la Ley 122/000295 presentada por el Grupo Socialista el 30 de abril de 2003 que fue rechazada en el Congreso.

⁶ PULGAR EZQUERRA «la protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009» *RcP*, núm. 11, 2009.

⁷ Podemos encontrar diversos opiniones y valoraciones en torno a la introducción y regulación los acuerdos de refinanciación en, en otros, PULGAR EZQUERRA, J., «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009, en *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*», AA. VV. dirigidos por ALONSO UREBA, A., Madrid 2009; de la misma autora «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», *Diario La Ley*, núm. 7097, 21 de enero de 2009; Pulgar Ezquerra, J. «la protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009» *RcP*, núm. 11, Segundo semestre de 2009, p. 45.; FERNÁNDEZ SEJO, J.M.^a, «Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal» en AA. VV. *La reintegración en el Concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNÁNDEZ MENDIVIL, J., «Comentario a la Disposición adicional cuarta. Acuerdos de refinanciación» en AA. VV., *Tratado Práctico Concursal*, Tomo IV, Cizur Menor, 2009; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A./LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Cizur Menor, 2009; GARRIDO ESPA, L./GIMÉNEZ BAYÓN-COBOS, R., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa», en AA. VV. *Proceso Concursal: Crisis de las empresas promotoras y constructoras*, Coord. por González Navarro, B. A., Valladolid, 2009; GUILARTE MARTÍN-CALLERO, C., «Refinanciación de deuda y perjuicio patrimonial (apunte crítico de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007)», en *RcP*, núm. 10, 2009; AZOFRA, F./PÉREZ RIVARÉS, J. A., «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», *Diario La Ley*, núm. 7161, Sección Tribuna, 24 Abr. 2009, Año XXX, MOYA YOLDI, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8, 2009 parte Comentario; MORALEJO, I. «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)» en *ADCo*, núm. 17, mayo-agosto 2009.

recho, seguían desenvolviéndose en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes, con los límites genéricos que el ordenamiento establece a ésta (art. 1255 C.c). Ahora bien, se persiguió la introducción de lo que la Prof. Pulgar Ezquerro, J.⁸, denominado escudos protectores –sobre la base del modelo italiano de los *Accordi di Risanamento* (art. 67.3 *L. Fallimentare italiana*)–⁹, no respecto de cualquier acuerdo extrajudicial, sino sólo de aquellos consistentes en refinanciaciones de deuda preconcursales, con el contenido legalmente establecido, protegiéndolos no en relación a todo riesgo que podría soportar una refinanciación en el marco concursal (complicidad, administración de hecho, solicitudes de concurso por acreedores disidentes...), sino sólo frente al riesgo de rescisión en un escenario concursal, caracterizándose –la regulación que se introducía– por un garantismo que perseguía eludir la protección de acuerdos de refinanciación que puedan adoptarse en perjuicio de acreedores disidentes o no participantes o que, aun conllevando dicho perjuicio, éste pudiere resultar injustificado.

La finalidad perseguida en el nuevo Derecho concursal respecto de esta materia particular, fue en un primer momento superar, y no tan sólo perfeccionar, el sistema de reintegración previgente, al menos tal y como venía siendo interpretado y aplicado por nuestra jurisprudencia. Así, la Exposición de Motivos que acompañaba a la LC, advertía con toda claridad las nuevas opciones al periodo de precurso indicando que *el perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa*¹⁰. Pero no puede desconocerse que en ese momento ya nuestro Derecho concursal nece-

⁸ PULGAR EZQUERRA «la protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009» *RcP*, núm. 11, Segundo semestre de 2009.

⁹ Ello contrasta con lo acontecido en otras reformas concursales europeas (*conciliation* francesa [L 2005/845 de Sauvegarde] y *accordi di ristrutturazione* y *dei debiti italiani* [Reforma de *Legge Fallimentare* por RD 14 de marzo 2005]), y ha venido siendo tradicional en los modelos jurídicos angloamericanos (*Prepackaged Bankruptcy plans* Norteamericanos y *Company Voluntary Arrangements* o *Scheme of Arrangement* del Reino Unido) en cuyo marco se han dictado desde hace ya algún tiempo normas legales que propician la conclusión de estos acuerdos (paralización de acciones ejecutivas individuales, mayorías legales, prohibición de presentación de declaración de procedimientos concursales PULGAR EZQUERRA, J., «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», cit., pp. 25-65).

¹⁰ Vid, con carácter general sobre la rescisión concursal: ALCOVER GARAU, G., «Comentario al art. 71» en AA. VV. *Comentarios a la Legislación concursal*, I, Dir. Pulgar Ezquerro, Alonso Ureba, Alonso Ledesma y Alcover Garau, Madrid, 2004.; CARRASCO PÉREZ, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004.; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al Capítulo IV: De los efectos de los actos perjudiciales para la masa», en AA. VV. *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinados por BERCOVITZ, I., Madrid, 2004.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal», *ADC*, núm. 10. CRESPO ALLUE, F., «Comentario al Capítulo IV: De los efectos de los actos perjudiciales para la masa», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, Dir. Sánchez-Calero/Guilarte, II, Valladolid,

sitará de una nueva reorientación del concurso, hacia la finalidad conservativa de la empresa concursada, como pasamos a ver en el siguiente epígrafe.

A pesar de estas carencias, como decíamos, es solo a partir de la reforma introducida en la Ley concursal 22/2003, en virtud del RDL 3/2009, cuando han de situarse las refinanciaciones concursales de deuda¹¹. A las que se añadirá un procedimiento desjudicializado los acuerdos extrajudiciales de Pagos, introducido como nuevo capítulo X de la LC, mediante la conocida como ley de emprendedores de octubre de 2013 consecuencia, desde luego, de las oportunas críticas a la poco meditada reforma de 2009¹², como seguidamente comentamos.

En definitiva, se mantenía, como se observó¹³, la opción presente en la Ley concursal 22/2003 de no regular el marco extrajudicial amistoso de composición de las crisis económicas, frente a lo que acontece en modelos como el francés o el italiano, en los que se optó por la regulación legal y judicial, si bien es cierto que con escaso éxito, ya que en este ámbito los operadores siguen mostrando su preferencia por el marco de pura composición extrajudicial de la crisis, habida cuenta del judicialismo y la burocratización de que se rodean estos procedimientos.

Naturalmente, ante la expectación creada y el resultado producido, son muchas las voces autorizadas que realizaron severas críticas a los acuerdos de refinanciación, que podemos resumir, desde las que apreciaban deficiencias de técnica legislativa –pues, sorprendentemente, no se ubicaba en el articulado de la Ley concursal, sino en una disposición adicional de la misma, la nueva disposición adicional cuarta–, el hecho de que el acuerdo no paralizara las ejecuciones de los acreedores, lo que podía hacer fracasar el acuerdo, el riesgo que un acreedor no convocado pueda instar un concurso necesario¹⁴. También la

2004., LEÓN, F., «Acciones de reintegración» en AA. VV. *Comentarios de la Ley concursal*, Vol. I, Dir. Rojo-Beltrán, Madrid, 2004.

¹¹ PULGAR EZQUERRA en «Estrategias concursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009» en AA. VV., *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Dir. Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Madrid, 2009.

¹² Que en palabras de Prof. BELTRÁN «*En lugar de la reflexión, profundidad y equilibrio que aconsejan una reforma global de la legislación concursal, se ha optado por una reforma parcial, apresurada y carente del necesario equilibrio. El Decreto-Ley 3/2009 se ha limitado a abordar la cuestión previa del convenio concursal desjudicializado, aunque de una forma muy limitada, mediante una regulación – muy sesgada– de los acuerdos de refinanciación.*» (*La reforma –inarmónica– de la Ley Concursal*, publicado *on line* en www.aranzadi/congresodelainsolvencia/pdfs/reforma.doc).

¹³ PULGAR EZQUERRA «la protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, cit.

¹⁴ Gráficamente, FERNÁNDEZ SEJO, J. M.^º, «Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal» en AA. VV. *La reintegración en el Concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, p. 294.

omisión de la definición legal de las operaciones, y su difícil acomodo en los actuales tiempos.

Nos referimos a la reestructuración de deuda de empresas en dificultades mediante dación de pago o para pago de activos al acreedor o de capitalización de deuda, que generaban serias dudas interpretativas. Pero la crítica principal se centraba en que si el legislador quería regular los acuerdos de refinanciación, debería haber tratado otros aspectos más importantes a la hora de facilitar la conclusión de tales acuerdos y no limitarse simplemente a evitar su rescisión concursal¹⁵.

Como ya anunciamos al inicio de este trabajo incomprensiblemente el legislador concursal omitió cualquier referencia a las daciones en pago, desconociendo con ello que gracias a las daciones en pago y adjudicaciones de bienes llevadas a cabo por parte de la banca, son muchos los deudores que han evitado el concurso o, incluso, han podido sobrevivir a la situación concursal¹⁶. La dación en pago, vinculadas a operaciones de refinanciación, es una

¹⁵ Nos indica PULGAR EZQUERRA, J., no obstante y aun valorando positivamente la regulación que de los acuerdos de refinanciación preconcursales de deuda se hace en el RDL 3/2009, que previsiblemente propiciará, junto a los referidos pronunciamientos jurisprudenciales, una mayor circulación del crédito en el tráfico, sin merma de los derechos de los acreedores no participantes en el acuerdo dado el «garantismo» del que se rodea la protección dispensada, entiendo –como en otras ocasiones he puesto de manifiesto– que todavía habría que dar un paso más en relación a la protección de acuerdos preconcursales de refinanciación, siendo éstos objeto de protección también en un doble ámbito. De un lado, en sede de declaración del concurso de acreedores introduciendo «escudos protectores» frente a solicitudes de acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo que podrían frustrar –con independencia de la cuantía de su crédito– el éxito de una refinanciación que podría permitir la continuidad de la actividad y en gran medida y en conexión con ello el mantenimiento de empleo. De otro lado, en sede de clasificación concursal de créditos, modulando el automatismo en la subordinación configurada en la ley concursal y regulando el tratamiento que recibiría concursalmente el crédito del financiador proveedor de fresh money en situación preconcursal, haciéndolo prededucible como acontece en modelos como el francés (art. L611-11 *Côte du Commerce français*) pues el financiador no sólo quiere eludir el riesgo de rescisión concursal, sino también poder recuperar, sin formar parte de la masa pasiva de un concurso, dicha financiación cuando se produzca en las condiciones legalmente exigidas, radicando precisamente en la ausencia de dicho privilegio una de las causas del fracaso del modelo italiano consignado en el art. 67.3 *Legge Fallimentare* que parece haber seguido el RDL 3/2009. PULGAR EZQUERRA, J., «la protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreesimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009» *RcP*, núm. 11, cit.

¹⁶ Manifestaba el Sr. D. Fernando Presencia, ex Magistrado del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Valencia, en un artículo de opinión, titulado «Soluciones a una crisis perfecta», *periódico 5 días* del día 20 de abril de 2009 sección Tribuna *Y puede ser una buena solución porque la aplicación habitual y generalizada de la dación en pago permitirá que aquellos créditos hipotecarios sobre los que los bancos tengan la seguridad legal de que son incobrables se solucionen por parte del deudor con la entrega de la vivienda, extinguiéndose al tiempo la deuda contraída. De este modo, el banco obtendrá una propiedad con un valor potencial en el mercado, y el deudor se verá liberado de su obligación, y podrá negociar incluso una nueva fórmula, vía arrendamiento u otra alternativa, que le permita poder seguir disfrutando de su vivienda. Pero además, cuando apuntaba anteriormente que esta fórmula puede ser aportada desde el precurso, es porque es posible que esta solución se arbitre sin necesidad de llegar a un concurso de acreedores y sin la preceptiva intervención judicial. Para ello, sería suficiente que la posibilidad que ofrece la reciente reforma de la Ley de Concursal, de un acuerdo de refinanciación preconcursal median-*

herramienta que se mostró, en el sector inmobiliario, como más útil a la hora de evitar el concurso o, una vez declarado el mismo, a obtener un convenio y asegurar la continuidad del concursado. En cualquier caso, la práctica evidencio en opinión de muchos¹⁷, que si merecía una reflexión y un tratamiento normativo concursal.

En realidad las sucesivas modificaciones legislativas, poco se preocuparon del contenido de los acuerdos de refinanciación y se centraron, más bien, en tres cuestiones fundamentales, a saber: en primer término, el concepto¹⁸, en

te la intervención de expertos independientes del Registro Mercantil, sea aplicable también a la dación en pago. Sería posible, pues, que estos expertos certificaran al banco la circunstancia de que un crédito hipotecario resulta incobrable, y abrieran la puerta así a un acuerdo con su deudor mediante la dación en pago, evitando la entrada en un concurso de acreedores y evitando posteriores dificultades.

¹⁷ En todo caso, la doctrina entendió que tales negocios de dación podían quedar protegidos si se integraban en un acuerdo más amplio que contemplara *ampliación significativa del crédito disponible o la modificación de sus obligaciones*. Ya que, con relación a la ampliación del crédito disponible, el apartado 1 DA 4.ª LC se limitó a señalar que debe ser «significativa», se ha optado por dejar en manos del Juez la fijación de tal parámetro. A tal fin, habrá que atender al caso concreto y las circunstancias y situación financiera patrimonial y financiera del deudor, su concreta actividad empresarial, el volumen de su deuda y vencimiento, etc. Y ello desde la perspectiva de la continuidad de la empresa. Por tal motivo, significativa no debe identificarse siempre con elevada desde un punto de vista cuantitativo. AZOFRA. F./PÉREZ RIVARÉS, J. A., «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», *Diario La Ley*, núm. 7161, Sección Tribuna, 24 Abr. 2009, Año XXX.

¹⁸ Qué debía entenderse por acuerdo de refinanciación pues, repetimos, no todo acuerdo podía beneficiarse de la protección de la LC. Y en este sentido, un examen de la norma objeto de este comentario, basta para percatarse como en la misma no se define el «acuerdo de refinanciación», fijando u optando por un concepto u otro de acuerdo, sino que se ha decantado, por delimitar y establecer criterios y parámetros en base a los cuales, se entenderá que nos hallamos ante un acuerdo de refinanciación amparado en la LC. Los acuerdos de refinanciación se definen –probablemente de modo innecesario– como aquellos *«alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas»* y *«que se enmarquen en un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor a corto y medio plazo»*. Ni el propio acuerdo, ni los negocios, actos y pagos realizados o garantías constituidas en ejecución del acuerdo estarán sujetos a la acción rescisoria concursal (ex art. 71.1) cuando el acuerdo cumpla los siguientes requisitos: Que haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor a la fecha de adopción; que haya sido informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor, y que se haya formalizado en instrumento público A estos efectos la D. A 4.ª señalaba: Acuerdos de refinanciación.

1. *A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.*

2. *En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley siempre que cumplan los siguientes requisitos:*

a) *Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.*

segundo del plan de viabilidad, y en último término en la protección brindada por la D. A 4.^a LC frente un eventual ejercicio de la acción rescisoria concursal ex art. 71.1, ahora, establecida la propia LC, art. 71.6, —en su nueva ubicación y redacción tras la reforma operada por la Ley 38/2011—. Debemos advertir que el sentido de la irrevocabilidad de estos acuerdos se mantiene, y se ha aprovechado para realizar una redacción distinta de algunos requisitos, resolviendo alguna de las dudas planteadas y, en lo que aquí interesa, se mantiene la no revocabilidad siempre que se cumplan los mismos requisitos que establecía la D. A 4.^a LC¹⁹.

Esto es, por lo que a nosotros más nos interesa la doctrina interpretó que la norma establecía y acotaba un contenido mínimo del acuerdo de refinanciación, que podría consistir en cualquiera de las medidas reseñadas. En realidad, el acuerdo de refinanciación podría ser objeto, además, de otros negocios conexos o que complementarían el acuerdo²⁰. Debía responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permitiera la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo. Imperativamente, pues, el acuerdo tenía que tener como base y fundamento, la continuidad de la actividad de la empresa, lo que se acreditaría, igualmente de forma necesaria y objetiva, mediante el correspondiente plan de viabilidad que podía ser redactado por la propia empresa, las entidades acreedores en unión al deudor, o lo que era lo más habitual, por un

b) *Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.*

c) *Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.*

3. *Declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos.*

¹⁹ Como indica VALPUESTA GASTAMINZA, E., (*Guía legislativa de la Ley Concursal, Texto comparado y comentado, según la reforma de la Ley 38/2011*, Barcelona, 2011, p. 323), existencia de un plan de viabilidad, suscripción de acreedores que supongan 3/5 del pasivo, informe de experto independiente, y formalización en instrumento público.

²⁰ Por ejemplo, se citaba la enajenación de inmuebles, la dación en pago de bienes, capitalización de deuda, etc. Es más, esto será lo habitual. Aunque podría pensarse que, llegado el concurso, la protección alcanzaría a los negocios de refinanciación estrictamente reseñados en la LC, y no, por ejemplo, a la dación en pago, entendemos que la no revocabilidad alcanzará también a tales negocios siempre que el acuerdo de refinanciación contemple la citada ampliación de crédito o modificación de obligaciones y estas no sean accesorias o residuales respecto de, siguiendo con el ejemplo, la antes citada dación en pago. A ello nos conduce el carácter de mínimo del contenido del acuerdo recogido en la LC y la consideración del acuerdo de refinanciación como único. AZOFRA, F./PÉREZ RIVARÉS, J. A., «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», *Diario La Ley*, núm. 7161, Sección Tribuna, 24 Abr. 2009, Año XXX.

tercero –por encargo del deudor–. Lógicamente, el plan de viabilidad debería ser previo al acuerdo de refinanciación²¹.

Como se señaló, la expresión continuidad de la empresa no debía entenderse de forma estricta y estática, en el sentido que el plan de viabilidad contemple que la empresa continúe con la misma actividad que venía desarrollando, el mismo número de trabajadores etc., sino en un sentido amplio y dinámico, esto es, que la empresa continúe en el tráfico comercial y sea viable, aunque, junto a las medidas de refinanciación, tenga que despedir a parte de la plantilla, cerrar alguno de sus establecimientos, cerrar líneas de negocio no rentables o abrir otras nuevas.

Esa continuidad de la empresa, asimismo, no debe verse afectada por la existencia en el Plan de Viabilidad de operaciones societarias de reestructuración empresarial (Escisión, fusión, etc) que afecten al deudor pues, solo cabría el ejercicio de una acción de reintegración concursal²² –si la Modificación Estructural se ha realizado en los dos años anteriores a la declaración del concurso–, salvo claro está, esta modificación no fuera una operación realizada en el marco de un acuerdo de refinanciación, como *un contenido atípico adicional*²³.

²¹ El segundo requisito aparecía en el apartado 2, letra b), DA 4.ª LC: el acuerdo de refinanciación debía ser informado por un experto independiente designado por el Registro Mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los arts. 338 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil. Sobre el nombramiento del experto independiente, Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El expediente registral de designación del experto independiente que evalúa el plan de viabilidad de los «acuerdos de refinanciación» (Disposición Adicional Cuarta LC)», publicado *on line* en www.arbo.org.es/?page_id=95. El informe debe emitirse con anterioridad a la formalización en instrumento público del acuerdo de refinanciación, puesto que deben unirse a aquél *los documentos que justifiquen [...] el cumplimiento de los requisitos anteriores*. A más, *los informes de los arts. 38 LSA y 34 LME también se emiten con anterioridad a la instrumentación pública del negocio jurídico que enjuician. En la práctica, si los acreedores optan por acoger el acuerdo de refinanciación al régimen especial no serán partidarios de formalizarlo hasta no contar con el juicio técnico favorable del experto, por lo que, aunque el informe retrase el proceso de refinanciación es lógico que el legislador haya previsto que éste sea anterior a la formalización del acuerdo. Ello exigirá, aunque sea difícil por la complejidad de este tipo de negociaciones, que el experto conozca lo antes posible tanto el plan de viabilidad como un borrador del acuerdo o una hoja de términos de la refinanciación consensuada por las partes, preferiblemente con la solicitud de nombramiento de experto del art. 338 RRM, para que pueda emitir su informe en el menor plazo posible y se eviten dilaciones muy perjudiciales para la actividad del deudor.*

²² Pues bien, aun en el supuesto de que prosperara la rescisoria concursal, la complejidad de sus efectos y el cumplimiento en forma específica de la obligación de devolución recíproca de prestaciones, sería tal que incluso algún autor (ARANGUREN URRIZA, F. J., «Modificaciones estructurales y Concurso de acreedores, tras la reforma de la Ley concursal por la ley 38/2011, de 10 de octubre» cit., p. 256.) su traducción en una obligación de indemnizar daños y perjuicios, en virtud de la responsabilidad solidaria del artículo 47.3 de la LME.

²³ PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcurso y acuerdos de refinanciación» en AA. VV. *El Concurso de Acreedores*, Dir. Pulgar Ezquerro, J., Madrid, 2012, p. 57.; ARANGUREN URRIZA, F. J., «Modificaciones estructurales y Concurso de acreedores, tras la reforma de la Ley concursal por la ley 38/2011, de 10 de octubre» cit., p. 242.

Por otro lado, la LC omitió prohibiciones concretas al contenido del acuerdo de refinanciación, a diferencia de las que sí establece el art. 100.3 LC a la propuesta de convenio, como veremos en próximos capítulos. Por ende, nada obstaría a que, además de su contenido mínimo, el acuerdo de refinanciación prevea *la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, [...] ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos*, indicaba Moya Yoldi²⁴ y en su opinión debería descartarse cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado (deudor preconcursal en este supuesto) para satisfacción de sus deudas por contravenir la premisa básica de todo acuerdo de refinanciación: permitir la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo. Ahora bien, estos pactos deberían basarse en la premisa de todo acuerdo de refinanciación, el cumplimiento del plan de viabilidad.

1.2 La Recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014 en un nuevo enfoque para el fracaso empresarial y la insolvencia. El nuevo paradigma en las insolvencias

Puede sostenerse que ha sido el Real Decreto 4/2014 el que dio un paso más, decisivo e innovador, en relación a la regulación y configuración de los acuerdos de refinanciación, alejándonos del modelo italiano inicialmente adoptado en España en esta regulación y aproximándonos al modelo anglosajón (de los *schemes of arrangement* del Reino Unido, y norteamericano del *Chapter XI del Bankruptcy Code*). Con ello, como se ha señalado, el redactor de la norma, que en este caso ha sido el Ministerio de Economía y no de Justicia, –dado el proceso de tecnificación sobre la base de criterios económicos del que progresivamente ha sido objeto el Derecho español– se ha adelantado en gran medida, y en ocasiones ha ido incluso más allá, a las previsiones contenidas en la Recomendación de la Comisión de 14 de marzo de 2014²⁵.

²⁴ MOYA YOLDI, J. M., «Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2009 parte *Comentario*, pp. 29-40.

²⁵ PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario La Ley*, núm. 8538, Sección Doctrina, 13 de Mayo de 2015, Ref. D-188, Editorial La Ley, Vid. también de la misma autora, «A contractual approach to overindebtedness: rebus sic stantibus instead of bankruptcy», en AA. VV. *Life Time Contracts*. Dir. Nogler. L/ Reifner, U., Netherland, 2014; y, con anterioridad, en la monografía «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», Madrid 2012., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», *RcP*, núm. 22, 2015, pp. 59-66, *que nuestro modelo de la insolvencia se está deslizando hacia la refinanciación como una solución reservada a empresas viables*

Como vimos en nuestro capítulo introductorio nuestro Derecho concursal español ha sufrido una importante transformación en escaso tiempo, en sintonía con las Recomendaciones de la Unión Europea la Recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014 en *un nuevo enfoque para el fracaso empresarial y la insolvencia*, el nuevo texto refundido Reglamento (UE) 2015/848 Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 *sobre procedimientos de insolvencia*, y con las recomendaciones de UNCITRAL entre sus nuevos objetivos fundamentales –reflejados como recomendaciones de la Guía Legislativa de la UNCITRAL, (como tercero)–, lo que denomina procedimientos de reorganización agilizados.

Pues bien, como se señaló *las últimas reformas que en el modelo español se han venido acometiendo recientemente bajo monitorización legislativa de la Troika han perseguido incorporar el nuevo paradigma contenido en la referida Recomendación Europea*²⁶. En realidad, como acertadamente se señaló, esta Recomendación de 12 de marzo de 2014 recoge lo que parece constituir un nuevo paradigma en materia de insolvencia empresarial, referenciado al modelo norteamericano del *Chapter XI del Bankruptcy Code*, que será determinante de un nuevo sistema y que parece estructurarse en torno a tres ideas básicas: prevalencia de soluciones preconcursales y contractuales de reestructuración y mecanismos de segunda oportunidad para el empresario persona física. Y por último, situar en el precurso al administrador en una posición cercana a la de un auditor de cuentas; lo cual ofrece *per se* un medio para asegurar, dentro del actual sistema de economía de mercado, que las empresas sean dirigidas por quienes estén en grado de mantenerlas con un grado eficiente de productividad.

Indudablemente el *Tratado Transatlántico de Libre Comercio e Inversión* (TTIP en sus siglas en inglesas) entre la Unión Europea y Estados Unidos está siendo un importante estímulo. Si bien es cierto que dicho posible acuerdo tendrá consecuencias para el conjunto de la ciudadanía europea y para España, en particular, que exceden el ámbito de lo meramente económico, y que excede con creces este trabajo²⁷. Brevemente podemos destacar que el propósito del TTIP

mientras que el concurso se ha convertido en un genuino cementerio empresarial al que llega una abrumadora mayoría de sociedades insolventes.

²⁶ PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario La Ley*, núm. 8538, Sección Doctrina, 13 de mayo de 2015, cit.

²⁷ Vid. En fase de negociación, *Report of the tenth round of negotiations for the transatlantic trade and investment Partnership* (Brussels, 13–17 July 2015), disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153651.pdf; en versión española, Dirección General de Comercio Internacional e inversiones, MINECO, Disponible en: <http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-exterior/politica-comercial/relaciones-bilaterales-union-europea/america/PDF/TTIP/150904%20DG%20Estado%20de%20Situaci%C3%B3n%20TTIP%20tras%2010%C2%AA%20ronda.pdf>

no es desproteger al consumidor ni generar un vacío legal para las empresas, sino que su objetivo más concreto es armonizar y coordinar mejor la normativa vigente para converger hacia estándares comunes y así reducir costes para la exportación. La intención del TTIP es trabajar para que ambos procesos converjan hacia estándares comunes, un marco legislativo mutuamente reconocido, con un doble objetivo: reducir la barrera no arancelaria y mejorar la calidad de leyes y normas intensificando la relación entre los reguladores. La rebaja de barreras no arancelarias tiene un efecto beneficioso transversal para todo tipo de empresas.

Consecuentemente, el objetivo operativo está siendo, y será, armonizar algunos aspectos de las legislaciones nacionales.

En efecto, toda la regulación de la preconcursalidad societaria está vinculada a la viabilidad de la empresa en situación de inevitable insolvencia o próxima a ella y su posibilidad de reestructuración²⁸, pero no toda empresa en esta situación es viable²⁹.

Esta idea acerca de la viabilidad empresarial como requisito esencial para el reconocimiento y protección de los acuerdos de refinanciación se ha destacado tradicionalmente y, de nuevo, en la normativa que comentamos. Así como su formulación elemental no ha variado entre el art. 71.6 LC derogado y el art. 71 bis.1, a) LC que lo sustituye, que ha producido un importante cambio con respecto a la valoración del plan de viabilidad correspondiente.

Lo que importa es que nuestro ordenamiento ha convertido en un elemento necesario de todo acuerdo de refinanciación, el que responda *a un plan de viabi-*

²⁸ La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, en su sesión, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada el 18 de julio de 2013, por la que se aprueba la «Cuarta parte: Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia», Naciones Unidas Nueva York, 2013, p. 17, nos indica que se ha denominado de diversas formas, como la «zona gris», la «zona de insolvencia» o la «proximidad de la insolvencia». Aunque el concepto puede ser impreciso, pretende describir un período en que existe tal deterioro de la estabilidad financiera de la empresa que la insolvencia se ha vuelto inminente [vale decir, cuando la empresa deja de estar, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento (recomendación 15 a)] o es inevitable. Determinar con exactitud el momento en que nacen las obligaciones es una cuestión fundamental para los directores que tratan de adoptar decisiones en forma oportuna y compatible con esas obligaciones. Tal situación (*red flags*, en el derecho norteamericano) impone que los administradores de la sociedad se formulen un plan para tratar de superarla. Las acciones que desarrollen conforme ese plan no pueden generarles responsabilidad, salvo falta total de razonabilidad del plan juzgado a la fecha en que fue formulado internamente, o de actuación dolosa de los mismos.

²⁹ No debiendo identificarse en todo caso la viabilidad con la ausencia de insolvencia. En efecto, una empresa puede ser insolvente y no tener capacidad para cumplir sus obligaciones, pero podría recuperar dicha capacidad si se reducen los gastos financieros, lo que puede solucionarse a través de un plan de viabilidad que, previo pacto de *standstill* pueda contemplar, de un lado, la reestructuración de la deuda en sus diversas modalidades (quitas y/o esperas ...), a lo que se añada un plan de desinversiones de actividades que no sean *core business* o, cuando aun siéndolo, resulte costoso su mantenimiento; de otro lado, la financiación de la tesorería indispensable para el giro de la empresa y, finalmente, una reducción de costes y reestructuración de la empresa. PULGAR EZQUERRA, J., «Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación», *La Ley* núm. 564, 2015.

lidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo³⁰. Es decir, que dicho plan debe servir para dar cumplimiento a esa idea acogida por la exposición de motivos antes referida y que señala la aptitud de la refinanciación para permitir la continuidad de una empresa viable. Ese requisito aparece como un presupuesto de la no rescindibilidad de un acuerdo de refinanciación (art. 71.bis.1 y 2 LC), pero también de la posibilidad de homologación judicial de un acuerdo de refinanciación (D. A. 4.^a LC).

Aunque resulte obvio señalarlo, no deben confundirse ambos conceptos, ya que por insolvencia entendemos un concepto legal contenido en el artículo 2 LC, que distinguen entre el concurso voluntario con insolvencia actual (incapacidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles) o inminente (previsión de no poder cumplir regular y puntualmente sus obligaciones), todo lo cual debe ser justificado debidamente por el deudor en su solicitud de concurso³¹. Sin embargo, el concurso necesario a instancia de acreedores requiere ya la existencia de impagos, sobreseimientos o incumplimientos generalizados.

Además existen problemas de coordinación entre Derecho de sociedades y concursal que eventualmente pudieran plantearse, así como el contenido del deber de fidelidad del administrador social en supuestos en que haya que optar entre reorganizar la sociedad o maximizar el valor de las acciones/participaciones de los socios –quizá agravando el estado de insolvencia– cuestión que en nuestro ordenamiento es solventada en el ámbito concursal a través de la responsabilidad concursal de los administradores de la concursada³².

En realidad, la preconcursalidad es abordada de diferentes modos, según los sistemas, pues cuando la insolvencia se vuelve inminente o inevitable, en algunos de hecho debe tener también en cuenta los intereses de los acreedores en lugar de concentrarse en maximizar el valor para los accionistas e impulsar a los directores a reducir al mínimo el daño para los acreedores³³. En efecto,

³⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», cit.

³¹ MARÍN DE LA BÁRCENA, «Intereses de los socios e intereses del concurso durante la tramitación del proceso concursal» en AA. VV. *Convergencias y paralelismos entre el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal*, Barcelona, 2007, pp. 303-307.

³² Se genera la progresiva configuración de un nuevo marco de deberes de los administradores sociales frente a los acreedores, en situaciones de insolvencia o próximas a ésta. Sobre su inserción en el marco de referencia comparado (s. 214 Insolvency Act; § 15 InsO y §§ 64 GmbHG, 92 AktG; L. 652-1 y L.651-2 Code de Commerce) de la normativa española, MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Responsabilidad concursal», *ADCo*, núm. 28, 2013, pp. 103-157.

³³ En una progresiva aproximación, de nuevo, al modelo tradicionalmente característico de los modelos norteamericano y del Reino Unido la Guía Legislativa de la CNUDMI *Los directores competentes deberían entender la situación financiera de la empresa y poseer toda la información que sea razonablemente posible para poder adoptar las medidas necesarias a fin de hacer frente a la dificultad financiera y evitar un empeoramiento de la situación. En esos momentos, los directores deben elegir el curso de acción*

tradicionalmente en este ámbito, excepción hecha del derecho alemán, los deberes de los administradores lo son frente a los socios en la consecución del interés social, también tradicionalmente identificado en una visión contractualista de éste con el interés de los socios. No obstante, las construcciones doctrinales que en el marco de la responsabilidad social corporativa han marcado el tránsito hacia la incorporación de otros stakeholders, e evidencia, particularmente, en situaciones de insolvencias o próximas a ésta.

En definitiva, parece clara la referida evolución desde un Derecho concursal hacia un Derecho preconcursal de reestructuración de empresas en crisis. En cuyo diseño legal se manifiesta; la necesidad de superación de las tradicionales categorías de Derecho privado y Derecho societario, y un nuevo marco de relaciones y composición de los intereses de socios-acreedores-administradores³⁴.

1.3 Las «resistencias» al «nuevo paradigma» concursal desde la perspectiva de nuestro sistema

Indudablemente la introducción de un nuevo paradigma tiene entre sus principales resistencias a su introducción, en el propio lenguaje³⁵. Serán precisas la

que mejor responda a los intereses de la empresa en su conjunto, tras haber sopesado los intereses de las partes interesadas correspondientes en las circunstancias concretas del caso. En algunos regímenes esas partes interesadas serán la propia sociedad y sus accionistas. En otros regímenes puede tratarse de una comunidad de intereses más amplia que incluya a los acreedores». Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, en su sesión, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada el 18 de julio de 2013, por la que se aprueba la «Cuarta parte: Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia», Naciones Unidas Nueva York, 2013, pág. 4.

³⁴ En este marco, se persigue dotar al procedimiento concursal de esta vertiente de reestructuración sin regulación de institutos preconcursales (*workouts*), situándose en este modelo la prevención en la insolvencia inminente (*Drohende Zahlungsunfähigkeit*), que permite anticipar el momento temporal de apertura del procedimiento concursal, aun cuando hasta el momento con escaso éxito, pues sólo un 1% de los procedimientos concursales solicitados y declarados en Alemania lo son por insolvencia inminente. De otro lado, la reforma francesa de marzo de 2014 (Ordonnance 2014/326, de 12 de marzo de 2014) reformando la *Prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives* y la reforma española acometida en virtud del RDL 4/2014 (hoy Ley 17/2014). Más operativa, sin embargo, parece la reforma española, impulsada por el Ministerio de Economía, y acometida en virtud del RDL 4/2014 por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, hoy Ley 17/2014, que, manteniendo la opción de política legislativa inicialmente ya presente en el RDL 3/2009 regula y potencia la preconcursalidad a través de los acuerdos extrajudiciales de refinanciación, que coexisten con los acuerdos extrajudiciales de pagos introducidos en virtud de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización, que en estas últimas reformas no han sido objeto de modificación, no obstante los defectos de técnica legislativa y política jurídica de los que adolece esta regulación. PULGAR EZQUERRA, J., «Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación» *RcP*, núm. 22, 2015, pp. 67-93.

³⁵ Kuhn señalaba: (...) *la característica esencial de las revoluciones científicas es su alteración del conocimiento de la naturaleza intrínseco al lenguaje mismo, y por tanto anterior a todo lo que puede ser completamente descriptible como una descripción o una generalización, científica o de la vida diaria.*

incorporación de nuevas palabras que delimiten los nuevos conceptos técnicos para trazar el nuevo mapa de nuestro sistema concursal, o quizás sea más preciso, el aumento del tamaño de su fase preliminar, hasta escasas fechas inexistente³⁶.

Si bien es cierto, que hoy por hoy no se ha dado ese paso de una forma nítida, y que estos conceptos no se han acuñado todavía, no podemos descuidar algunos datos de dicha problemática del precurso. Así, desde la óptica de una PYME, que si bien es diferente, parece igualmente querer ganar terreno la tutela de los acreedores de forma preventiva y vía responsabilidad de sus administradores, circunscrita en los denominados «test de solvencia»³⁷.

Lo señalado parece confirmar la *tecnificación y sometimiento de nuestro Derecho concursal a conceptos económicos*, unida a la finalidad de las sucesivas reformas legales tendentes a «minorar los riesgos» que implican el que las dificultades del deudor, y la perspectiva cercana de un posible concurso, le empujen a una suerte de parálisis en la relación con sus acreedores de manera que el concurso se convierta en la solución ineludible³⁸.

Para introducir en la ciencia el vacío o el movimiento lineal infinito se requerían informes observacionales que sólo podían formularse alterando el lenguaje con el que se describía la naturaleza. Hasta que ocurrieron esos cambios el mismo lenguaje resistía la invención e introducción de las codiciadas teorías nuevas. Considero que lo que indujo a Planck a cambiar elemento y resonador por «cuanto y «oscilador fue esta resistencia opuesta por el lenguaje. La violación o distorsión de un lenguaje científico que previamente no era problemático es la piedra de toque de un cambio revolucionario. KUHN, T. ¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos, op. cit., p. 92.

³⁶ No podemos dejar de señalar las limitaciones de nuestro propio idioma. Sin exageración destaca BORGES, J. L., «la ineptitud para formar palabras compuestas de la lengua española», («Las alarmas del doctor Américo Castro». *Otras inquisiciones*. Madrid, 1997, p. 51).

³⁷ Conforme a los cuales *la sociedad no deberá realizar distribución de beneficios al socio único si tiene como resultado que aquélla no pueda pagar sus deudas a medida que vayan vencimiento después de la distribución*. Desconocemos cual será el alcance de esta SUP, pues debe advertirse que nuestra realidad empresarial está lejos de ello, y su materialización implicaría un masivo tránsito del empresario persona física a persona jurídica *las pymes son responsables directas del 99% de las actividades empresariales españolas*, si excluimos agricultura y pesca, según *datos del Directorio Central de Empresas*. De hecho, España es el país de Europa con el mayor ritmo de creación de pequeñas y medianas empresas, aunque también es el que tiene el ritmo más alto de destrucción de este tipo de iniciativas. Aun así, sigue llamando poderosamente la atención que el 94% de las más de tres millones de empresas existentes en España son micropymes, es decir, tienen menos de 10 empleados asalariados en su plantilla. Focalizando la atención en las llamadas micropymes se pone de relevancia que el 60% de estas son personas físicas, es decir, que operan bajo el nombre del administrador y que, en su mayoría, el único trabajador es precisamente ese administrador. Sólo el 27,5% de las sociedades que tienen menos de 10 empleados están constituidas como sociedades limitadas, mientras que un escaso 5% están identificadas como sociedades anónimas y cerca del 8% como comunidades de bienes, sociedades cooperativas y el resto de denominaciones jurídicas que ampara la legislación. Todos estos datos sirven para poner de manifiesto que, pese a que las grandes operaciones de las enormes corporaciones son las que se llevan los titulares y las cifras llamativas, las que verdaderamente tiran del tejido empresarial español y reflejan de manera fiel el rumbo de la economía regional de un país son las pequeñas y medianas empresas.

³⁸ YAÑEZ EVANGELISTA, J./NIETO DELGADO, C., «Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos», *ADCo*, núm. 32, 2014, pp. 156-161.

Parece claro que la finalidad de nuestro legislador, en definitiva es que, la insolvencia no llegue a producirse; habilitando mecanismos societarios de reestructuración³⁹ y de que de producirse, se proteja a los acreedores sin llegar al costoso concurso, y de llegarse, sea en forma rápida.

Un ejemplo ilustrativo de lo señalado es facilitar que cualquier interesado pueda tener conocimiento de su «situación financiera personal», se habilitará una aplicación informática en la página web del Ministerio de Economía y Competitividad accesible de forma confidencial, gratuita y telemática a través de la cual se podrá determinar la situación de solvencia en la que se encuentra a los efectos de la aplicación de lo previsto en el título I del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* (Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, BOE núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015). Al mismo tiempo, que se facilite al empresario honrado mecanismos para su recuperación que le permitan seguir en la «economía formal».

Como vemos, un Derecho de insolvencias, más sistémico⁴⁰, armonizado, tecnificado, práctico e integrado, que desborda al clásico Derecho concursal y societario español, centrado con carácter preferente en el precurso y su particular problemática, en la que difícilmente puede establecerse netamente que, si la empresa es solvente, rige normalmente el Derecho de sociedades; mientras que si la empresa es insolvente, rige el concursal.

Pero quizá lo más destacable es para que este nuevo sistema preconcursal pueda funcionar correctamente, sería necesaria una reforma contable⁴¹, pues

³⁹ Téngase en cuenta que ante una situación de insolvencia societaria, incluso actual, en la propia Ley Concursal existe un margen temporal para que surja la obligación de solicitar la declaración de concurso, por lo que si se decide llevar a cabo una modificación estructural para eliminar la insolvencia y la modificación estructural tiene el éxito buscado, el concurso no tendría por qué solicitarse ni declararse; vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense, 2011/35, marzo 2011, Estudio publicado también en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011, pp. 151-170.

⁴⁰ Para CAPRA, F. (*The Web of Life* escrito en 1996, traducción española, *La trama de la vida*. Barcelona, 1998, p. 29) las ideas de los biólogos organicistas durante la primera mitad del siglo XX contribuyeron a una nueva manera de pensar, «el pensamiento sistémico», con conectividad, relaciones y contexto, donde propiedades esenciales de un organismo o sistema viviente, son propiedades del todo que ninguna de las partes posee; que emergen de las interacciones y relaciones entre las partes; propiedades que son destruidas si el sistema se disecciona, ya sea física o teóricamente, en elementos aislados. Así, el pensamiento sistémico fue una profunda revolución en la historia del pensamiento científico occidental.

⁴¹ El ámbito contable está siendo objeto también de importantes modificaciones que van desde Resolución de 14 de abril de 2015, *del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se establecen criterios para la determinación del coste de producción* (BOE, núm. 97, jueves 23 de abril de 2015). Esta Resolución constituye el desarrollo reglamentario de los criterios de registro y valoración para la determinación del coste de producción recogidos en el *Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por el Real Decreto 1514/2007*, de 16 de noviembre, que recoge en su Segunda Parte las normas de regis-

no se encuentra entre los requisitos legales que reflejan nuestros estados contables el que se incluyan estados previsionales, además de la asimetría informativa a la que se somete el acreedor al deudor, al no presentar información contable prospectiva. Ahora bien, ello se está atemperando. De hecho la reciente *redacción a los artículos 260 y 260 LSC que regula el contenido memoria Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas*, amplía el contenido y la información que suministrará la Memoria⁴².

En este sentido, las principales modificaciones que se están produciendo nos servirán para que la información contable que se suministra por el administrador de una sociedad pueda ser la base para formalizar un plan, como medio

tro y valoración que desarrollan los principios contables y otras disposiciones contenidas en la primera parte relativa al Marco Conceptual de la Contabilidad. O a lo más complejo, como es los nuevos requisitos de contabilidad de coberturas («la propuesta final») que formará parte de la NIIF 9, y que sustituirá en última instancia a la NIC 39 – Instrumentos financieros: Reconocimiento y valoración. Si una entidad aplica la norma, puede optar por aplicar la contabilidad de coberturas de la NIC 39 o de la NIIF. Será la culminación de la fase de deliberación sobre el borrador inicial publicado en diciembre de 2010 y únicamente cubre lo que el IASB describe como *modelo general de contabilidad de coberturas*. No obstante, El 12 de diciembre de 2013, el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (CNIC/IASB) publicó las Mejoras Anuales de las Normas Internacionales de Información Financiera, Ciclo 2010-2012, en el marco del procedimiento de mejora que lleva a cabo con regularidad ese Consejo para racionalizar y aclarar las referidas normas. Las mejoras anuales están destinadas a subsanar una serie de problemas derivados de posibles incoherencias en las Normas Internacionales de Información Financiera o de la necesidad de una formulación más clara, que, pese a no tener carácter urgente, es imprescindible abordar y que el CNIC/IASB debatió durante el ciclo de trabajos iniciado en 2010. Ello sigue pendiente de aprobación, tal y como recoge el Reglamento (UE) 2015/28 de la comisión de 17 de diciembre de 2014 que modifica el Reglamento (CE) no 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) no 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las Normas Internacionales de Información Financiera 2, 3 y 8 y a las Normas Internacionales de Contabilidad 16, 24 y 38, determina que las modificaciones de la NIIF 3 tienen como consecuencia la modificación de la NIC 37 y la NIC 39 con el fin de garantizar la coherencia entre las Normas Internacionales de Contabilidad. *Las citadas modificaciones de las normas vigentes contienen referencias a la NIIF 9 que no pueden aplicarse actualmente, ya que esta última norma no ha sido adoptada aún por la Unión*. Si bien, en julio de 2014 se emitió una nueva versión de la NIIF 9 Instrumentos financieros, que incorpora los criterios de reconocimiento y baja, clasificación y valoración de activos y pasivos financieros, el método de coste amortizado y deterioro de valor y la nueva contabilidad de coberturas. La norma será efectiva para ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2018, aunque la norma está pendiente de adoptar por la UE. Sobre la misma puede consultarse, del autor Barroso, C. los sucesivos artículos que se han ido publicando bajo el título «NIIF 9: Instrumentos financieros – La nueva era de los instrumentos financieros» en *Revista Contable*, núm. 26, *Sección Artículos / Normas internacionales*, Octubre 2014.

⁴² Entre otros extremos, obliga a informar sobre el plazo y el método de amortización de todos los inmovilizados intangibles y no sólo sobre los ajustes del fondo de comercio (dado que no aplican y todo inmovilizado intangible debe ser amortizado). Se da un nuevo tratamiento, al fondo de comercio (normativa que entrará en vigor a los ejercicios que comiencen el 1 de enero de 2016) que ha modificado el artículo del Código de comercio (apartado 4 del artículo 39) que lo regula. La nueva redacción establece que los inmovilizados intangibles (como las marcas, v.gr.) son activos de vida útil definida y que cuando la vida útil de estos activos no se pueda estimar de manera fiable, se amortizarán en un plazo de 10 años. Y, para el fondo de comercio señala que *se presumirá, salvo prueba en contrario, que la vida útil es de 10 años*. Eso supone un cambio sustancial con respecto a la situación actual, en la que las empresas debían hacer anualmente una prueba de deterioro y amortizar solo el fondo de comercio y los intangibles en caso de que este hubiera perdido su valor, pues se consideraba que su vida útil era indefinida.

para la discusión, información, explicación y control de su propia gestión⁴³. E implícitamente, la relativización de la eficacia del régimen preventivo del capital que, desde sus orígenes, se apoya la estructura organizativa de las sociedades con estructura corporativa y separación patrimonial, es principalmente debida a la importación del modelo americano de contabilidad basado en el *fair value*⁴⁴. Ello ya estaba presente desde la implantación de las *Normas Internacionales de Contabilidad y de Información Financiera (NIC/NIIF)*. Tales normas, como señala Alonso Ledesma al responder a una concepción más dinámica de la contabilidad que el tradicional sistema de la Europa continental, ponen en cuestión

⁴³ En efecto, como ya pusimos de manifiesto (PASTOR SEMPERE, C., «Cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal», en AA. VV. *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, Madrid-Barcelona 2006, pp. 490-522) nuestro legislador nunca pensó, seriamente, en que el procedimiento concursal español fuera un instrumento al servicio de la «conservación de la empresa» y ello quedó claramente retratado en una pieza fundamental del sistema «el informe de la Administración concursal», pues como señalábamos *Una vez concluida esta fase común, la administración debe informar nuevamente en las dos posibles soluciones que puede seguir el concurso; Convenio o liquidación. Esta situación motivada debe quedar referida, como ya indicamos, a la situación actual, haciendo naturalmente referencia a las circunstancias que llevan a esta, en un análisis, si se quiere retrospectivo, salvo que el concursado haya presentado un convenio anticipado con el consiguiente plan de pagos y, en su caso, de viabilidad, donde a tenor del artículo 57.2.3.º se unirá al informe, «el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado. Entendemos que sólo en este último caso, la valoración de la situación patrimonial podría tener un contenido «prospectivo» dirigido a la conservación de la empresa pero no a su saneamiento, salvamento o recuperación de la empresa en crisis. Esta situación es diferente, en los países de nuestro entorno. Así en Francia es contenido obligatorio del balance económico y social, como segunda parte del mismo, la inclusión de una información «prospectiva» sobre la empresa sometida al procedimiento, en cuyo marco su autor indica cuales son, según él y siempre a la vista de la situación, las perspectivas de reflotamiento de la empresa («redressement»). En la actualidad está en fase de Proyecto una nueva Ley que introduce en el ordenamiento francés dos nuevos procedimientos concursales bautizados con el nombre «conciliation», de carácter preventivo y el «Sauvegarde», más interesante al objeto de nuestro estudio (que no sustituye al «redressement» sino que lo complementa, al igual que tampoco lo hace con el que pasará a ser el cuarto procedimiento, el de «Liquidación») y que permite al deudor, que justifique unas dificultades susceptibles de llevarle a la cesación de pagos, la elaboración de un plan orientado a la «reorganización» de la empresa y al arreglo del pasivo. Las medidas son debatidas por el deudor con sus acreedores reunidos en comités y una vez que los comités aceptan un plan, el tribunal competente lo homologará, después de asegurarse de que todos los derechos de los acreedores son suficientemente salvaguardados. En Alemania, el administrador de la insolvencia («Insolvenzverwalter»), debe determinar en su informe, sobre la situación económica del deudor y sus causas, y si hay perspectivas fundadas de mantener en todo o en parte la empresa, lo que puede terminar en un juicio favorable al saneamiento de la empresa o a su inmediata liquidación (Insolvenzordnung, par. 156 de 5 de octubre de 1994). Sobre la recepción de esta orientación conservativa de la empresa antes de las últimas reformas concursales también, LARGO GIL, R. («el convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)», *RcP*, núm. 9, Sección Estudios, Segundo semestre de 2008, p. 87). Sobre ello, últimamente, puede consultarse en AA. VV. *Conservación de empresas en crisis en Estudios jurídicos y económicos*, Madrid, 2013, y ZABALETA DIAZ, M., «El Derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», *BIB* 2013\1720, *ADCo* núm. 30, 2013, GARNACHO CABANILLAS, L., *El convenio de Asunción*, Colección Estudios de Derecho Concursal, Madrid 2014.*

⁴⁴ EMBID, J.M., «El presente incierto del Derecho de sociedades», *RDM*, núm. 272, 2009, pp. 453, 470, GONDRA, J., «El nuevo rumbo del derecho de balances europeo: las opciones que se abren al legislador español», *RdS*, núm. 23, 2004, esp. pp. 46 y s.

la propia función del capital social. Basta con recordar que la adopción del valor razonable (*fair value*), o valor de mercado, conforme al cual han de valorarse los activos, incide decisivamente en la obtención del resultado contable de las sociedades y, por ende, en el reparto de beneficios. Mientras que con los criterios de valoración tradicionales inspirados por el principio de prudencia valorativa (basado, entre otros, en el de valoración al coste histórico), se permitía la formación de reservas tácitas y, como tales, no repartibles, con la adopción del criterio del *fair value* es necesario recoger la pérdida o la ganancia surgida de dicha valoración en el resultado del ejercicio, lo que, en principio, permitiría repartir la plusvalía generada con lo que se reduce la fiabilidad del capital social para verificar la situación patrimonial de la sociedad⁴⁵.

No puede dejar de reconocerse que, a nuestros efectos constituye un potente atractivo legislativo la propuesta *Societas Unius Personae* (SUP) por el efecto que sobre la tutela de los acreedores, pueden tener los denominados «test de solvencia», conforme a los cuales *la sociedad no deberá realizar distribución de beneficios al socio único si tiene como resultado que aquélla no pueda pagar sus deudas a medida que vayan vencimiento después de la distribución*. El referido test de solvencia, conlleva la obligación del administrador social de certificar por escrito que, tras haber investigado a fondo la situación y perspectivas de la *Societas Unius Personae*, se ha formado una opinión razonable de que la sociedad podrá pagar sus deudas a medida que vayan venciendo en el curso normal de la actividad empresarial, en el año siguiente a la fecha de la propuesta de distribución de beneficios, sancionándose de otro modo a los administradores con su responsabilidad por infracción de las reglas de distribución de beneficios. Pese a darse una noción amplia de distribuciones parece que en general el tratamiento de las mismas en la Propuesta sólo se adecua a las distribuciones de beneficios y no a otras operaciones indirectas u opacas (donaciones, anticipos, compras en condiciones favorables para el socio, etc)⁴⁶.

Inevitablemente ello nos sitúa ante un replanteamiento de las funciones del capital social y de las causas de disolución de las sociedades, a la par que evitar un escenario concursal costoso y lento desde su estado incipiente, en el precurso, así como una protección de acreedores más eficaz, pudiendo acudir al

⁴⁵ La literatura en la materia es muy abundante. Para referencias a aquellas propuestas y reflexiones críticas, vid. ALONSO LEDESMA, «Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital como técnica de protección de los acreedores», AA. VV., *Libro homenaje al prof. García Villaverde, R.*, Vol. I, Madrid 2007, pp. 129 y ss.

⁴⁶ PULGAR EZQUERRA, J. «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español» en AA. VV., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 253-268, p. 256.

procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, o un acuerdo de refinanciación, caso de ser una empresa apalancada, pero realmente viable o caso contrario acudir a un procedimiento más simple de disolución de sociedades⁴⁷, como se evidencia con su agilización en la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria* (Núm. 158, viernes 3 de julio de 2015) –capítulo IV. *De la reducción de capital social y de la amortización o enajenación de las participaciones o acciones*; y capítulo V. *De la disolución judicial de sociedades*–⁴⁸.

Por otro lado, en el precurso, como se ha advertido recientemente, parece que el legislador está haciendo referencia a una futura regulación del contenido de estos informes. Parece atisbarse que esas normas de rango reglamentario o de impulso corporativo que debieran complementar el art. 71.6 o la D. A. 4.^a LC pudieran inspirarse en no pocos aspectos de las normas del trabajo de los auditores de cuentas, aunque es manifiesto que el contenido del informe de experto tiene muchos aspectos que son completamente distintos al trabajo de verificación contable⁴⁹.

Si no se cuenta con un sistema de información contable confiable del deudor y no se cuenta con un plan de negocios o de reestructuración económica y financiera, no hay modo alguno que permita al acreedor tomar una decisión basada en la racionalidad económica, sino sólo basada en la promesa del deudor y la intuición del acreedor. Deben incorporarse, por tanto, un desarrollo normativo del Plan de Viabilidad en aras a facilitar del desa-

⁴⁷ A propósito de la Propuesta de Código mercantil, hecha pública en julio de 2013, QUIJANO, J., «La extinción de la sociedad sin declaración judicial de concurso en caso de falta de activo», en AA. VV., *La liquidación de la masa activa. VI, Congreso español de Derecho de la insolvencia, «In memoriam a Emilio Beltrán»*, Pamplona, 2014, p. 718.

⁴⁸ Se ocupa de esta materia los artículos 125 a 128 de la Ley. Este acto de jurisdicción voluntaria debe ponerse relación con el artículo 366 de la LSC que permite a cualquier interesado instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social si concurre alguna de las causas de disolución obligatoria del artículo 363 de la misma Ley y la junta general no fuere convocada o no acordare la disolución de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado, bajo la fuerte responsabilidad que se establece en el artículo 367. La competencia es exclusiva del Juzgado de lo Mercantil del domicilio de la sociedad. Están legitimados los administradores, los socios y cualquier interesado. Requiere abogado y procurador. Previa solicitud se procede a una comparecencia de todos los interesados, incluyendo obviamente a los administradores de la sociedad. El expediente termina por auto que designará a los liquidadores remitiéndose testimonio del mismo para su inscripción en el Registro Mercantil.

⁴⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciacines y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», cit., *El problema fundamental radica en que un documento de tanta importancia no cuenta por el momento con una adecuada determinación, armonización o normalización. Su contenido básico lo enuncia el art. 71 bis 4 LC, que termina diciendo que junto a la afirmación referida al carácter razonable y realizable del plan de viabilidad y la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado deberán incluirse «las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable.*

rollo de un procedimiento concursal preventivo transparente y de buena fe, que muestre a los acreedores la viabilidad de la empresa y la posibilidad de pago del pasivo, más allá de lo que se obtendría en la liquidación de la misma.

Pero las resistencias e insuficiencias por parte de nuestro actual Derecho son quizá más evidentes en aspectos clave del nuevo paradigma y la concurrencia de sacrificio desproporcionado en el plan de viabilidad y la protección de los acreedores disidentes, como a continuación comprobaremos.

A nuestro juicio las sucesivas reformas no han sabido conjugar correctamente la reorganización/conservación de la empresa, y atender los intereses de sus acreedores, incluidos los ausentes o disidentes, y otros *stakeholders* como sus trabajadores, como veremos.

2. LOS PROCEDIMIENTOS PRECONCURSALES EN NUESTRO PAÍS

2.1 Nuevas medidas e instrumentos comunes para facilitar la refinanciación de empresas y la transmisión de unidades productivas

2.1.1 *La nueva clasificación de las preinsolvencias según el tamaño de la empresa*

Ha sido determinante, en este contexto, las diferentes alternativas y el modo en que desde las grandes empresas están enfrentando la crisis. Un número importante de compañías españolas han recurrido en los últimos tiempos a soluciones extrajudiciales, similares a otras comúnmente utilizadas en el Derecho comparado, con las que han intentado enfocarse hacia la viabilidad, superando sus problemas financieros, de liquidez o estructurales y evitando el procedimiento concursal⁵⁰.

Con ello las modificaciones estructurales y las operaciones de refinanciación concursales han adquirido un singular protagonismo con respecto al Gran concurso⁵¹. Así, ante todo, en el ámbito de las grandes sociedades mercanti-

⁵⁰ GARRIDO DE PALMA, V. M.: «Presentación», en AA. VV., *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, 2011, p. 9.

⁵¹ En este sentido ya indicaba Beltrán Sánchez, E., *La modificación estructural debería constituir siempre una alternativa al concurso o, al menos, estar iniciada cuando el concurso se declarara, y no una solución del concurso*, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en AA. VV., *Derecho de Sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*, Dir. Embid Irujo, J. M./León Sanz, F. J., Granada 2011, pp. 597-609.

les⁵², la modificación estructural y los acuerdos de refinanciación concursales se han venido utilizando como instituto preventivo del concurso⁵³.

Éstos se convierten en los principales motivos de su protagonismo en el llamado «Derecho de la Crisis»⁵⁴, en la medida en que salvaguardan la continuidad de la sociedad fusionada, escindida, cedida –mediante cesión global de activo y pasivo–, pues la exigencia de unidad económica –a pesar de su indefinición por la LME– y ahora Unidad Productiva (Ley Concursal) reestructurada mediante un acuerdo de refinanciación concursal, mantienen como eje vertebrador de estas operaciones, deja fuera cualquier duda sobre la apreciación del interés general en la conservación de las empresas⁵⁵.

Al mismo tiempo era justo constatar como resultaba altamente improbable que una PYME pudiera acudir a los procedimientos de modificación estructural o a soluciones extrajudiciales de refinanciación y que, abocadas de este modo al concurso, incluso las de un tamaño medio acabaran muriendo a lo largo del procedimiento concursal, destinadas a una irremediable liquidación⁵⁶. De hecho, el Fondo Monetario Internacional (FMI) exigió a España en su informe de 2014 que reforzara el marco concursal español porque no ayu-

⁵² Sobre ello nos remitimos a nuestro trabajo, PASTOR SEMPERE, C., «Garantías específicas de los acreedores en las operaciones de escisión tras ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital» en AA. VV., *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Dir. Embid Irujo, J. M., Granada, 2013 pp. 301-330.

⁵³ REDÍN GOÑI, D. M./ ARANDA LEÓN, C./ ARELLANO GIL, J., «Análisis económico», en AA. VV., *Las soluciones a la situación de insolvencia*, Coord. Hualde López, I., Cizur Menor, 2014, pp. 440 y ss.

⁵⁴ Magistralmente, EMBID IRUJO, J. M., *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, 2013, pp. 88 y ss.

⁵⁵ Vid. sobre el mismo ALONSO UREBA, A., «La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización y régimen», *RdS* núm. 33, año 2009-2, especialmente, pp. 25 y 26; ALONSO UREBA, A./RONCERO SÁNCHEZ, A., «La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de Modificaciones Estructurales» en *RdS*, núm. 34, 2010, especialmente pp. 274-275.

⁵⁶ Es relevante a estos efectos el estudio estadístico Estadística concursal, *anuario 2011*, realizado van Hemmen, E., Editado por *Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España*, Madrid, 2012, en el que se señala que para valorar si el nivel de recursos generados de las concursadas les permitirá sobrevivir al procedimiento, debemos tener en cuenta que el hecho de que en 2011 solamente el 11% de las empresas exhiba una capacidad suficiente para liquidar sus deudas en menos de 10 años resulta muy revelador, ya que son 5 los años que establece la Ley Concursal (art. 100.1) como límite normal para las esperas de los convenios (siendo la ‘espera’ el período de tiempo total para el que se programan los compromisos de pago futuros), lo que, unido a que la quita normalmente no puede superar el 50%, nos lleva a concluir que solamente este 11% tiene potencial para alcanzar un convenio. No mejoran, por tanto, las expectativas de supervivencia de las sociedades concursadas del ejercicio 2011 respecto a años anteriores, (p. 19) y añade en su p. 46. que una de las características que mejor define a las concursadas que eluden la liquidación es la capacidad para generar recursos. Este resultado se confirma tanto para la sub-muestra de sociedades que presentaron cuentas de acuerdo al PGC 1990 (que entraron mayoritariamente en concurso en 2009), como las que lo hicieron siguiendo los criterios del PGC 2007 (la mayoría de las cuales inició el concurso en 2010). También se confirma que las que inician la fase de convenio, así como las que finalmente logran el acuerdo en 2011 registran mayores volúmenes de tamaño, especialmente si se consideran las que iniciaron el concurso en 2009. También se observa que para tener posibilidades de sobrevivir al procedimiento, además de poseer una mínima dimensión, la concursada

daba a las PYMEs ni a autónomos, los grandes olvidados de todas las reformas que se han lanzado para reflotar empresas endeudadas o en quiebra, incluso el Real Decreto-ley de refinanciaciones de marzo de 2014.

Lo señalado en un país cuyo tejido empresarial se compone de PYMEs en niveles muy superiores al de otros países obligaba a dar una respuesta de nuestro legislador que dispusiera a su alcance una batería de instrumentos de reestructuración empresarial y saneamiento⁵⁷.

Parecía, pues, que debía cambiar el interés exclusivo por parte de nuestro Estado en *reflotar empresas* que por su tamaño *no se les puede dejar liquidar o no se les puede dejar caer (too-big-to fail)* sin pensar en la sangría de puestos de trabajos que supone la suma total de PYMEs liquidadas. Se debía frenar esta hemorragia, evitando que se destruyera más tejido y que fuera el propio cuerpo social el que se regenerara y creara más tejido, pues se entró en un círculo vicioso de destrucción de tejido empresarial real de imprevisibles consecuencias, en el que la mayoría de medidas enfocadas a la creación de empresas y empleo fracasaban⁵⁸.

debe acumular experiencia en el mercado: las sociedades que alcanzan el convenio tienen más edad que las que se liquidan (4 años más, si consideramos las medianas).

⁵⁷ En opinión de LEÓN SANZ, F., «La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia». BIB 2013\1716 *Anuario de Derecho Concursal* núm. 30, 2013, *La salida de la crisis requiere de importantes sacrificios y de una profunda reorganización con el objetivo de reducir los costes, aumentar la eficiencia y lograr que la empresa vuelva a ser solvente y rentable como consecuencia de las medidas de reestructuración adoptadas. La aplicación de esta clase de soluciones a las crisis de las pequeñas y medianas empresas es, en principio, posible, en la medida en que también en las pequeñas y medianas empresas hay un interés en aprovechar los valores inmateriales de la empresa como instrumento para lograr su saneamiento. Sin embargo, en esta tipo de empresas las posibilidades son ordinariamente menores por la falta de tamaño y por el sustrato personalista.*

⁵⁸ Las conclusiones a las que se llega en el *Estudio Consejo General Economistas* «Análisis de la pyme en la reforma concursal y la incidencia del crédito público» 16 de julio de 2014 (disponible en <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/CONCLUSIONES1672014.pdf>, consultada 22 de octubre de 2014) es que La empresa concursal tipo en España es una micropyme con plantilla de 1 a 9 trabajadores y volumen de negocio inferior a 2 millones de euros. Al realizar un análisis dentro del número de concursos que corresponde a pymes y dentro de las mismas al dividir las entre autónomos (empresas con un solo trabajador), micropymes (cifra de plantilla inferior a 10 trabajadores y volumen de negocios inferior a 2 millones), pequeñas empresas (cifra de 10 a 49 trabajadores y volumen de negocios de 2 hasta 10 millones de euros) y medianas empresas (de 50 a menos de 250 trabajadores y volumen de negocios de 10 a 50 millones de euros), podemos concluir que la gran mayoría de los concursos en nuestro país, son micropymes (58% en el año 2013 con un crecimiento desde 2005, que suponía el 48%), con plantilla de 1 a 9 trabajadores y volumen de negocio inferior a 2 millones de euros. Hacemos notar, que ni siquiera la mayoría de empresas en concurso son pequeñas empresas (pues en 2013 representaron el 28,43%). Esto es, el número de concursos de empresas hasta 10 millones de euros de volumen de negocio (si incluimos en las mismas autónomos, micro y pequeñas empresas es del 78, 71%). Téngase en cuenta que con datos de enero 2013 del DIRCE (Directorio Central de Empresas del INE) el número de empresas que disponen de menos de 9 asalariados (una de las variables para configurarlas como micropymes) es de 3.006.979 que del total de empresas en nuestro país, 3.142.928, suponen más del 95% de todas las empresas. En comparación con la Unión Europea, las microempresas (de 0 a 9 empleados) en España suponen el 95,7% del total de empresas, 3,6 puntos por encima de la estimación disponible para el conjunto de la UE en 2012 (92,1%).

Se hacía, pues, necesaria y urgente una respuesta del legislador que nutriera a nuestras PYMEs de adecuados instrumentos de reestructuración empresarial y saneamiento que permitieran acometer una *reestructuración socialmente inteligente*⁵⁹. Pero atender esta necesidad no satisfecha por nuestro Derecho concursal⁶⁰, no suponía, de forma precipitada, implantar una solución extraña y novedosa a nuestro sistema jurídico como ha sucedido con los mal regulados empresario de responsabilidad limitada y *segunda oportunidad* o *fresh start* a los que ya nos referimos⁶¹.

Pues bien recientemente, han sido equiparados los acuerdos de refinanciación con los acuerdos extrajudiciales de pagos mediante el reciente Real Decreto-ley de 27 de febrero de 2015 –1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* (Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*–, BOE núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015). Podemos por tanto, afirmar que, a grandes rasgos, las posibilidades de reestructuración en nuestro país son las mismas, con independencia del tamaño de la empresa.

Ahora bien no podemos dejar de señalar, sin perjuicio de que esta cuestión será tratada más adelante, que en esta equiparación se han obviado problemas particulares y principales obstáculos para una refinanciación de PYMEs, pues suelen ser sus principales acreedores, los acreedores públicos –blindados también en los acuerdos extrajudiciales–. Ello es un escollo, que puede hacer

⁵⁹ En palabras del *Comité Económico y Social Europeo*, asistimos a una *reestructuración a gran escala como consecuencia de la crisis en la economía europea. Las estrategias de reestructuración socialmente responsables son una condición esencial para evitar más quiebras y cierres de empresas, mantener y crear empleo y organizar el bienestar social mediante el impulso de la competitividad y el desarrollo local*. (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Cooperativas y reestructuración» (dictamen de iniciativa) (2012/C 91/05): eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ: C:2012:191:0024:0029: ES: PDF). Ello es reiterado en el *INFORME del Parlamento Europeo* de 12 de junio de 2013, sobre *la contribución de las cooperativas a la salida de la crisis* (A7-0222/2013), Comisión de Industria, Investigación y Energía, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0222+0+DOC+XML+V0//ES>, (...) *las reestructuraciones industriales, son capítulo esencial de la nueva política industrial europea*.

⁶⁰ Cuya finalidad es esencialmente solutoria, como ya apuntamos (Olivencia, M., «La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso, cit. pp. 39 y 40).

⁶¹ Se regula por primera vez en España la denominada «*segunda oportunidad*» o «*fresh start*», que se concreta en la posibilidad de que el deudor pueda, en el marco de su concurso de acreedores, cancelar definitivamente deudas que no han podido ser satisfechas con sus bienes y activos presentes. Sobre el mismo vid. CUENA CASAS, M., «Fresh Start y mercado crediticio», *InDret*, www.indret.com, núm. 3, julio de 2011. El alcance de este «fresh start» es, no obstante, limitado pues sólo pueden acceder a él determinado tipo de deudores, no se extiende a los créditos de Derecho Público y exige que el deudor satisfaga íntegramente ciertas clases de créditos (especialmente los créditos privilegiados, entre los que se encuentran los garantizados con hipoteca o prenda). A juzgar por los requisitos exigidos por el legislador, le auguramos escaso éxito en nuestro país. Vid. *supra* capítulo segundo.

inviabiles los intentos de reestructurar una PYME cuyos principales acreedores suele ser Hacienda y Seguridad Social.

Sobre ello y a juicio del FMI, esta escasísima utilización del marco concursal se debe a que las micropymes tienen escasos incentivos para acogerse al procedimiento. *Los planes de reestructuración son muy restrictivos y no obligan a los acreedores privilegiados y, sobre todo, a los públicos, es decir, a Hacienda y a la Seguridad Social.* En este último punto, el organismo destaca que *la mayoría de la deuda de las pymes es con acreedores privilegiados y públicos y su falta de habilidad para liderar los procesos y las votaciones lleva a que las refinanciaciones sean muy ineficaces para las pymes*⁶².

Si bien el criterio para optar por un procedimiento para una gran refinanciación o por una pequeña se establece por la Ley concursal (artículo 231), para

⁶² Los informes del FMI sobre la legislación concursal de un país no son excepcionales. A estos efectos, salvadas las distancias y el tiempo transcurrido, conviene recordar el demoledor informe *procedimientos de insolvencia ordenados y eficaces* (presentado en el año 2000, en el contexto de deterioro económico sufrido por Argentina, con «epicentro» entre el año 2000 y el 2003) que realizó sobre la Ley de Quiebras argentina ley 25.563, y del que se hizo eco una dolido doctrina (sobre ello vid. ROITMAN, H./RIVERA, J. C., «El derecho concursal en la emergencia», en *Revista latinoamericana de Derecho*, núm. 1, 2004, pp. 382-383) y que provocó un acelerado y frenético ritmo de reforma. En efecto, conforme al artículo IV de su Convenio Constitutivo, el FMI mantiene conversaciones bilaterales con sus miembros, habitualmente todos los años. Un equipo de funcionarios del FMI visita el país, recaba información económica y financiera, y analiza con las autoridades la evolución del país y sus políticas en materia económica. Tras regresar a la sede del FMI los funcionarios elaboran un informe que sirve de base para el análisis del Directorio Ejecutivo. Al concluir las deliberaciones, la Directora Gerente, como Presidenta del Directorio, resume las opiniones de los directores ejecutivos, y el resumen se comunica a las autoridades del país. En el citado informe (<http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14192.pdf>), el FMI denuncia que el marco concursal español no está preparado para atender a las microempresas, *la mayoría de las cuales operan como compañías de un solo propietario*. Las microempresas, que define como empresas con menos de 10 empleados, suponen el 95% del tejido empresarial español. Más precisamente, prosigue, a finales de 2012, el 53% no tenía otros empleados además de su dueño, el 29% contaba con dos trabajadores, y sólo el 4% reunía 20 empleados o más. El organismo subraya que estas empresas *tienen unas características únicas* y unas necesidades que el marco concursal español no cubre, ya que se superponen los activos empresariales y personales, lo que lleva a los acreedores a tomar en prenda hipotecas de activos personales de los dueños y directivos. De esta forma, continúa el FMI, el fracaso comercial a menudo conlleva la insolvencia personal y familiar, con los costes sociales subsiguientes e impacto en la actividad económica a través de la compresión de la demanda. Además, el Fondo señala que el régimen concursal es *infrautilizado por la pymes debido a los insuficientes incentivos para su uso*. A pesar del incremento de los concursos de empresas grandes y medianas, constata el estudio, el uso del proceso por parte de las micropymes es todavía inhabitual: sólo doce de 10.000 micropymes lo usaron en 2012. A juicio del FMI, esta escasísima utilización se debe a que las micropymes tienen escasos incentivos para acogerse al procedimiento. *La falta de una descarga efectiva del emprendedor y autónomo ofrece pocas esperanzas a los deudores de que emergerán de su insolvencia al final del proceso. Los planes de reestructuración son muy restrictivos y no obligan a los acreedores privilegiados y, sobre todo, a los públicos, es decir, a Hacienda y a la Seguridad Social*. En este último punto, el organismo destaca que *la mayoría de la deuda de las pymes es con acreedores privilegiados y públicos y su falta de habilidad para liderar los procesos y las votaciones lleva a que las refinanciaciones sean muy ineficaces para las pymes*. Estos procesos suelen acabar en liquidación automática. A todo esto se suma, añade el estudio, la lentitud del proceso, su rigidez y la falta de fórmulas alternativas a los tribunales, factores que llevan al FMI a concluir que *el régimen no cubre al emprendedor responsable y cooperador después del procedimiento*.

el caso de las de menor dimensión –acuerdos extrajudiciales de pagos–, para los supuestos en los que el deudor sea persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.

En el caso de deudor persona natural empresario, se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos. También podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, que se encuentren en estado de insolvencia, sean o no sociedades de capital, que en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley y que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

Por otro lado, debe destacarse los nuevos criterios introducidos por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* (Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, BOE núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015), que desarrollan la nueva clasificación legal de los concursos en función de su tamaño, y que diverge de los empleados por el legislador para delimitar y clasificar en el precurso los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales.

Los requisitos que determinan esa clasificación ahora vienen dados por factores como el número de trabajadores empleados en la concursada, el número de acreedores, la estimación inicial de pasivo y del activo, así como la cifra de negocios. Debe precisarse que, la Ley 17/2014 (Ley 17/2014, de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, pendiente de desarrollo reglamentario) respecto de la acreditación de la administración concursal, y el sistema de designación de la misma en la declaración del concurso y la modulación de la retribución con una mecánica basada en la segmentación de los requisitos necesarios según tres tramos de concursos, pequeños, medianos y grandes, dejando al albur reglamentario qué se entiende por cada uno de esos escenarios, aunque se mantienen determinadas especialidades, como las reservadas a las entidades bancarias, las compañías de seguros y las empresas que cotizan en Bolsa, donde este sistema se aparta en aras de la discrecionalidad oportuna. La retribución también encuentra modificaciones ya en la propia norma, exce-

lencia en la gestión, para a continuación volver a la remisión reglamentaria posterior⁶³.

De este modo, siguiendo los criterios introducidos por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* (Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, BOE núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015), se entiende por concurso de pequeño tamaño aquel en que concurren tres de los siguientes requisitos: el número de trabajadores no exceda de nueve en el momento de declaración del concurso; que la lista de acreedores no supere los 50; que no supere el millón de euros la estimación inicial del pasivo, la valoración inicial de los bienes o la cifra de negocios anual.

Se define como mediano, aquel concurso en el que concurren tres de los siguientes requisitos: que el número de trabajadores se sitúe entre los 10 y los 49 en el momento de la declaración de concurso; que la lista de acreedores esté entre 50 y 100 acreedores; que sea superior al millón de euros y no exceda de 10 millones de euros la estimación inicial del pasivo o la valoración inicial de los bienes; o la cifra de negocios anual no supere cinco millones de euros anuales.

En el caso del gran concurso, se parte de los límites superiores establecidos para el concurso mediano. Además con independencia del tamaño, se consideran incluidos en la calificación de grandes concursos, aquellos en que al menos la cuarta parte del valor de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor corresponda a bienes que están fuera del territorio español, siempre que el valor del inventario sea superior a los 10 millones de euros.

También, lo serán aquellos en que el número de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios que

⁶³ A estos efectos, es importante destacar que se encuentra pendiente de que se complete la reforma que introdujo la Ley 17/2014, en el preámbulo de la Ley, se advertía sobre los cambios que se introducían con respecto a la capacidad de quien pueda ser nombrado administrador concursal, su sistema de designación o con respecto a su remuneración. La modificación de determinados artículos de la LC por la Ley 17/2014 quedó supeditada al correspondiente desarrollo reglamentario. A este respecto la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014 establecía que tal desarrollo debía de aprobarse en un plazo máximo de seis meses. El reglamento completará las modificaciones a los artículos 27, 34 y 198 de la LC. Según parece *Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal*, (MINECO) fechado el 7 de julio de 2015 desarrollará en su capítulo II, una nueva clasificación legal de los concursos en función de su tamaño como aproximación a su complejidad. Los criterios a los que se atiende para efectuar esa clasificación son el número de trabajadores empleados en la concursada, el número de acreedores, la estimación inicial de pasivo y del activo y la cifra de negocios. No obstante, el tamaño no es la única variable que indica la complejidad del concurso, por lo que se prevén algunas especialidades. Por un lado, los concursos de las personas naturales que no lleven a cabo actividades empresariales o profesionales se consideran siempre concursos de pequeño tamaño.

figuren en el inventario sea superior a diez o, al menos, tres de ellos radiquen en distintas provincias. En la misma situación se encontrarán los casos en que el concursado haya emitido valores que estén admitidos a cotice en mercados secundarios oficiales y plataformas multilaterales de negociación; o el concursado sea una entidad de crédito o de seguros o se encuentre bajo supervisión de la CNMV. Finalmente, se incluye en este nivel a los concursos conexos y a aquellos en que se tramiten ante el juez expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, siempre que el deudor concursado tenga más de 50 trabajadores.

Por último indicar que, y en referencia a la remuneración, la Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, BOE núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015, se modifica el párrafo primero y las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 34⁶⁴.

2.1.2 *La comunicación previa del artículo 5 bis*

El éxito de los procesos de negociación de acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos puede verse comprometido por los acreedores que no deseen participar en la solución acordada y colectiva, prefiriendo una satisfacción aislada y quizá más cercana a sus intereses mediante el ejercicio de acciones ejecutivas individuales sobre el patrimonio del deudor. O que se solicite un concurso necesario por parte de algún acreedor. La consecuencia legal de esta comunicación fundamentalmente y con anterioridad a la reforma, era la prórroga en el plazo de exigibilidad del deber del deudor de solicitar su

⁶⁴ Quedan redactados en los siguientes términos: 2. *La retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá al número de acreedores, a la acumulación de concursos, al tamaño del concurso según la clasificación considerada a los efectos de la designación de la administración concursal y a las funciones que efectivamente desempeñe la administración concursal, de las previstas en el artículo 33.*

«b) Limitación. La cantidad total máxima que la administración concursal podrá percibir por su intervención en el concurso será la menor de las dos siguientes:

- I) *La cantidad resultante de multiplicar el activo del deudor por un 4 por ciento.*
- II) *Un millón quinientos mil euros.*

No obstante, el juez de forma motivada y oídas las partes, podrá aprobar una remuneración que supere el límite anterior cuando debido a la complejidad del concurso los costes asumidos por la administración concursal lo justifiquen, sin que en ningún caso pueda exceder del 50 por ciento de dicho límite.

c) *Efectividad. En aquellos concursos que concluyan por la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, se garantizará el pago de un mínimo retributivo mediante una cuenta de garantía arancelaria, que se dotará con las aportaciones obligatorias de los administradores concursales.*

concurso y la imposibilidad de que los acreedores instasen el concurso mientras se negociaba la refinanciación de la deuda.

Por ello, para evitarlo, se establece un plazo de tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; transcurrido el cual deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia (en el supuesto de los acuerdos de refinanciación).

Con la finalidad de evitar que ello pueda comprometer la marcha de las negociaciones que se puedan haber iniciado y condenar al fracaso las expectativas y posibilidades de una salida razonable a su situación de crisis económica la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, (Ley 17/2014, de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*) ha venido reformar el art. 5 bis de la Ley Concursal para prever la paralización de las ejecuciones singulares (prohibición de inicio de ejecuciones y suspensión de las ya iniciadas). Y ello con el objetivo evidente de generar un marco de protección y de seguridad que, al hacer disminuir las incertidumbres, favorezca el buen fin de este tipo de procesos.

De este modo el tenor literal del apartado 4 del art. 5 bis LC: *Desde la presentación de la comunicación (...) no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos...* Al respecto, la comunicación cuya presentación desencadena los efectos previstos en el art. 5 bis.4 LC es cualquiera de las señaladas en el art. 5 bis.1 LC⁶⁵.

Para que se desplieguen los efectos del art. 5 bis LC, el deudor sólo puede poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso, que ha iniciado negociaciones para la adopción de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71 bis 1 y en la D. A. 4.^a Anteriormente, con el texto del art. 5 bis LC (por La Ley 38/2011), el deudor podía poner en conocimiento del juzgado que había iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, sin especificar a qué tipo de acuerdo de refinanciación se refería. Por tanto, se entendía que podía comunicarse el inicio de negociaciones de acuerdos de refinanciación atípicos, es decir, desenvueltos totalmente en el marco de la autonomía de la voluntad, y típicos, esto es, aquellos que cumplían los requisitos del antiguo art. 71.6 y de la D. A. 4.^a LC (1181/2003). Otra cosa era que declarado un eventual concurso posterior, únicamente se

⁶⁵ Sobre ello, DÍAZ MORENO, A., «Dies a quo» y «dies ad quem» de la paralización de ejecuciones prevista en el artículo 5 bis.4 de la Ley Concursal», *RcP*, núm. 22, 2015, pp. 105-113.

blindase frente a la acción rescisoria concursal, a aquellos acuerdos de refinanciación que cumpliesen los requisitos establecidos en estos preceptos.

Este efecto se mantiene con la nueva reforma, si bien se limita a la comunicación del inicio de las negociaciones para concluir un acuerdo de refinanciación del art. 71 bis 1 y de la D. A. 4.^a LC. Conforme al nuevo art. 71 bis 1 de la LC, el acuerdo de refinanciación debe cumplir una serie de requisitos cumulativamente, presentando algunas diferencias en relación con el antiguo art. 71.6 LC. En virtud del acuerdo de refinanciación debe procederse, al menos, a la *ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones*, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, *siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo*. Además, el acuerdo debe ser suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. Ya no es necesario que el acuerdo sea informado favorablemente por un experto independiente, como vimos, acerca de la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan, así como sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

Ahora Ley 9/2015, de 15 de mayo (Ley 9/2015, de 25 de mayo, *de medidas urgentes en materia concursal*, BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2015) reforma de nuevo la redacción del precepto para mejorar su comprensión⁶⁶, y como cambio más relevante pone fin a las dudas surgidas en la práctica sobre la competencia para determinar el carácter necesario del bien sustraído a la ejecución. Es el propio deudor quien ha de indicar en su comunicación qué bienes considera necesarios para la continuación de su actividad profesional o empresarial, y así lo hará constar el secretario judicial en el correspondiente decreto. En función de esa indicación se suspenderán las ejecuciones judiciales o extrajudiciales que recaigan sólo sobre esos bienes, también cuando se trate de la ejecución de una garantía real⁶⁷.

⁶⁶ Se modifica el apartado 4 por el art. único. Cuatro.1 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Ref. BOE-A-2015-5744. Véase, en cuanto al régimen transitorio, la disposición transitoria 1.1 de la citada norma.

⁶⁷ Señala la última redacción dada, *En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judi-*

No obstante, en el supuesto especial de los pasivos financieros. La suspensión de ejecuciones singulares se extiende, además, a cualesquiera otros bienes o derechos, es decir, a los no necesarios, pero sólo cuando se cumplan determinadas condiciones adicionales. Sin embargo, en caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir el decreto ante el juez competente para conocer del concurso. Si este resuelve que el bien no es necesario, quedará levantada la limitación a la ejecución⁶⁸.

En cambio, como acertadamente se ha señalado, sigue sin resolverse la discordancia entre este precepto y la norma específica del acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante AEP) del art. 235.2.a) LC (recientemente reformado por el RDL 1/2015, ahora *Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, BOE núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015), que no permite iniciar o continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre todo el patrimonio del deudor, con la excepción genérica de los créditos con garantía real, siempre que en este último caso no se trate de bienes o derechos que resulten neces-

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

Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia. Lo dispuesto en los cuatro párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas en el primer párrafo de este apartado o haya transcurrido el plazo previsto en el siguiente apartado.

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

⁶⁸ Artículo 57. Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales.

1. *El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.*

2. *Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.*

3. *Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.*

rios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (en esto se solapa con el art. 5 bis LC)⁶⁹, o de la vivienda habitual⁷⁰.

A estos efectos, debe recordarse que el artículo 235.5⁷¹ *el deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5 bis.5*. Ahora bien debe en los AEP a diferencia de los acuerdos de refinanciación nuestro legislador ha dispuesto que acaben siempre en concurso consecutivo⁷².

2.1.3 *Dación en pago como operación de refinanciación acogida a los procedimientos preconcursales y su protección frente a las «acciones de reintegración»*

Resulta obligado adelantar que en el Real Decreto 4/2014 (hoy Ley 17/2014), y el nuevo régimen de reintegración de los acuerdos de refinanciación, por el introducido, es claro que se realiza una ampliación del escudo protector de las daciones en pago frente a hipotéticas acciones de reintegración, y lo hace desde un doble punto de vista. En primer término, suaviza los requisitos que antes exigía el artículo 71 para que el acuerdo de refinanciación regulado en ese precepto quedase a salvo de la acción de reintegración y, en segundo lugar, introduce dos nuevas categorías de acuerdos de refinanciación inmunes

⁶⁹ 2. Desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso, los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos:

a) *no podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, que no recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual. Cuando la garantía recaiga sobre los bienes citados en el inciso anterior, los acreedores podrán ejercitar la acción real que les corresponda frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en este apartado. Practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instante embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público».*

⁷⁰ CABANAS TREJO, R., «La penúltima reforma concursal: breve apunte de la Ley 9/2015, de 15 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal», *Diario La Ley*, núm. 8562, 16 de junio de 2015, Ref. D-240 (art. 1.2.5 de la Ley 25/2015, de 28 de julio. Ref. BOE-A-2015-8469).

⁷¹ Se modifica por el art. 1.2.5 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. Ref. BOE-A-2015-2109, (1).

⁷² Artículo 242. Especialidades del concurso consecutivo. 1. *Tendrá la consideración de concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento.*

frente a la rescindibilidad concursal, como son los regulados en el mismo artículo 71 bis apartado segundo y los de la Disposición Adicional 4.^a⁷³.

Se trata en definitiva de acuerdos de refinanciación atípicos en la regulación anterior y respecto de los que tal vez hubiera sido más deseable una pre-sunción de no perjuicio, que llegó a plantearse en trabajos previos, máxime cuando para determinar la concurrencia de dos de las condiciones se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.

Este régimen ha sido perfeccionado en el trámite de convalidación a ley (Ley 17/2014, de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*). La Ley Concursal vuelve a la sistemática original regulando íntegramente en el artículo 71 las denominadas acciones de reintegración. Lo que hasta ahora había sido recogido en el apartado 6 de dicho artículo como supuesto de no rescindibilidad se recoge separadamente en el artículo 71 bis junto con un nuevo supuesto.

En cuanto su tipología, como veremos, es determinante al ámbito de aquellos que quedan «blindados» a una rescisoria concursal, tras las reformas

⁷³ En el primer caso, observamos cómo la norma suprime la obligatoriedad del informe de experto independiente sobre el carácter razonable y realizable del plan, así como la proporcionalidad de las garantías prestadas. *Se sustituye la exigencia de ese informe por una aséptica certificación del auditor sobre la suficiencia del pasivo suscriptor del acuerdo*. Ahora bien, no se excluye totalmente la figura del experto, sino que queda relegado a una mera facultad de las partes. Ese nuevo papel del experto independiente, sin anular consecuencias jurídicas concretas a la emisión del informe o a su ausencia, plantea como acertadamente observa SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., («Refinanciaci3nes y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», cit.) dos dudas concretas. *En primer lugar, podríamos dudar de la oportunidad de mantener la posibilidad de designación del experto independiente cuando nada añade al reconocimiento del escudo protector. La posibilidad de que las partes se asesoren sobre la razonabilidad del plan de viabilidad no requería de una mención expresa en la ley. En una primera aproximación podemos enlazar esta previsión con la posibilidad de rescisión del acuerdo contenida en el artículo 72 de la LC por incumplimiento material de los requisitos exigidos en el artículo 71 bis. En la medida en que existe ese informe del experto independiente, deberíamos presumir que el acuerdo respondía a esa finalidad de ampliar el crédito disponible o modificar obligaciones preexistentes, ello salvo que el curso del incidente quedara desvirtuado por el resto de material probatorio y, desde luego, la emisión de ese informe deberíamos entender que excluye la apreciación de mala fe en el contratante. El segundo problema, al que hice referencia anteriormente, se enlaza con la redacción del artículo 71 bis anterior al RD y que fue introducida por la Ley de Emprendedores. Tal previsión regulaba el procedimiento de designación del experto independiente, y nada dice la reforma al respecto del mantenimiento del vigor de la norma. Debemos entender que se ha visto sustituida por las previsiones al respecto contenidas en el actual artículo 71 bis apartado cuarto, lo que nuevamente vuelve a dejarnos incógnitas que se pretendían resolver con el artículo 71 bis introducido por la Ley de Emprendedores. La segunda categoría de acuerdos de refinanciación protegidos frente a la reintegración vendría referida a aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior, pero cumplan las condiciones expresamente previstas en la norma, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación.*

de 2014, de este modo se englobarían las refinanciaciones con mayoría de pasivo certificado por auditor (LC art. 71 bis.1); las refinanciaciones que superen el que denominaremos test de perjuicio (LC art. 71 bis.2); y las refinanciaciones homologadas judicialmente (LCon disp. adic. 4.^a)⁷⁴.

Así, se mantiene en lo esencial la regulación de lo hasta ahora previsto en el apartado 6 del artículo 71, si bien se clarifica su extensión, que comprenderá los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea su naturaleza, que permitan la ampliación significativa del crédito o la modificación o extinción de obligaciones. *Dentro de ellos están incluidas, tal y como se ha venido reconociendo en numerosos pronunciamientos judiciales, las daciones de bienes y derechos en pago.* Adicionalmente, se elimina la necesidad de informe de experto independiente, sustituyéndola por certificación del auditor de cuentas acreditativa de la concurrencia de las mayorías exigidas para su adopción.

Lo señalado, permite adelantar la hipótesis de una dación en pago, con un único acreedor, como operación de refinanciación, algo que como vimos en nuestro capítulo segundo, es complejo sin la cobertura de este puerto seguro. El apartado 2 del artículo 71 bis introduce un nuevo supuesto en el cual los acuerdos alcanzados se declaran no rescindibles, sin necesidad de alcanzar determinadas mayorías de pasivo, constituyéndose en consecuencia un puerto seguro que permita la negociación directa del deudor con uno o más acreedores, siempre que signifiquen simultáneamente una mejora clara de la posición patrimonial del deudor, es decir, que no conlleven una merma de los derechos del resto de acreedores no intervinientes. Se configura de este modo una posibilidad más de acuerdo entre deudor y acreedor que es más restrictiva que la del apartado 1 del mismo artículo en cuanto a los supuestos pero más laxa en cuanto a los intervinientes.

Tanto antes como tras la reforma de 2014 es igualmente necesario que la ampliación crediticia permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y medio plazo, así como que dicha nueva financiación haga desaparecer la situación de insolvencia, hasta el punto de que si la ampliación crediticia no provoca la desaparición de la misma (sea actual o

⁷⁴ Las refinanciaciones del LC art. 71 bis aparentemente no pueden tampoco rescindirse (así se enuncia en el comienzo del citado artículo), aunque en la LC art. 72.2, en términos aparentemente contradictorios, se confiere en exclusiva a la administración concursal la legitimación «para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis, sin que sea de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el art. 72.1 LCon. Esta extraña previsión, que procede de la reforma operada por la L 38/2011, ha sido completada en el RDL 4/2014, añadiéndose ahora que la acción rescisoria sólo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento.

inminente), el acuerdo no estará sujeto al art. 71 bis LC y será plenamente rescindible. De la lectura de la letra a) del apartado 1.º se deduce que junto a los anteriores acuerdos consistentes en una ...ampliación significativa del crédito disponible... y/o en la ...modificación de sus obligaciones..., la redacción dada por R. D.-Ley 4/2014 añade la posibilidad de la ...*extinción de sus obligaciones*... de ello resulta que no solo caben la novación modificativa como la extintiva de las condiciones de un anterior crédito⁷⁵, elimina cualquier tipo de prevención hacia *la dación en pago o para pago de aquéllos créditos*, que tendrán cabida en el art. 71 bis.1.º LC., y que como señalábamos en nuestro capítulo tercero, desplegaba de forma autónoma sus efectos como subrogado del pago, con independencia del contexto en el que fuera adoptada.

Al no ser rescindibles, los acuerdos que reúnan las condiciones del artículo 71 bis no estarán sometidos a las presunciones de los apartados 2 y 3 del artículo 71 aun cuando impliquen actos de disposición de activo. Además, la legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria (que sólo podrá basarse en el incumplimiento material de los requisitos del artículo 71 bis por los acuerdos acogidos aparentemente al mismo) sigue estando restringida al administrador concursal y limitada a la ausencia de condiciones reguladas, respectivamente, en los dos primeros apartados del artículo 71 bis. También se limita al administrador concursal la legitimación para el ejercicio de las demás acciones de impugnación. Debe indicarse que el nuevo apartado 2 del citado precepto se aleja inicialmente de la expresa exigencia de un plan de viabilidad como presupuesto de un acuerdo de refinanciación no rescindible.

Sin embargo, las especiales condiciones que enuncia obligan a seguir teniendo en cuenta los efectos que el acuerdo (o sus actos de ejecución) presentaran con respecto a la actividad del deudor. Es significativa la condición que requiere una expresa constancia en el acuerdo de *las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes* [art. 71 bis. 2, e) LC]. Al igual que lo es la toma en consideración de *todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera* [incluidas las que se proyecten sobre acreedores ajenos al acuerdo), para verificar que los efectos de la refinanciación sobre el activo y el pasivo del deudor se corresponden con lo legalmente previsto (en las letras a) y b) de ese mismo precepto]⁷⁶.

⁷⁵ VAQUER MARTÍN, J., «La homologación judicial de acuerdos de refinanciación tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre», cit.

⁷⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», cit.

A estos efectos, y en referencia a los acuerdos extrajudiciales de pagos, el Real Decreto-ley de 27 de febrero de 2015 –1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (Ley 25/2015, de 28 de julio)*, modifica el artículo 238, que queda redactado en los siguientes términos: *4. Los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en este Título no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior.*

Lo anterior no quiere decir que no puedan plantearse ante el Juez del concurso pretensiones rescisorias de dichos acuerdos. Obviamente se ejercerá la correspondiente acción cuando se estime que el acuerdo no cabe entenderlo comprendido dentro de lo dispuesto. Y el Juez resolverá limitándose a comprobar los parámetros del acuerdo, así como el cumplimiento de sus requisitos.

Fuera de estas exenciones que establece la propia Ley concursal, para que prospere la restitución de las prestaciones objeto de la dación, el perjuicio deberá ser probado, operando en este ámbito respecto de la clasificación concursal del crédito de restitución la buena o mala fe de la contraparte que, sobre la base extenderse de la propia dación, como vimos. De estimar concurrente la mala fe de la contraparte, en cuyo caso mutaría la clasificación del crédito en subordinado, lo que sí beneficiaría a la masa porque ello conlleva una postergación en el cobro⁷⁷. Ello merece, debe realizarse con cautela, pues no pocas veces nuestros tribunales, como vimos, han asociado la dación en pago con ella. En este marco de conservación de la empresa, se suscita qué alcance habría de darse a la mala fe en relación al supuesto contemplado, pues con el fin de beneficiar a la masa por la vía de la clasificación subordinada del crédito, se podría desvirtuar el alcance de la mala fe.

Y es que al margen de estas daciones de en pago de deudas, ya señalábamos como en contadas ocasiones una empresa, en un contexto preconcursal, puede recurrir a la dación en pago como forma de extinción de las obligaciones y posible opción de reestructuración de deuda, debido principalmente al

⁷⁷ Así, declarada la ineficacia de la dación en pago, como consecuencia de un acto válido y eficaz, pero perjudicial para la masa activa, el acreedor debe restituir los bienes recibidos, y el deudor debe devolver el crédito que se había extinguido con la entrega de los bienes. El Régimen legal de las acciones rescisorias presenta dos supuestos, uno el normal con garantía para el restituyente en sentido de la simultaneidad mencionada, y otro, aquel supuesto de existencia de mala fe, en cuyo caso el crédito que reciba o al que tenga derecho el restituyente, se considerará un crédito subordinado. Pero hemos de leer con detalle lo que señala la Ley respecto de los efectos de la rescisión del acto. Así, el art. 73.1 señala que la sentencia que estima la acción declarará la ineficacia del acto impugnado, y condenará la restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses. Vid. GONZÁLEZ BILBAO, E., «La entrega de bienes como pago antes del concurso y su incierta reintegración», *RcP*, núm. 7, 2007, p. 215.

peligro que supone para el acreedor aceptar la dación en pago⁷⁸. Como vimos, *forman parte del catálogo típico de operaciones sujetas a rescisión concursal* y tampoco gozan de *protección*, fuera las *operaciones formales de refinanciación preconcursales* –de las que podría formar parte la dación en pago, introducidas fundamentalmente en términos de conservación de valor–⁷⁹.

Por último advertir, como veremos al tratar los AEP, que en su marco no pueden adoptarse acuerdos de los llamados por la doctrina un puerto seguro que permita la negociación directa del deudor con uno o más acreedores, tras la última reforma.

2.1.4 *La concurrencia de «sacrificio desproporcionado» en el plan de viabilidad y la protección de los acreedores disidentes*

Como señalábamos cabe establecer con carácter general, y entre las cuestiones pendientes, que, a nuestro juicio, las sucesivas reformas no han sabido conjugar correctamente: la reorganización/conservación de la empresa, sin desatender tampoco los intereses de sus acreedores ausentes o disidentes.

Un buen ejemplo de ello es el régimen concursal norteamericano de 1978⁸⁰, en el que son protegidos con una serie de medidas o principios básicos,

⁷⁸ PASTOR SEMPERE, C., «Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago», *RcP*, núm. 21, 2014, pp. 121-145.

⁷⁹ Lo que llevó al Gobierno a promulgar, con carácter extraordinario, un Decreto-Ley 3/2009 –que tenía entre sus principales objetivos facilitar la reestructuración de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras, acudiendo a las refinanciaciones preconcursales de carácter extrajudicial– y es que, paradójicamente, estos procesos extrajudiciales de refinanciación de deuda no estaban regulados en nuestra legislación concursal. De hecho, hasta antes de la reforma de 2009 la Ley Concursal suponía un freno a estos procesos, entre otras razones porque los acuerdos de refinanciación podían ser rescindidos en caso de que sobreviniera un procedimiento formal de insolvencia, vid. PULGAR EZQUERRA, J., «La protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009» *RcP*, núm. 11, Segundo semestre de 2009; de la misma autora en «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009» en AA. VV., *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Dir. Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Madrid, 2009.

⁸⁰ En palabras de ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Monografía núm. 6, 2007, p. 50, la Ley concursal norteamericana de 6 de noviembre de 1978 (*Bankruptcy Reform Act o Edwards Act*) supuso una reforma que «afectó a la organización jurisdiccional y a la opción de técnica legislativa en orden a la determinación del presupuesto objetivo de apertura de los institutos concursales tradicionales, configurando, a su vez, un nuevo esquema institucional concursal» aplicable en todos los Estados americanos. Una Ley que ha sufrido una serie de modificaciones posteriores en 1984, 1986, 1994 y 2005; siendo esta última, esencialmente destinada a la regulación de la quiebra del consumidor (y, por tanto, por ella poco afectado un deudor empresario –salvo en aspectos relativos al pago de directivos de la empresa de aquél–), como recuerda POTTOW, J. A. E., «El primer estudio de los cambios de la Ley Concursal estadounidense de 2005» (trad. E. Rodríguez Pineau), en *RcP*, 2005, núm. 3, pp. 355-363, p. 362.

como puedan ser el *best interest test*, que podría traducirse como el principio de conveniencia (secc. 1129 (a) BC) por el que se garantiza, dentro del plan de reorganización del capítulo 11, que el acreedor no reciba menos de lo que obtendría a través de la solución liquidativa del capítulo 7, o las reglas *fair and equitable* y su correlativa, *cram down rule* [secc. 1129 (b) BC] que vienen a evitar una discriminación de unos acreedores frente a otros, al permitirse la confirmación judicial de un plan de reorganización rechazado por alguna clase de acreedores, pero siempre que con ello éstos no sufran un perjuicio injustificado. Si bien, no deja de ser un plan (en su caso) reorganizativo de empresas que necesita de una confirmación judicial según las indicaciones de la secc. 1129 BC, atendiéndose, por tanto, *al principio de feasibility* o viabilidad necesaria; o lo que es lo mismo, y aunque se trate de un plan previamente negociado y aceptado en interés de las partes afectadas, que deba confirmarse por el tribunal competente que la empresa que pretende ser reorganizada cuenta con los medios suficientes para que ésta sea efectiva (esto es, que sea económicamente viable), pudiendo aquél rechazar un plan aceptado por todos los grupos de acreedores, si entiende contrariamente que no existe una previsión de que vaya a tener éxito la empresa. Además, se garantiza que la «decisión» se adopta bajo el imperativo de la «viabilidad necesaria», cuestión decisiva para los socios que soporten la imposición de la conversión de deuda en capital.

Como señalábamos, el punto débil del diseño preconcursal lo encontramos en el plan de viabilidad y en nuestra diferente concepción y percepción de la realidad empresarial que se evidencia en recientes pronunciamientos judiciales, en referencia al convenio, en los que se señala que lo que se somete a votación para su aprobación o rechazo en junta de acreedores es la propuesta de convenio, al que se acompañará un plan de pagos y, en su caso, un plan de viabilidad. Pero el convenio y sólo el convenio es el que señalará las condiciones de resarcimiento y satisfacción a los acreedores. Es el único instrumento que procede votar, el que se somete a la aprobación judicial y el que el juez, de oficio, puede rechazar, pero limitándose a cuestiones estrictamente formales, sin que pueda interpretar a su modo la «inviabilidad» del plan. De este modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015 que señala:

De cuanto antecede debe colegirse sin dificultad que lo que se somete a votación para su aprobación o rechazo en junta de acreedores es la propuesta de convenio, al que se acompañará un plan de pagos y, en su caso, un plan de viabilidad. Pero el convenio y sólo el convenio es el que señalará las condiciones de resarcimiento y satisfacción a los acreedores. Es el único instrumento que procede votar, bien por el procedimiento escrito (art. 115 bis LC), bien en la junta de acreedores (arts. 121 y 124 LC); el que se somete a la

aprobación judicial (art. 127 LC); el que puede ser impugnado, mediante oposición por las personas legitimadas (art. 1128 LC), sin que figure como infracción de normas o como causa de impugnación, referencia alguna al plan de viabilidad; y el juez, de oficio, puede rechazar (art. 131.1 LC), pero limitándose a cuestiones estrictamente formales, no porque pudiera interpretar a su modo la «inviabilidad» del plan.

Por consiguiente, debe estimarse el motivo de casación del recurrente, porque la sentencia recurrida ha estimado el recurso de apelación interpuesto por la actora con fundamento en el incumplimiento por el concursado del plan de viabilidad que acompañaba al convenio. Ni, por las razones expuestas, la infracción del plan de viabilidad podía constituir la ratio decidendi de la sentencia recurrida, ni el Tribunal de apelación estaba legitimado para declarar incumplido el convenio, pues, sólo ante el juez del concurso cabe la denuncia del mismo (art. 140.1 LC). Solo la resolución firme de incumplimiento del convenio supone la rescisión del mismo y la desaparición de los efectos sobre los créditos (art. 140.4 LC), en relación a los efectos novatorios.

Sobre ello debe ser destacado que, a diferencia con el régimen anterior, las últimas reformas concursales españolas aludidas han suprimido el control de oficio por parte de nuestros Tribunales de la concurrencia de «sacrificio desproporcionado» de los acreedores disidentes del acuerdo de refinanciación. A ello se une la supresión del informe de experto que se decía, debía contener una opinión sobre la viabilidad empresarial del deudor. Decía el derogado art. 71.6, apartado 2.º LC, que este informe era necesario, en todo caso, y debía suponer «un juicio técnico», entre otros aspectos del acuerdo *sobre el carácter razonable y realizable del plan*. Esta fórmula con respecto a lo que es el contenido del informe de un experto independiente se mantiene en el art. 71 bis.4 LC afecta a todo tipo de acuerdos, los que caben en el apartado 1 o en el 2 del art. 71 bis.

La innovación decisiva radica en convertir la solicitud de ese informe en una facultad del deudor o de sus acreedores, como acabamos de señalar en el anterior epígrafe. El cambio, como se ha señalado, es sustancial y supone la asunción por el legislador de una solución tan innovadora como incierta, puesto que se prescinde de un elemento probatorio objetivo en cuanto a la conexión entre el concreto acuerdo y la característica que legitima su protección: la seriedad del plan y su vinculación con la viabilidad del deudor. No es extraño, por tanto, que la renuncia a un requisito que cumplía un papel central en el régimen de las refinanciaciones sea uno de los fundamentos más claros para la crítica a la nueva disciplina legal⁸¹.

⁸¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», cit.

De esta manera, serán los propios acreedores los que deban impugnar la homologación en base a dos motivos: la concurrencia o no de los porcentajes exigidos legalmente, y la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido. Así las cosas, el sacrificio desproporcionado, será objeto de análisis por parte del Juez de lo Mercantil en un incidente no sometido a recurso de apelación, trasladándose la carga de probar su concurrencia a los acreedores que lo aleguen como motivo de impugnación⁸². No olvidemos que, si la solicitud supera el control inicial del juez, y realizada la publicidad registral, el apartado 6.º ordena al juez que previo trámite de urgencia el juez dicte Auto homologando el acuerdo, siempre que el mismo reúna los requisitos del apartado 1.º de la D. A.; de lo que resulta que frente al anterior control judicial de legalidad y de oportunidad, bajo la redacción actual el juez debe limitarse a constatar el cumplimiento de los requisitos de forma y documentales del acuerdo refinanciador; nada más.

Como acertadamente se ha señalado⁸³, *con clara vulneración de los principios constitucionales de audiencia, alegación, contradicción y defensa y obviando la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE) que en su pfo. 19 atribuye al disidente el derecho a la tutela judicial efectiva dentro del proceso de homologación, el Legislador opta por extender los efectos novativos obligacionales a terceros acreedores disidentes sin conceder a los mismos la posibilidad de intervenir en el procedimiento, de alegar, de proponer prueba desvirtuando lo afirmado por deudor o acreedores firmantes del acuerdo; y todo ello en base a una información económico-financiera seleccionada por el deudor y sus acreedores mayoritarios, y en base a un plan de viabilidad elaborado unilateralmente por el deudor y sustraído a cualquier valoración imparcial e independiente.*

⁸² A este respecto, cabe destacar que si bien la ley recoge el sacrificio desproporcionado como causa de impugnación de la homologación de los acuerdos de refinanciación, y por tanto la extensión de sus efectos a todos los acreedores, no existe una definición legal de éste. Teniendo en cuenta esta situación, la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE) acota los efectos de los acuerdos de refinanciación en base a dos criterios: a) El límite de los sacrificios de los disidentes es las expectativas de éstos en el caso de no producirse la restructuración: *el órgano jurisdiccional debería rechazar aquellos planes en que la reestructuración prevista limite los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonablemente esperar en ausencia de un proceso de reestructuración de la empresa del deudor*. b) La reducción de los derechos de los acreedores debe ser proporcional a las ventajas de la restructuración: *«la reducción de los derechos de los acreedores es proporcional a las ventajas de la reestructuración y que los acreedores disfrutan de la tutela judicial efectiva, dentro del pleno respeto de la libertad de empresa y del derecho de propiedad reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*

⁸³ VAQUER MARTÍN, J., «La homologación judicial de acuerdos de refinanciación tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre», cit.

Este derecho de impugnación se regula, para los acuerdos extrajudiciales de pago, en el art. 239.2 LC, y respecto de los acuerdos de refinanciación ex D. A. 4.^ª LC con importantes diferencias en uno y otro caso en lo que se refiere a los efectos de la impugnación.

En efecto, en el art. 239.2 LC se limitan los motivos de impugnación a la no concurrencia de las mayorías legalmente exigidas y al carácter desproporcionado de las medidas acordadas, y no tanto al carácter desproporcionado del sacrificio exigido al que se alude en la disp. adic. 4.^ª LC, pareciendo, por tanto, objetivarse en el primer ámbito la desproporción de las medidas acordadas, sin alusión alguna a la subjetivación que supone la referencia a la desproporción, no tanto de las medidas cuanto del sacrificio exigido.

Pero aún hay una diferencia más importante en el ámbito de la impugnación de acuerdos extrajudiciales de pagos y acuerdos de refinanciación, relativa a los efectos de la impugnación. Por expresa previsión contenida en el art. 239.2 LC, la impugnación de un acuerdo extrajudicial de pagos no suspenderá la ejecución del acuerdo, no conteniéndose previsión paralela en la D. A. 4.^ª LC, en cuyo núm. 8 se establece que *los efectos de la homologación del acuerdo se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente de la publicación de la sentencia en el BOE*, aspecto éste que sirve de fundamento para que los operadores pacten en el marco de los acuerdos de refinanciación que el acuerdo no entrará en vigor hasta que no sea firme la homologación, para evitar los efectos que una impugnación que prospere podría tener sobre las operaciones realizadas en ejecución de un acuerdo de refinanciación⁸⁴.

2.1.5 *El fresh money y la clasificación del riesgo de los créditos reestructurados por el Banco de España*

Un aspecto fundamental en la función que pueden desarrollar los acuerdos de refinanciación y extrajudiciales, y de la que depende su éxito o fracaso, es por un lado conseguir nueva financiación –inyección de nuevos ingresos de tesorería– (*fresh money*), con incentivos que la propia Ley Concursal puede establecer. Igualmente determinante es que la refinanciación no comprometa los balances de los financiadores; cuestión que depende directamente de la

⁸⁴ PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario La Ley*, núm. 8538, Sección Doctrina, 13 de mayo de 2015, Ref. D-188, Editorial La Ley.

Clasificación del riesgo que de los créditos reestructurados se realice por el Banco de España. Por ello los incentivos que activó el RD-L, se han traducido en el verdadero talón de Aquiles del diseño. En realidad, en la mayoría de los casos estamos frente a sujetos financieramente apalancados. De este modo, por la parte deudora, entre las medidas por las cuales se estimulaba a los socios de la empresa apalancada a facilitar su saneamiento financiero, ha sido convertir a los acreedores en sus consocios.

Y por la parte acreedora –apalancadas también no lo olvidemos– y quizá aspecto fundamental la Clasificación del riesgo de los créditos reestructurados por el Banco de España, de los que hablamos en el apartado dedicado a la deuda capitalizada. El efecto en las cuentas de los bancos. Si las entidades financieras convierten sus deudas en capital, pueden liberarse las provisiones (realizadas para protegerse ante el probable impago de una deuda), pero también, al contar con un nuevo activo y su correspondiente riesgo, deben aumentar su capital⁸⁵.

El Ministerio calculó que esta operación no penalizará a la banca porque las pérdidas ya están asumidas y en ningún caso las necesidades de capital superarán las provisiones que se pueden reducir, dado que el préstamo que cubren o bien deja de existir o bien pasa a ser considerado de riesgo normal (y, por tanto, requiere menos provisiones)⁸⁶.

⁸⁵ PULGAR EZQUERRA, J., «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español» conferencia impartida en Roma el 30 de junio de 2014, en la Corte de Cassazione, en el Congreso organizado por el *Consiglio dell'ordine degli avvocati*, cit. Así mismo, en supuestos en que el acuerdo de refinanciación esté homologado y se acompañe de un informe de experto independiente designado por el registrador mercantil, es posible imponer ciertos contenidos del acuerdo al deudor y en particular una capitalización de deuda. En este marco, en virtud del RDL 4/2014, se introduce en el Derecho Concursal Español una presunción de concurso culpable respecto de socios que sin causa razonable se nieguen a capitalizar (presunción *iuris tantum*) excluyendo el administrador social su responsabilidad si aconsejare la razonabilidad de la capitalización. Se incentiva de este modelo la capitalización de deuda como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial, sobre todo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero, intentándose así mismo, mediante reformas legales actualmente en curso en España «minimizar» el impacto contable que para las entidades financieras podría conllevar, en sus cuentas de resultados, la opción por la capitalización en sus cuentas de resultados.

⁸⁶ Como se señaló por el BdE, Siendo este principio indiscutible, no es menos cierto que las políticas de refinanciación y reestructuración de las entidades tienen que ser utilizadas con racionalidad y prudencia, y no pueden suponer una vía para dilatar el reconocimiento de problemas en el recobro de la financiación concedida. En concreto, la existencia de un marco de refinanciaciones no debe ser concebida como una oportunidad de arbitraje regulatorio. Cuando la refinanciación o reestructuración de una deuda incrementa significativamente la probabilidad de su recuperación, es lógico que se reconozca ese efecto sobre las provisiones que deben constituirse o el capital que se exige para esa exposición. Pero estos efectos sólo deben materializarse en aquellos casos en los que efectivamente se produzca una mejora real, sustancial y bien documentada de la probabilidad de recobro. Lo contrario sólo sería una huida hacia delante que perpetuaría situaciones de insolvencia y desvirtuaría el oportuno y temprano reconocimiento del deterioro de las operaciones. Si las dificultades del cliente no resultaran ser temporales y basadas en la mera existencia de un apalancamiento excesivo, sino derivadas de su propia incapacidad

Pues bien, el sector financiero no dejó pasar el trámite de convalidación parlamentaria del RD, y tras muchas resistencias por parte del Ministerio consiguió encontrar la piedra filosofal para que canjear deuda por capital de empresas insolventes –y así salvarlas del concurso– que no penalice sus ratios de capital. La clave, no asumir directamente la participación empresarial, que consumen mucho capital según las nuevas normas de solvencia de BASILEA III, algo con lo que el legislador no contó en el RD-L.

En definitiva, se trata de aparcarlas en un fondo, una especie conocida como banco malo de participaciones empresariales canjeadas por deuda, cuyo impacto en los fondos propios es mucho menor. En realidad esta era la única petición del sector que no había sido atendida por el Gobierno en el RD-L de Refinanciaciones y Reestructuración de Deuda, sin la cual las entidades consideraban que no había incentivo para salvar estas empresas viables pero excesivamente endeudadas. Se señalaba:

El efecto en las cuentas de los bancos. Si las entidades financieras convierten sus deudas en capital, pueden liberarse las provisiones (realizadas para protegerse ante el probable impago de una deuda), pero también, al contar con un nuevo activo y su correspondiente riesgo, deben aumentar su capital. El Ministerio calcula que esta operación no penalizará a la banca porque las pérdidas ya están asumidas y en ningún caso las necesidades de capital superarán las provisiones que se pueden reducir, dado que el préstamo que cubren o bien deja de existir o bien pasa a ser considerado de riesgo normal (y, por tanto, requiere menos provisiones). El Banco de España debe hacer públicos los criterios para la clasificación como riesgo normal y lo hará en función de la solidez del plan de viabilidad de la compañía.

En esta línea, el Banco de España ha apuntado algunos de los requisitos fundamentales⁸⁷.

En primer lugar, resulta básico que las decisiones se sustenten en un análisis individualizado de las fuentes de renta actuales del prestatario, que permita

operativa, sería necesario que el reconocimiento de la situación en el balance tuviera lugar lo antes posible» HERRERA, M., «La refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial: Una perspectiva supervisora». En la Jornada *Oportunidades y retos de la ley de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial organizada por Asociación para el Progreso de la Dirección (APD)*, celebrado en Madrid 10 de junio de 2014. Disponible en la página web del Banco de España <http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/supervision/quintana100614.pdf>

⁸⁷ HERRERA, M., «La refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial: Una perspectiva supervisora». En la Jornada *Oportunidades y retos de la ley de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial organizada por Asociación para el Progreso de la Dirección (APD)*, celebrado en Madrid 10 de junio de 2014. Disponible en la página web del Banco de España <http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/supervision/quintana100614.pdf>

determinar su capacidad de pago sobre la base de una generación de ingresos recurrentes, suficientes y contrastables. En ese análisis, las entidades de crédito tendrán en cuenta el historial de pagos y su experiencia con el prestatario. En segundo lugar, las condiciones de tipo de interés, plazo y periodos de carencia que se apliquen tras la refinanciación, han de configurar un esquema de pagos realista, de acuerdo con las expectativas previsibles sobre la capacidad del prestatario.

En tercer lugar, es preciso tomar en consideración en su justa medida las garantías que se aporten, que en todo caso habrán de considerarse como fuente secundaria y excepcional de recuperación de los importes debidos y no como el elemento determinante para llevar a cabo la refinanciación. Además, las entidades deberán disponer de estimaciones suficientemente actualizadas del valor de las garantías, y deberán llevar a cabo un análisis de su eficacia y valor, teniendo en cuenta el tiempo y su capacidad para, si fuera necesario, hacerlas líquidas a la luz de las condiciones existentes y previsibles.

Por último, la aplicación de estas políticas implica la necesidad de llevar a cabo un seguimiento continuado, por lo que la entidad deberá contar en su sistema interno con información que posibilite un seguimiento individualizado de las operaciones refinanciadas y reestructuradas.

No podemos dejar de señalar el agravio comparativo que ello supuso para las PYMEs con respecto a las grandes empresas. El día 8 de marzo irrumpió en el BOE [BOE núm. 58, de 8 de marzo de 2014, páginas 21944 a 21964 (21 págs.)], sorpresivamente para muchos, el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*. Sencillamente, se perdió otra oportunidad, al excluir de las medidas de reestructuración a las PYMEs.

Entendemos que ello ha sido corregido en buena parte por el Real Decreto-ley de 27 de febrero de 2015 –1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (Ley 25/2015, de 28 de julio)*, y por el que se modifica el artículo 236, que queda redactado en los siguientes términos *d) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.ii) 3.º de la disposición adicional cuarta*, es también a estos efectos. Su apoyo también puede entenderse comprendido se insta desde la UE a los Estados Miembros para que en el plazo de un año ayuden con una legislación concursal adecuada a las empresas, también a las PYMEs, *viabiles y honradas a reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía*

[Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 *sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial* (2014/135/UE)].

En referencia a la nueva financiación (*fresh money*), el actual régimen se recoge en la Disp. Ad. 2.^a del RD-L 4/2014⁸⁸, donde se establece que en los dos años siguientes a la publicación de dicha norma, el cien por cien del *fresh money*, incluso el integrado por aportaciones de tesorería de personas especialmente relacionadas, se considerará crédito contra la masa si su concesión se materializa en el marco de un acuerdo de refinanciación del artículo 71 bis o de la Disp. Ad. 4.^a, mientras que sus intereses se calificarán como créditos subordinados del artículo 92.3 LC.

No obstante, debe subrayarse que este marco es inexistente para los acuerdos extrajudiciales de pagos. Ello significa que los nuevos ingresos de tesorería que se concedan a PYMEs, en el marco de un acuerdo extrajudicial de pagos, no disfrutarán, en la eventualidad en que se declare un concurso, del privilegio de *fresh money*, teniendo el financiador que comunicar e insinuar su crédito, que recibirá la clasificación que le corresponda sin atención al incremento de riesgo crediticio con el que fue concedida esta nueva financiación. Ello puede constituir un elemento disuasorio para dichos financiadores, sobre todo si tenemos en cuenta que la declaración de un concurso de acreedores que en el marco de los acuerdos de refinanciación constituye una mera posibilidad en supuestos en que aquél no se alcance, se incumpla o se anule, sobre la que decidirá el deudor si solicita su concurso o los acreedores, en el marco de los acuerdos extrajudiciales de pagos es un hecho cierto e inexorablemente vincu-

⁸⁸ Sólo el 50% del dinero nuevo puesto en una refinanciación tiene ese privilegio concursal, que implica que se abonan los créditos a su respectivo vencimiento. Este porcentaje se eleva temporalmente al 100% con el fin de dotar esta liquidez de la máxima protección concursal. El objetivo es incentivar la financiación adicional al resultar imprescindible para garantizar la viabilidad transitoria de la empresa y para hacer practicable el propio acuerdo de refinanciación. Esta consideración se extiende a los ingresos realizados por el propio deudor o personas especialmente relacionadas, con exclusión de las operaciones de aumento de capital. Esta medida se adopta con un carácter extraordinario y temporal para los ingresos de dinero nuevo que se produzcan en el plazo de dos años desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2014 (es decir, desde el 9 de marzo de 2014). El Real Decreto-Ley incluye medidas de carácter fiscal, que pretenden mejorar el marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación en los que mediante el consenso entre el deudor y los acreedores *se persigue maximizar el valor de los activos y reducir o aplazar los pasivos del deudor a fin de evitar su concurso*. Las medidas fiscales contempladas en esta norma consisten en reducir o diferir la tributación de las operaciones de capitalización de deudas o de los acuerdos de quitas y esperas derivados de la aplicación de la Ley Concursal. En concreto, en el Impuesto sobre Sociedades se establece la ausencia de tributación en los supuestos de capitalización de deudas, salvo que la misma hubiera sido objeto de una adquisición derivativa por el acreedor por un valor distinto al nominal de la misma, y se introduce un sistema especial de imputación del ingreso del deudor derivado de los acuerdos de quitas y esperas. Por otro lado, se extiende la exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP Y AJD) a las escrituras que contengan quitas o minoraciones de los préstamos, créditos y demás obligaciones.

lado a la imposibilidad de alcanzar el acuerdo, su incumplimiento o anulación a través del concurso consecutivo regulado en el art. 242 LC⁸⁹.

Como se comprueba se sigue con importantes deficiencias este régimen de fresh money que está desincentivando en el mercado la inyección de nuevos ingresos de tesorería en el marco de acuerdos de refinanciación, y con mayor severidad para las PYMEs, pero en el que no podemos profundizar, pues su análisis excede con creces los límites de este trabajo.

2.2 Las daciones en pago en el marco de las operaciones de refinanciación

2.2.1 *La nueva funcionalidad de los acuerdos de refinanciación. La reestructuración de empresas*

Pues bien, como decíamos, la apuesta de nuestro legislador por los acuerdos de refinanciación como instrumentos de reestructuración y recuperación de grandes empresas fue más temprana y decidida. Quizá tras ello se encuentre la inmensidad de una crisis y la operativa desarrollada por los grandes acuerdos de refinanciación como fueron los de algunas grandes compañías como Metrovacesa y La Seda de Barcelona, que escaparon del corsé de la legislación española⁹⁰.

Ello evidenció un importante elemento de *forum shopping* o emigración por parte de sociedades españolas deudoras de un crédito (frecuentemente sindicado) para el que necesitan refinanciación, hacia otras normativas de Derecho comparado y en particular la inglesa en el marco de los *schemes of arrangement* regulados en la part. 26 de la *Companies Act* inglesa de 2006 y por ende a dicha jurisdicción particularmente con el fin de poder imponer el contenido de espera del acuerdo a Acreedores no intervinientes o disidentes, lo que suscitó un vivo debate sobre la eficacia en España de dichos procedimientos.

Todo ello explicaría que en un periodo de apenas 5 años los acuerdos de refinanciación hayan sido protagonistas de las últimas modificaciones de la LC, las dos últimas en un lapso temporal de menos de 6 meses y con carácter

⁸⁹ PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario La Ley*, núm. 8538, cit.

⁹⁰ PERCIVAL, S./VILLORIA, I./MUSGRAVE, R., «Scheme of Arrangement: cómo reestructurar la deuda de una sociedad española al amparo del derecho inglés» AA. VV., 2012 *Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, Madrid, mayo 2012. Y en la misma obra, FRANCO, D./DE MARCOS, A., «Aumento de capital mixto y condicionado en el contexto de la reestructuración del endeudamiento financiero de Metrovacesa, S. A. »

urgente. En este rápido discurrir legislativo, si precisamente, la mayor novedad del Decreto-Ley de 2009, como subrayó su Exposición de Motivos, y primera razón de la reforma, fue la previsión de los acuerdos de refinanciación, modificados por la Ley 38/2011; la Ley de emprendedores, no solo supuso la incorporación a nuestro sistema de un nuevo procedimiento regulado por la Ley concursal en un nuevo Capítulo X, también se incluye una nueva redacción⁹¹:

Es decir, transcurridos apenas 6 meses desde la última reforma de los acuerdos de refinanciación, de nuevo son objeto de una importante transformación el día 8 de marzo de 2014 cuando irrumpió en el BOE (BOE núm. 58, de 8 de marzo de 2014, pp 21944 a 21964), pues como nos explica su Exposición de Motivos, hoy son numerosas las empresas que, aun siendo operativamente solventes, vienen arrastrando un excesivo endeudamiento financiero que lastra sus resultados y las lleva sin remedio al concurso de acreedores, y en su caso, muchas veces, a la liquidación.

Y es que con frecuencia, empresas realmente viables desde un punto de vista operativo (es decir susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario) se han tornado en inviables desde un punto de vista financiero. Ante esta situación existen dos alternativas: o bien liquidar la empresa en su conjunto, o bien sanarla desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico⁹².

⁹¹ Cuatro. Se modifica el número 2.º del apartado 6 del artículo 71, que pasa a tener la siguiente redacción:

2.º El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor: Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

⁹² Se señalaba desde el Ministerio de Economía que desde 2010, unas 30.000 empresas han acabado en concurso, lo que se traduce en destrucción de empleo y pérdida de tejido productivo. El Gobierno aprobó una profunda reforma para facilitar las refinanciaciones y evitar que las empresas con una buena operativa, pero una deuda galopante, caigan en concurso de acreedores, ya que en 9 de cada 10 casos suele implicar el final de la empresa. «Pescanova sería el típico ejemplo de una empresa con buen negocio, pero una deuda asfixiante», explicaban fuentes del Ministerio de Economía, aunque el proceso llega tarde para la compañía gallega, que presentó el concurso en 2013 envuelta además en un cúmulo de irregularidades contables y pasivos ocultos. Pero el Gobierno tenía identificadas unas 350 empresas con más de 100.000 millones de deuda agregada que podrían beneficiarse del nuevo marco de refinanciación. Por eso, casi todos los cambios se concentran, aunque hay ciertos ámbitos que mantienen su protección en los pactos, en modificaciones para ofrecer salidas a situaciones complicadas. Por ello no tardaron en aparecer rápidas respuestas como la de los bonistas de la empresa de juego CODERE que poseen el 50% de la

El RD-L dio entrada a que las empresas pudieran alcanzar acuerdos de refinanciación con un acreedor sin necesidad de mayorías, siempre que supusieran una mejora de la situación patrimonial de la compañía. Este pacto no puede ser rescindido por el juez salvo que lo pida el administrador concursal porque no cumple el requisito de la mejora patrimonial⁹³. Se dio impulso a la conversión de deuda en capital, pues de forma cuestionable se presumirá la culpabilidad del administrador de la empresa y de los accionistas que se nieguen a este tipo de acuerdo sin una causa razonable y, por tanto, acabe la empresa en insolvencia. La causa razonable la determinará el informe de un experto independiente⁹⁴. No obstante, la deuda con las Administraciones y los trabajadores, blindada.

En efecto, pese a toda la batería de cambios, que brevemente hemos reseñado, blindó frente a cualquier acuerdo de refinanciación a las deudas de la empresa con las Administraciones (Hacienda o Seguridad Social) y sus trabajadores pues quedaron al margen al conservar su condición de acreedor especial. Esto ha supuesto, de hecho, una limitación para las compañías de menor tamaño, cuyo grueso de compromisos suele corresponder con estos agentes, como ya comentamos.

Por lo demás, entre los aspectos más importantes que modificó el Real Decreto-ley 4/2014, se prevé la paralización de las ejecuciones singulares de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial,

deuda, por ejemplo, señalaban en un comunicado que *la nueva normativa podría evitar la entrada en concurso de la empresa, ya que podrán imponer al accionista mayoritario o administrador un acuerdo que creen que sirve al interés general de la sociedad.*

⁹³ En cuanto a los acuerdos colectivos homologados y no homologados judicialmente, la exigencia del informe del experto independiente se sustituye por el certificado del auditor acreditativo de las mayorías de pasivo necesarias. Mayorías más bajas para lograr los pactos. Se estrechó la mayoría necesaria para homologar judicialmente un acuerdo del 55% al 51% y además este porcentaje ya no se calcula sobre la mayoría del pasivo en manos de la banca, sino sobre toda la deuda financiera (excluye a los comerciales y las administraciones). Además, los acuerdos sindicados que hasta ahora requerían unanimidad ya solo necesitan el 75% del pasivo. A ello unió que las Garantías reales menos inmunes y disidentes obligados. Cuando el 60% de los acreedores de los pasivos financieros pacten aplazamientos de cobro o la conversión en préstamos participativos de hasta cinco años, las medidas se extienden a los acreedores disidentes sin garantía real. Además, si el 75% de los acreedores llegan a un acuerdo, los disidentes también deben asumir esperas de hasta 10 años, quitas, conversión de créditos en acciones o cesión de bienes como pago, entre otras. Los créditos vinculados a una garantía real (hipotecas, por ejemplo) también quedarán afectados por los pactos en la cuantía que exceda al valor de la garantía (por ejemplo, si el crédito vale 100, pero la garantía 90, ese 10 de diferencia). Hasta el valor de la garantía sí se extiende el efecto del pacto cuando las mayorías alcancen el 65% y el 80% computadas.

⁹⁴ El punto de equilibrio se basa en que el valor del derecho de cobro equivalga a la participación exigida. La financiación del acreedor que se convierta en accionista o titular de participaciones no se considerará subordinada (y, por tanto, con menos prioridad de cobro) como le ocurriría a un accionista ordinario. Y además, si al convertir la deuda alcanza el 30% del capital en una compañía cotizada en Bolsa y tiene el visto bueno del juez, se logra la dispensa de lanzar una opa, como sería obligatorio.

desde el momento en que se comunica al juzgado el inicio de las negociaciones con los acreedores. La paralización se produciría por un plazo máximo de cuatro meses desde la comunicación del deudor. El objetivo es permitir que las negociaciones de los acuerdos lleguen a buen puerto y no se produzca una acumulación de ejecuciones singulares por parte de acreedores no dispuestos a negociar.

Sin embargo, ello parece no haber sido suficiente para atender la necesidad de resolver el problema de la ponderación de esas participaciones empresariales y, en consecuencia, de incentivar a la banca para que salve empresas en apuros. En el breve transcurso de la existencia de este RD-L, se hizo necesario resucitar el proyecto del gobierno conocido como MIDAS⁹⁵.

Aparece con un nuevo nombre, ahora se llama FÉNIX (proyecto *Phoenix*, escrito así en lugar de Fénix para evitar problemas de marca), pero ha tropezado con dos obstáculos por resolver, en el momento que se escriben estas líneas. El primero es qué forma jurídica tendrá: inicialmente se planteó como un fondo de capital riesgo, pero esta figura tiene ciertas limitaciones y se están estudiando alternativas. El segundo es que si se trataba de un fondo conjunto de todas las entidades, planteaba el problema de cómo se reparten las participaciones de cada una y es que bancos como el Santander o el BBVA traspasen acumulaban una gran cantidad de deuda susceptible de capitalización, en muchos casos de escaso valor. Por ello los pequeños bancos sugirieron que cada banco individual creará su propio fondo de participaciones canjeadas por deuda.

La banca ha repetido hasta la saciedad que *no quieren ser socios de las empresas salvadas*, pues ello implicaría un nuevo diseño de su propio negocio, la creación de departamentos encargados exclusivamente de ejercer esa soberanía y control en las sociedades salvadas. La creación por parte de Santander, BBVA, Caixabank, Bankia, Popular y Sabadell del proyecto Phoenix, como vehículo constituido para recapitalizar empresas viables pero sobreendeudadas, sigue pendiente de su firma por parte de los bancos, pese a que ya en noviembre de 2014 estaba previsto su nacimiento.

Las diferencias existentes aún entre los seis bancos que pretenden crear este vehículo siguen pues se reivindicar la idea de crear vías diferentes para cada una de las empresas con las que negocien la recapitalización de su deuda bajo el proyecto Phoenix, lo que estuvo a punto de provocar una nueva fractura en la sociedad conjunta. Al final, se ha logrado reconducir el proyecto y parece que se ha aprobado en el momento que se escriben estas líneas. El San-

⁹⁵ NAVARRO LÉRIDA, M.ª S./MANZANEQUE LIZANO, M., «Refinanciaciones y capitalización de deuda: una aproximación económico jurídica», *RcP*, núm. 21, 2014, pp. 171-184.

tander, BBVA, Caixabank, Bankia, Sabadell y Popular han suscrito un acuerdo para crear una sociedad conjunta a través de la cual recapitalizarán General de Alquiler de Maquinaria (GAM), siendo la primera empresa española en incorporarse a este banco malo ⁹⁶.

Pese a las diferencias en cómo se debe gestionar la recapitalización y venta de las empresas incluidas en el proyecto Phoenix, la banca está consiguiendo el objetivo final por el que nació Phoenix, la recapitalización y venta de empresas medianas que son viables para que la banca encuentre una solución financiera que evitase su entrada en concurso de acreedores.

Además, y aunque nos encontremos en el sector privado, hay algún aspecto que nos recuerda a nuestra anciana reconversión industrial de la década de los ochenta del pasado siglo ⁹⁷. De hecho, parecen haberse revitalizado entidades como Enisa, sociedad pública –creada en 1982, dependiente de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa–, que sigue proporcionando financiación a largo plazo vía préstamo participativo.

En efecto, como veremos al analizar el contenido de los acuerdos de refinanciación, tampoco puede decirse en términos absolutos que se haya descuidando la experiencia acumulada en otras crisis, y de entidades estructuralmente deficitarias de recursos propios.

⁹⁶ La primera empresa en incorporarse a este banco malo es la empresa asturiana de alquiler de maquinaria industrial GAM y sus filiales GAM España y Aldaiturriaga. La banca ha accedido a reestructurarle 272 millones de euros de deuda, cantidad de la que 95 millones canjearán por acciones de la compañía, de forma que las entidades pasarán a controlar cerca del 75% del capital social de la empresa. Liberbank y Kutxabank, acreedores de GAM junto con los citados seis bancos, formarán parte del comité de seguimiento de la compañía, que evita el concurso de acreedores y recibirá además de esas entidades un nuevo crédito de 4,5 millones para su funcionamiento. En el futuro más empresas en situaciones similares se podrán incorporar a este vehículo, conocido como proyecto Phoenix y que nace a raíz de la reforma de la ley concursal aprobada el año pasado por el Gobierno. En concreto, las entidades financieras acreedores aportarán a la sociedad la deuda de esas empresas que capitalicen. N+1 y *McKinsey & Co*, por su parte, son las firmas que han asumido la constitución de la sociedad a partes iguales y se encargarán de la gestión de esas participaciones de los bancos en las empresas. A cambio cobrarán una comisión a las entidades financieras. Noticia de fecha 27 de abril de 2015, disponible en: <http://www.finanzas.com/noticias/mercados/bolsas/20150427/banca-pone-marcha-proyecto-2926232.html>.

⁹⁷ Tras un fallido intento de reconversión a nivel general, se crearon las bases para acometer el proceso de reconversión industrial con un enfoque sectorial que afectó a 14 sectores industriales, y a los que en 1984 se les aplicó la *Ley 24/1984 de 26 de julio, sobre Reconversión y Reindustrialización*. Así los planes de reconversión aplicados a sectores industriales o grupos de empresas tuvieron la finalidad de recuperar su estabilidad, para lo que se concedieron avales de las entidades de crédito (Real Decreto 2001/1984, de 24 de octubre modificado por el Real Decreto 1470/1988, de 2 de diciembre), beneficios de las prestaciones de los fondos de garantía a favor de quienes pudieran resultar perjudicados por el impago, en virtud de la declaración de la Administración encargada de la supervisión de los sectores industriales a los que alcanzaba la reconversión (art. 8 RD 2606/1966 y 77 de la Ley 24/1988 de 28 de julio.). Indudablemente, La intervención pública reseñada debió adecuarse a las previsiones de los Tratados constitutivos de la Unión Europea y concretamente a los principios de concurrencia y de competencia leal que se establecen en el Derecho comunitario en relación a las ayudas estatales a las empresas.

Como ya adelantamos en nuestro capítulo introductorio, instrumentos como los préstamos participativos, a los que se alude en el RD-L, han sido utilizados en anteriores crisis económicas, pues al igual que en esta el instinto de supervivencia ha operado una transformación de la mentalidad de los acreedores que, percatados de que *para cobrar hace falta que el otro pueda pagar*, han ido evolucionando desde una exclusiva preocupación por el crédito y su garantía hacia un sentido deseo de preservar o mantener la empresa deudora, como auténtico presupuesto para su seguridad⁹⁸, haciéndose éstos, desde un punto de vista sociológico, en parte copartícipes en el riesgo de la empresa o *coempresarios*, evidenciando la cooperación en el concurso como uno de los campos donde *la teoría económica de juegos matemáticos* cristaliza como comunidad de pérdidas.

Existen, pues, precedentes en nuestro ordenamiento, según los cuales un préstamo que en buena lógica jurídica económica debería ser considerado como recursos ajenos de la entidad, la Ley en determinadas circunstancias, lo califica como recurso propio. Este es el caso de los préstamos participativos. Otro supuesto más próximo en nuestro caso es el de las obligaciones subordinadas emitidas por entidades de crédito.

El denominador común de estas figuras, es en cuanto a su función atender la necesidad de recursos propios que por diversas razones, según a los sujetos a los que específicamente se dirigen *empresas sometidas a un proceso de reconversión industrial*, y entidades de crédito poseen escasas posibilidades de captación, o por su actividad necesitan un nivel elevado de éstos, son conseguidos en buena parte a través de préstamos subordinados.

Prueba de ello es el haber regulado esta figura de forma diferenciada específicamente en el ámbito cooperativo obedeciendo precisamente a la necesidad de fomentar el uso de este tipo de instrumentos entre sociedades como las cooperativas cuyo diseño legal impide⁹⁹ la cesión de soberanía y, al igual que sucedía con las Cajas de Ahorro, la acumulación de un nivel de recursos aceptable desde un punto de vista financiero¹⁰⁰.

⁹⁸ MARTÍNEZ SANCHIZ, «Préstamos y créditos participativos y subordinados», en *AAMN*, cit., p. 139.

⁹⁹ Sobre ello vid. nuestra monografía *Los recursos propios en la sociedades cooperativas*, Madrid, 2003. Se trató de una novedad en nuestro Derecho, pero no en países de nuestro entorno como Alemania, Francia o Italia, donde se han previsto modalidades específicamente destinadas a las cooperativas cuyos objetivos son similares a los de las «participaciones especiales capitalizadas» de la Ley Vasca, Navarra, y en la nueva Ley estatal de Cooperativas enmarcándose en el ámbito de los activos no-exigibles que no otorgan a sus titulares derecho de voto.

¹⁰⁰ En este sentido algún autor a llegado a caracterizar por este motivo a la sociedad cooperativa como una sociedad cuya regla general es la ser «*fortemente sottocapitalizzate*». ABBADESSA, «I prestiti dei soci nelle cooperative e nelle Casse Rurali», en AA. VV., *Mutualità e formazione del patrimonio nelle*

Pero este problema no se abordó desde el prisma de la infracapitalización sino más bien de lo que se ha venido a llamar de la *recapitalización*¹⁰¹. En la infracapitalización, el capital de crédito disimulaba (suplía o sustituía) el capital de riesgo (recursos propios); ahora son los capitales de crédito los que cumplen las funciones (asumen los riesgos) que han de cubrir los recursos propios. Esto según se ha señalado se logra por un procedimiento de mimetismo que tiene como resultado la producción de activos financieros híbridos. Ciertos instrumentos de deuda reproducen las características económicas más salientes del capital riesgo. En otras palabras, si antes se decía que la simulación que lleva aparejada la infracapitalización no debería burlar la aplicación de las normas imperativas de los recursos propios, entonces se sostenía como corolario que si esos capitales de crédito satisfacen esos requisitos son merecedores de recalificación¹⁰².

Esta recalificación, conllevaba que desde un punto de vista financiero,—para la sociedad cumplían idéntico papel el *denominado capital muet*—, incliniéndose en algunas ocasiones por la financiación subordinada, por motivos tales como el que a pesar de tratarse de financiación ajena no empeora el nivel de endeudamiento de la entidad, no está sujeta al régimen de reducción de capital, e incluso los intereses que se satisfacen eran considerados fiscalmente como gasto deducible, a diferencia de las acciones sin voto¹⁰³. Pero esta idéntica función financiera no se traducía desde un punto de vista jurídico en una idéntica posición, ni calificación¹⁰⁴.

Esta solución fue bien recibida, incluso por los sectores más ortodoxos del cooperativismo, ya que por principio este tipo de financiación, no significa una cesión de la soberanía de los socios hacia terceros financiadores, pues éstos siguieran manteniendo una posición de *acreedor* con respecto a la sociedad. Lo que permita de una parte asegurar el control-gestión de la sociedad

Casse Rurali, Dirigido Abbadessa/Fusconi. Milán 1985, p. 405; CELAYA, *El acceso de las cooperativas al mercado de capitales*, Mondragón, 1995, p. 213

¹⁰¹ En este sentido MENÉNDEZ MENÉNDEZ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, en «Las acciones sin voto», *RDM*, núm. 191, 1989, p. 10, señalan con respecto a las acciones sin voto, que *se presentan como un instrumento de recapitalización, e incluso de reorganización y reestructuración empresarial, que permite adecuar la relación entre fondos propios y fondos ajenos. En este sentido cumplen una función similar a las acciones de voto plural indirecto y a los préstamos de carácter postergado y participativo, admitidos en su día para las sociedades anónimas de reconversión.*

¹⁰² FERNÁNDEZ DEL POZO, *El fortalecimiento de los recursos propios*, Madrid, 1992, pp. 286-287.

¹⁰³ En este sentido RAMOS GASCÓN, *Régimen jurídico de los valores*, Madrid, 1997, p. 389. Ya señalaba como ventajas para el emisor, que la financiación así obtenida puede computar como fondo propio sin los requisitos que se exigen para la emisión de acciones ni los que acompañan a la reducción de capital cuando se amorticen, además la retribución satisfecha por tal financiación es fiscalmente deducible, frente a la falta de deducibilidad de dividendos.

¹⁰⁴ CORDIER, B., *Le renforcement des fons propres dans les sociétés anonymes*, París, 1989, p. 279.

por los socios, pero que por otra parte cumplieran la función de *fondo propio* para la sociedad, es decir, propiamente y desde un punto de vista jurídico un elemento adscrito a los *fondos ajenos*, pero que desde la perspectiva de su función económica cumplía el papel que ha venido desarrollando el capital social y las reservas ¹⁰⁵.

Como comprobamos, en el momento que se escribe este trabajo aun quedan muchas dudas por despejar sobre este plan de rescate de empresas. Por lo que a nosotros nos interesa, evidencia que en las decisiones del legislador han pesado más los argumentos económicos que los dogmáticos societarios, lo cual no nos hace sentirnos aliviados, pues nos sitúa en el *Oceanus Procellarum* surgido como en otras tantas ocasiones en las que ha confluído en el Derecho concursal y el societario. Como ya pusimos de manifiesto al abordar *Algunas cuestiones concursales en torno a los acreedores de la sociedad escindida y de las operaciones intragrupo* ¹⁰⁶, *qué duda cabe de que todo ello adquiere singular relevancia en un contexto de crisis como el actual, aderezado con ciertas dosis de incertidumbre legislativa. Esto es importante remarcarlo puesto que supone una obligada tarea de construcción y resolución de los problemas que, plantea la satisfacción de los acreedores y la conservación de empresas.*

2.2.2 Tipología y homologación de los acuerdos de refinanciación

Además de los principales aspectos de la reforma operadas el Real Decreto-ley 4/2014 de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, la novedad más destacable con respecto a su original planteamiento de la reforma de 2009, quizá descansa en la nueva tipología de acuerdos de refinanciación, los requerimientos para ser homologados y su contenido.

Siguiendo a la prof. Pulgar Ezquerra, J. ¹⁰⁷, en virtud del RD-L 4/2014, hoy Ley 17/2014, se amplía la tipología de los acuerdos preconcursales de re-

¹⁰⁵ La búsqueda de estas nuevas vías de financiación se ha realizado, a través de nuevos instrumentos de financiación definidos como de «*tipo neutro*». La idea de base sobre la que se asientan estos instrumentos se mueve sobre el concepto de capital propio basado «*Più sulla sostanza economica che sulla forma giuridica del negozio di finanziamento*». Vid., CAMPOBASSO, «Mutualità delle casse rurali di artigiane e instrumenti di formazione del capitale», en, AA. VV., *Mutualità e formazione del patrimonio nelle casse rurali*, Dirigido por Abbadessa/Fusconi, Milán 1985, p. 373.

¹⁰⁶ PASTOR SEMPERE, C., «Algunas cuestiones concursales en torno a los acreedores de la sociedad escindida y de las operaciones intragrupo», en *RdS*, núm. 41, 2013, pp. 401-428

¹⁰⁷ PULGAR EZQUERRA, J., «Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación», cit.

financiación, pudiendo distinguirse acuerdos atípicos de refinanciación alcanzados por las partes en el marco de la autonomía de la voluntad ex art. 1.255 C.c., sin cumplimiento de los requisitos a cuyo cumplimiento se condicionan la protección legal de los acuerdos; y, de otro, acuerdos típicos en cuyo marco pueden distinguirse: acuerdos plurilaterales con (DA 4.ª LC) o sin homologación (art. 71.1.bis LC) y acuerdos bilaterales o plurilaterales sin concurrencia de requisitos legales (art. 71.2.bis LC), llamados de puerto seguro, potenciándose en la reforma particularmente la categoría de acuerdos preconcursales de refinanciación homologados, como pasamos a ver.

Se introducen considerables mejoras con respecto a su anterior regulación. La posibilidad de alcanzar acuerdos de refinanciación con uno o más acreedores, siempre que mejoren la posición patrimonial del deudor y sin necesidad de contar con mayorías de pasivo. Estos acuerdos sólo son rescindibles por el juez a instancia de la administración concursal, si entiende que no concurren los requisitos exigidos.

Se simplifican al eliminar la exigencia del informe de experto independiente nombrado por el Registro Mercantil, si bien tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar al Registro Mercantil del domicilio del deudor el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el plan de viabilidad, la proporcionalidad de las garantías o cualquier otra circunstancia que pueda resultar relevante. Se sustituye por certificación del auditor de cuentas acreditativa de la concurrencia de las mayorías de pasivo exigidas. A fin de garantizar la seguridad jurídica, estos acuerdos ya no podrán ser objeto de rescisión posterior (salvo que incumplan los requisitos previstos), si la empresa llega a entrar en concurso de acreedores. Con ello se corrige la situación actual, donde los acuerdos son habitualmente rescindidos por considerarse perjudiciales para la masa activa del concurso.

El Real Decreto-ley 4/2014 revisa sustancialmente el mecanismo de homologación judicial ampliando sus efectos frente a los acreedores no participantes o disidentes sin garantía real y aclarando su alcance frente a los acreedores con garantía real.

Como novedades y a modo de recapitulación, pues ya han sido tratadas en este capítulo destacar, en la tramitación del procedimiento las siguientes:

La paralización de ejecuciones singulares operará desde que se admita a trámite la solicitud de homologación hasta que se acuerde la homologación (no solamente un mes, como antes). El juez de la homologación: solo dispondrá de un plazo de 15 días para dictar su resolución de homologación, y se limitará a verificar la concurrencia de las mayorías previstas a efectos de homo-

logación (además de los otros requisitos formales) y los efectos que son homologables en cada caso.

La existencia de un sacrificio de carácter desproporcionado, como vimos, no se revisará de oficio sino que tendrá que invocarse por los acreedores no participantes o disidentes que decidan impugnar la resolución de homologación. Con el propósito de facilitar la celeridad y flexibilidad en estos acuerdos, el juez únicamente tendrá que comprobar la concurrencia de las mayorías exigidas y de los requisitos formales para acordar su homologación. Los acuerdos, una vez homologados judicialmente, tampoco podrán ser objeto de rescisión posterior si la empresa llega a entrar en concurso de acreedores. Al igual que en los acuerdos colectivos no homologados, se elimina la exigencia del informe de experto independiente¹⁰⁸. Se sustituye también por una certificación del auditor de cuentas acreditativa de la concurrencia de las mayorías de pasivo exigidas.

Una vez el acuerdo de refinanciación haya sido homologado, solo se podrán iniciar ejecuciones singulares o de garantías reales (o, en su caso, instar el concurso del deudor) si se declarara judicialmente un incumplimiento del acuerdo de refinanciación. Esta medida equipararía, de hecho, el plazo de la paralización de ejecuciones con la espera pactada en el acuerdo de refinanciación (salvo que antes se produzca un incumplimiento de este acuerdo), lo que resulta esencial para que la espera pactada tenga eficacia en la práctica¹⁰⁹.

Aunque se permite, por primera vez, la homologación judicial del acuerdo de refinanciación suscrito por acreedores que representen solamente el 51% del pasivo financiero, será necesario el apoyo del 60% del pasivo financiero para extender a los acreedores disidentes las esperas de un plazo igual o inferior a cinco años o la conversión de créditos en préstamos participativos. La mayoría exigida para homologar judicialmente el acuerdo pasa del 55% al 51% (mayoría simple).

Esta mayoría no se computa, como hasta ahora, respecto al pasivo titularidad de entidades financieras, sino respecto a todos los acreedores de pasivos financieros. Se entienden como tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero (excluidos, en consecuencia, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivo de derecho público, como Hacienda y Seguri-

¹⁰⁸ El nuevo régimen se aplicará a los procesos de refinanciación «colectivos» abiertos antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2014 (es decir, 9 de marzo de 2014) en los que aún no se haya solicitado al Registro Mercantil la designación de experto independiente. En caso contrario, se aplicará el régimen previo, salvo que las partes opten expresamente por el nuevo régimen en el acuerdo de refinanciación.

¹⁰⁹ VAQUER MARTÍN, J., «La homologación judicial de acuerdos de refinanciación tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre», cit.

dad Social), con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. No obstante, se contempla la posibilidad de que otros acreedores, que no sean de pasivos financieros ni de derecho público, se adhieran al acuerdo.

Si el deudor logra que el 75% de su pasivo financiero apoye el acuerdo de refinanciación, se abre la posibilidad de imponer a los acreedores no firmantes o disidentes: esperas superiores a cinco años (aunque nunca superiores a diez años), quitas en el importe adeudado, capitalización de créditos o conversión de los mismos en créditos participativos, transformación de la deuda en cualquier instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original, y dación de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

También como novedad, cuando parte del pasivo financiero incluya préstamos sindicados, se entenderá que todos los acreedores titulares del préstamo sindicado se adhieren al acuerdo de refinanciación si vota a favor el 75% del pasivo representado por el préstamo o la mayoría inferior que, en su caso, se hubiera pactado en el contrato de préstamo sindicado. Esta medida puede tener un impacto muy significativo en la práctica, ya que se eliminaría la posibilidad de disidencia de los acreedores minoritarios en un sindicato y parece hacer estéril los acuerdos por mayorías superiores al 75% a estos efectos.

Los acuerdos de refinanciación homologados no extendían sus efectos a créditos con garantía real (hipotecas, prendas, etcétera). Con la reforma, estos créditos también se ven afectados por el acuerdo homologado, del siguiente modo: *En la parte del crédito que exceda del valor de la garantía*: Se extienden los efectos del acuerdo previstos en el punto anterior (esperas, conversión de créditos, etcétera) en los mismos términos que a los créditos sin garantía y con las mismas mayorías. *Hasta el valor de la garantía*: Se extienden los efectos del acuerdo previstos en el punto anterior, cuando así lo acuerden las mismas mayorías del 65% y 80%, computadas en función del valor de las garantías de los acreedores aceptantes.

Pero quizá una de las reformas concursales del 2014 –la llevada a cabo por el RDL 4/2014– que más polémica por suponer una ruptura con uno de nuestros principios de nuestro Derecho privado *res inter alia* la importante novedad en cuanto a los efectos de los acuerdos de refinanciación homologados por los jueces¹¹⁰: las medidas contenidas en estos acuerdos se aplican o arrastran a los acreedores que no han participado en los mismos o han muestra-

¹¹⁰ Debe advertirse que superar el principio de relatividad contractual, resulta cuestionable para las PYMEs, como veremos al tratar los acuerdos extrajudiciales de pagos.

do su disconformidad con ellos, incluso si sus créditos están garantizados con una garantía real ¹¹¹.

Ahora bien, existían dudas acerca del alcance de esa afectación en cuanto a los créditos que cuentan con una garantía financiera, ya que a éstos les resulta aplicable una norma que les protege especialmente, el artículo 15.4 del RD-L 5/2005, que declara que *los acuerdos con garantía financiera no se verán limitados, restringidos o afectados en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal (...) y podrán ejecutarse inmediatamente*. Sí estaría blindada la ejecución de la garantía respecto del crédito que resulte exigible.

Los Jueces Mercantiles de Madrid en sus Conclusiones de la reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 interpretan

¹¹¹ PULGAR EZQUERRA, J., «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español» conferencia impartida en Roma el 30 de junio de 2014, en la Corte de Cassazione, en el Congreso organizado por el *Consiglio dell'ordine degli avvocati*. *Nuevo marco de homologación de acuerdos de refinanciación, superación del principio de relatividad de los contratos y garantías reales La homologación por el juez de lo mercantil, que sería en su caso competente para declarar el concurso del acuerdo de refinanciación alcanzado por el deudor con sus acreedores, constituye una opción del deudor y sus acreedores y en modo alguno una obligación. Dicha homologación, que sólo es posible respecto de acuerdos en que se alcancen los porcentajes legalmente exigidos de acreedores titulares de pasivo financiero, se encuadraría en el marco de los actos de jurisdicción voluntaria, al no resolver ninguna controversia, limitándose el juez a aprobar, con arreglo a los criterios legalmente establecidos, lo que las partes –deudor y acreedores– han acordado, con cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos. No obstante el carácter facultativo de la homologación, ésta puede resultar conveniente si, además de obtener una protección rescisoria y un privilegio para la nueva financiación, se quieren obtener otros efectos, que conllevan una superación del principio de relatividad de los contratos en función de las mayorías con que se alcance un acuerdo de refinanciación homologado. En este sentido, un acuerdo se puede homologar si el juez comprueba los requisitos legales (mayorías exigidas, certificado de auditor sobre las mayorías y elevación a instrumento público) y concurre al menos un 51% del pasivo financiero, del que se excluyen créditos públicos y proveedores, aun cuando procedan a pasar de un corto a largo plazo. La homologación con estos porcentajes de pasivo sólo permite disfrutar de protección rescisoria en un eventual concurso, pero, si se supera ese 51%, alcanzándose un 60, 65, 80, 85 por ciento, con arreglo a las previsiones legales contenidas en la DA 4.ª LC, se pueden alcanzar otros efectos, además de la protección rescisoria. En este sentido, se puede imponer a acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo el contenido del acuerdo de refinanciación, no sólo en lo relativo a esperas sino también quitas, daciones de pagos o incluso capitalizaciones de deuda. No obstante, esta extensión se produciría no respecto a cualquier acreedor, sino tan sólo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero disidentes o no participantes en el acuerdo.*

Esta extensión del contenido del acuerdo de refinanciación que no constituye sino la renegociación de un contrato, no obstante la homologación judicial de que es objeto, supone una derogación del principio de relatividad de los contratos (res inter alios), extendiéndose el contenido de dicha renegociación a quienes no habían participado o habían disendido de ésta.

Esta superación del principio de relatividad contractual, en el modelo español, puede acontecer incluso respecto de acreedores titulares de pasivo financiero dotado de garantía real, no sólo hasta donde no alcance la garantía, ámbito en el que serían equiparables a los acreedores ordinarios, sino también incluso respecto de donde ésta alcance, con arreglo a un criterio de valoración de la garantía establecido en la DA 4.ª LC.

que los acreedores con garantía financiera no pueden verse afectados contra su voluntad por lo pactado en los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente.

Esta conclusión ha sido ahora matizada con la nota aclaratoria publicada¹¹², añadiendo que *debe matizarse que esa protección exclusivamente vendrá referida al privilegio de tutela ejecutiva instaurado por el artículo 15.4 del RDL 5/2005, siendo posible la afectación del crédito garantizado en los mismos términos que el de cualquier otro acreedor con garantía real.*

Así, el crédito protegido por la garantía financiera se podrá ver afectado o arrastrado por las condiciones establecidas en el acuerdo de refinanciación homologado judicialmente (quitas, esperas u otras medidas acordadas) aunque sí estaría blindada la ejecución de la garantía respecto del crédito que resulte exigible¹¹³.

¹¹² Nota de aclaración de los Jueces Mercantiles de Madrid sobre la respuesta aprobada en la reunión de unificación de criterios de 7 y 21 de noviembre de 2014, en el epígrafe II punto 3.º (homologación de acuerdos de refinanciación y garantías financieras). En el párrafo que sigue a la reproducción del texto de la Disposición Adicional 1.ª del Real Decreto Ley 11/2014, en el que se indica que:

Esta precisión viene a significar que la posición del acreedor con garantía financiera es igualmente innume dentro y fuera del concurso, por lo que el pasivo con garantía financiera computará para el volumen total del pasivo financiero (ninguna disposición expresamente lo excluye, como sí hace en relación con el pasivo de personas especialmente relacionadas) y los titulares de las garantías financieras que se adhieran también serán tenidos en cuenta respectivamente a los efectos de las mayorías de pasivo financiero total y con garantía que en la Disposición Adicional 4.ª se exigen. Sin embargo, los titulares de pasivos con garantía financiera no podrán verse afectados contra su voluntad por lo pactado en los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente.

Debe añadirse al final:

Debe matizarse que esa protección exclusivamente vendrá referida al privilegio de tutela ejecutiva instaurado por el artículo 15.4 del Real Decreto-ley 5/2005, siendo posible la afectación del crédito garantizado en los mismos términos que el de cualquier otro acreedor con garantía real.

Cualquier otra respuesta contenida en la hoja de unificación de criterios (o interpretación que de ella se haga), que entre en contradicción con la presente nota de aclaración deberá entenderse rectificadas en el mismo sentido. En Madrid, a 20 de enero de 2015.

¹¹³ PULGAR EZQUERRA, J., «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español», conferencia impartida en Roma el 30 de junio de 2014, en la Corte de Cassazione, en el Congreso organizado por el *Consiglio dell'ordine degli avvocati*. *Esta superación del principio de relatividad contractual, en el modelo español, puede acontecer incluso respecto de acreedores titulares de pasivo financiero dotado de garantía real, no sólo hasta donde no alcance la garantía, ámbito en el que serían equiparables a los acreedores ordinarios, sino también incluso respecto de donde ésta alcance, con arreglo a un criterio de valoración de la garantía establecido en la DA 4.ª LC. Así mismo, en supuestos en que el acuerdo de refinanciación esté homologado y se acompañe de un informe de experto independiente designado por el registrador mercantil, es posible imponer ciertos contenidos del acuerdo al deudor y en particular una capitalización de deuda. En este marco, en virtud del RDL 4/2014, se introduce en el Derecho Concursal Español una presunción de concurso culpable respecto de socios que sin causa razonable se nieguen a capitalizar (presunción iuris tantum) excluyendo al administrador social su responsabilidad si aconsejare la razonabilidad de la capitalización. Se incentiva de este modelo la capitalización de deuda como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial, sobre todo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero, intentándose así mismo, mediante reformas legales actualmente en curso en España «minimizar» el impacto contable que para las entidades financieras podría conllevar, en sus cuentas de resultados, la opción por la capitalización en sus cuentas de resultados.*

2.2.3 *Contenido de los acuerdos de refinanciación*

Como pusimos de manifiesto, al tratar su rescindibilidad, de la lectura de la LC resulta que junto a los anteriores acuerdos consistentes en una ...*ampliación significativa del crédito disponible...* y/o en la ...*modificación de sus obligaciones...*, la redacción dada por RD-L 4/2014 añade la posibilidad de la ...*extinción de sus obligaciones...* Resulta de ello que la dación en pago o para pago de aquéllos créditos, tendrán cabida en el art. 71 bis.1.º LC.

Con esta redacción legal de 2014 algunos de éstos contenidos potestativos han venido a recibir expresa plasmación legislativa en la D. A.4.^a a raíz de su modificación por RD-L 4/2014, en cuanto su apartado tercero autoriza a extender a terceros acreedores financieros disidentes: quitas sin limitación alguna, esperas hasta diez años, conversión de deuda en acciones o participaciones sociales, atendiendo para ello a distintas mayorías de pasivo, la conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo hasta diez años, y la dación en pago, como decíamos.

La apuesta más decidida de la nueva regulación de los acuerdos de refinanciación refuerza la capitalización de deuda intentando salvar los obstáculos que pueden sufrir desde «el lado societario», por lo que, en cierta forma, adopta medidas que chocan frontalmente con algunos aspectos que podrían suponer la ruptura con principios fundamentales de nuestro Derecho de sociedades.

Así se dio impulso a la conversión de deuda en capital, pues de forma cuestionable se presumirá la culpabilidad del administrador de la empresa y de los accionistas que se nieguen a este tipo de acuerdo sin una causa razonable y, por tanto, acabe la empresa en insolvencia. La causa razonable la determinará el informe de un experto independiente. *El punto de equilibrio se basa en que el valor del derecho de cobro equivalga a la participación exigida.* O lo que es lo mismo un *aliud pro alio* de igual valor. La financiación del acreedor que se convierta en accionista o titular de participaciones no se considerará subordinada (y, por tanto, con menos prioridad de cobro) como le ocurriría a un accionista ordinario. *En definitiva, se le ofrece un modo solutorio diferente, una prestación diferente a la originariamente pactada; estamos ante una Dación en pago.*

Como alternativa a la capitalización de deuda el RD, recoge *La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en*

cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. En definitiva, estamos ante la modificación de las condiciones de la obligación originaria, no ante una dación en pago.

El abanico de posibilidades es extenso, como vemos, casi tan amplio como nuestro ordenamiento permite, pero la finalidad es adaptarlos al acuerdo de reestructuración. En la búsqueda de nuevas fórmulas que sean capaces de atender esta necesidad y su materialización por nuestro legislador, quizá debemos destacar la figura más interesante que es el préstamo participativo, por tratarse de una vieja y recurrente solución renovada en las últimas crisis ¹¹⁴.

Fundamental es en cualquier caso el informe del experto independiente, a pesar de que conviene destacar su desaparición de su obligatoriedad, tras la última reforma operada. La degradación, por tanto, del papel central que hasta la fecha venía teniendo el informe del experto independiente nombrado por el registrador mercantil, no debe restar, a nuestro juicio, el valor de su contenido que se mantiene respecto a las versiones anteriores de la norma. Abarca como hasta ahora, el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable ¹¹⁵.

No debemos olvidar, que la finalidad del RD-L es que la empresa quede despalancada financieramente. Tampoco podemos olvidar financieramente su

¹¹⁴ Esta vuelta a figuras ya conocidas en el Derecho, pero que por múltiples razones cayeron en desuso, para ser recuperadas en la actualidad con aires de pretendida novedad es un fenómeno que ha sido descrito en el ámbito de la contratación mercantil en general por GARCÍA VILLAVEVERDE, R., «Tipicidad contractual y contratos de financiación», en AA. VV., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, y en referencia que nos ocupa del mismo autor, «Créditos participativos», AA. VV., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Homenaje a Verdura y Tuells, E.*, Madrid, 1994, pp. 1081 y ss.; «Créditos participativos», en *RdS*, núm. 9, 1997, pp. 13 a 24. y por, entre otros, VALENZUELA GARACH, F. J., «Valores negociables, títulos-valores y atipicidad» en, AA. VV., *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I, Madrid, 1996, pp. 1389 y ss.

¹¹⁵ La remisión a las menciones previstas por la normativa aplicable es nueva y puede referirse a los nuevos cometidos que puede desempeñar dicho documento conforme a lo dispuesto: – en el nuevo LC art. 165.4 (ausencia de causa razonable para el rechazo a la capitalización de deuda, como presunción de dolo o culpa grave a los efectos de la declaración de culpabilidad del concurso); – en el párrafo 2 de la LC disp.adic.4.^a (valoración de las garantías en orden a la extensión de efectos de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente); o – en la nueva letra d) del RD 1066/2007 art. 8, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (excepción a la necesidad de autorización de la CNMV para quedar excluido de la necesidad de formular una oferta pública de adquisición, en supuestos de toma de control resultante de una refinanciación ajustada a los requisitos de la LC disp. adic. 4.^a).

traducción desde el lado del acreedor, principalmente entidades financieras, también con evidentes necesidades problemas de apalancamiento.

No se termina de comprender la apuesta por la capitalización de deuda. Entendemos que esta solución tal y como ha sido diseñada no es sencilla y no se concilia con el derecho de sociedades y con unos socios que no quieren perder el control de su compañía, máxime en aquellas de menor tamaño. Si la finalidad del RD-L es que la empresa en dificultades «quede desapalancada financieramente» no se explica que la «sociedad cambie de dueños» cuando la situación probablemente no se deba a su «mala gestión» —pues la opción por capitalización de deuda lleva implícita esto mismo— máxime cuando, insistimos, los acreedores financieros ni quieren controlar-la ni están diseñados para ello.

Ahora bien, quizá la apuesta por la capitalización de deuda encuentre su razón de ser en el delicado paño de los riesgos que se teje también desde el lado del acreedor, principalmente de las entidades financieras, «también con evidentes problemas de apalancamiento». Por tanto, no resulta descabellado opinar que la apuesta final por las operaciones de conversión de deuda en capital, es en definitiva un saneamiento del sistema financiero e industrial y productivo con la creación del banco malo.

En ello ha sido determinante, como comentamos, que la Comisión Ejecutiva del Banco de España aprobó en su sesión de 18 de marzo de 2014 el envío de una comunicación a las entidades de crédito que contiene criterios homogéneos relativos a la aplicación de lo dispuesto en la Circular 4/2004 del Banco de España, sobre normas de información financiera, en materia de operaciones reestructuradas, como consecuencia de acuerdos de refinanciación regulados en la Ley 22/2003 (Ley Concursal), dando así cumplimiento a lo establecido en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

La comunicación remitida a las asociaciones representativas de las entidades establece que, en relación con el tratamiento contable de los importes debidos tras un acuerdo de refinanciación de los regulados en el artículo 71 bis y en la Disposición Adicional 4.^a de la indicada Ley Concursal, de acuerdo con los criterios contenidos en el Anejo IX de la Circular 4/2004 del Banco de España y teniendo en cuenta las nuevas posibilidades que ofrece el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, aquellos deberán ser clasificados como riesgo normal en la medida en que existan elementos objetivos que permitan concluir que resulta probable la recuperación de los importes debidos tras el acuerdo de refinanciación.

Para ello, será especialmente relevante valorar el efecto que las quitas o conversiones de deuda en capital incorporadas a los acuerdos vayan a tener sobre las posibilidades de recuperación del importe debido, teniendo en cuenta los planes de negocio del sujeto obligado al pago¹¹⁶.

2.3.1.1 Préstamos participativos

2.3.1.1.1 Orígenes y marco legal

El recurso a estos instrumentos se inició en los países anglosajones en los años treinta, para luego extenderse, sobre todo en la década de los setenta a los países de la Europa continental. Pero por lo que a nosotros más nos interesa los préstamos participativos (*prêts participatifs*) fueron introducidos en Francia por la Ley núm. 78-741 de 13 de julio de 1978 relativa a *la orientación del ahorro hacia la financiación de empresas*, denominada *Ley Monory*, cuya finalidad era la de reforzar la estructura financiera de las empresas para lo cual se recurrió a la figura del crédito subordinado que para la apreciación de la situación financiera son asimilados a los fondos propios de la entidad, conservando, la naturaleza de crédito de último rango¹¹⁷.

Las primeras referencias que existen en nuestro país de este *préstamo participativo* las encontramos en el Real Decreto Ley 8/1983 de 30, de noviembre, *sobre reconversión y reindustrialización* para las empresas sometidas a dichos procesos, en el que aparece recogida por primera vez esta modalidad, al objeto de poner a disposición de estas empresas nuevas modalidades de financiación que ayudarán a superar las dificultades por las que atravesaban algunas de ellas, en particular las que se encontraban inmersas en procesos de

¹¹⁶ Cuando exista evidencia de la insuficiencia de flujos de efectivo futuros necesarios para hacer frente a los compromisos asumidos tras el acuerdo de refinanciación, las entidades clasificarán las operaciones anteriores como riesgo distinto del normal. Sin embargo, cuando desaparezcan las causas que motivaron esa clasificación, se permitirá la reclasificación posterior de estas operaciones a una mejor categoría de riesgo. Los criterios comunicados por el Banco de España están en consonancia con los aprobados por su Comisión Ejecutiva el 30 de abril de 2013, que señalan que las refinanciaciones, reestructuraciones, renovaciones o renegociaciones de operaciones, siempre que sean utilizados de manera prudente, son instrumentos para la gestión del riesgo con aquellos clientes que atraviesen dificultades transitorias. HERRERA, M., «La refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial: Una perspectiva supervisora». En la Jornada *Oportunidades y retos de la ley de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial organizada por Asociación para el Progreso de la Dirección (APD)*, celebrado en Madrid 10 de junio de 2014. Disponible en la página web del Banco de España <http://www.bde.es/finweb/bde/GAP/Seciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/supervision/quintana100614.pdf>

¹¹⁷ MAGDIGNIER, P., «Nature juridique des prêts participatifs», en AA. VV., *Prêts Participatifs et Prêts Subordonnés: Un Nouveau mode de financement*. Dir. Caussain/Mercadal París 1983. pp. 77 y ss.

reconversión industrial. Pero es en la Ley 27/1984, de 26 de julio, donde se lleva a cabo una auténtica regulación de estos *créditos participativos*. Posteriormente, en el Real Decreto 200/1984, de 24 de octubre, se expresan las condiciones de los mismos, así como hace especial mención a que estos préstamos serán concedidos por el Banco de Crédito Industrial. Meses después la Orden ministerial de 2 de enero de 1985 establece los tipos de interés, así como los porcentajes que este tipo de préstamos tenían que representar en los coeficientes de inversión obligatoria de los bancos privados. En 1988 aparece el Real Decreto 1470 de 2 de diciembre modificó el anterior¹¹⁸.

Pero será el art. 20 del RDL 7/1996, de 7 de junio, el produjo una importante novedad ya que esta figura quedaba recogida con carácter general, para todas las empresas, así como señala en su art. 20 d) *los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil*¹¹⁹. Ello determina como ha señaló Vicent Chuliá¹²⁰, que los fondos propios de la sociedad o patrimonio neto, incluyen el capital social, las reser-

¹¹⁸ Una de las últimas referencias legales, antes de este nuevo «resurgimiento», sobre la conveniencia de conceder préstamos participativos aparece en las medidas urgentes para el empleo de marzo de 1993. Es significativo que en dicha fecha se dotó con un fondo de 10.000 millones a *AXIS Participaciones Empresariales*, compañía dependiente del *Instituto de Crédito Oficial*, que opera como entidad gestora de Fondos de Capital Riesgo y que concede este tipo de créditos a las Pymes. Además de *Axis*, sólo una empresa vasca Luzaro, propiedad del Gobierno Vasco, de las Cajas de Ahorro de Euskadi (*BBK, Kutxa y Vital*) de la *Caja Laboral* –Grupo Cooperativo Mondragón– y el *Banco Guipuzcuano*, realizan estas operaciones. Sobre los volúmenes de inversiones, Vid. MANSO/MURIEL DE LOS REYES/TOLEDANO. «Ventajas e inconvenientes del préstamo participativo», en *Estrategía Financiera*, núm. 126, 1997, p. 18.

¹¹⁹ El Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio (BOE del 8), *sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica* establece en su art. 20:

«Uno. Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características:

a) *La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.*

b) *Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.*

c) *Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, si situarán después de los acreedores comunes.*

d) *Los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil.*

Dos. *Los intereses devengados tanto fijos como variables de un préstamo participativo se considerarán partida deducible a efectos de la base imponible del Impuesto de Sociedades del prestatario.»*

¹²⁰ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 1996, pp. 206-207 y 732. Pero las repercusiones de esta asimilación, tal vez impongan una mayor sensibilidad por los aspectos económicos en la delimitación del concepto de capital propio obligando a replantear una concepción evolutiva del mismo Campobasso, «Mutualità delle casse rurali...» cit. p. 381.

vas y el beneficio de ejercicio no distribuido, *más otras aportaciones patrimoniales asimiladas como los préstamos participativos*.

Con posterioridad el citado art. 20 del RD 7/1996, fue modificado, en su redacción, por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, *de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas*, que señala en su apartado d) lo siguiente: *Los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil*¹²¹.

En la actualidad la crisis ha hecho resurgir su interés no solo de nuestra doctrina¹²², también de los operadores económicos. Algunas entidades ofrecen en la actualidad préstamos participativos. Podemos destacar a la Empresa Nacional de Innovación, S. A. (ENISA): empresa de capital público, adscrita al Ministerio de Industria, Energía y Turismo a través de la Dirección General de Industria y de la PYME, Axis Participaciones Empresariales, participada en su totalidad por el Instituto de Crédito Oficial (ICO), invierte en empresas tecnológicas e innovadoras, sobre todo las que se dedican a proyectos ecológicos o sostenibles. Cofides, S. A.: otorga préstamos participativos a proyectos privados en el exterior que contribuyan tanto al desarrollo de los países donde se lleve a cabo como a la internacionalización de la economía y las empresas españolas. Está participado por el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), Instituto de Crédito Oficial (ICO), Empresa Nacional de Innovación (ENISA), Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), Banco Santander y Banco Sabadell. Pero no son las únicas. Y encontramos asociaciones que engloban parte de este tipo de entidades y las dividen por sectores. Entre otras, destacan

¹²¹ Como señala GARCÍA VILLAVERDE, R., «Créditos participativos», en *RdS*, pp. 18-19, «La derogación se produce, por sustitución, en la Disposición adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 diciembre, que señalaba, tras el título de «consideración mercantil de los préstamos participativos», lo siguiente: «La letra d) del apartado uno del artículo 20 del RDL 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, queda redactado de la siguiente manera: “d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades prevista en la legislación mercantil”». Sin perjuicio de un análisis más detenido, que realizaremos al tratar las participaciones especiales, debemos indicar que la Resolución de 20 de diciembre de 1996, del *Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas*, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la Legislación Mercantil, publicado en el BOE de 4 de marzo de 1997 (BOICAC núm. 28), incluyen en el concepto de patrimonio contable, además de los fondos propios, otras partidas del balance que afectan a su cuantificación como es el supuesto de estos préstamos participativos a los efectos señalados en dicha Resolución.

¹²² En Colino Mediavilla, J. L., «Los préstamos participativos», en AA. VV., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Constitución, Gestión, Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, Vol. V, Barcelona, 2005; y especialmente, ibídem, «Créditos participativos y concurso de acreedores», en *RcP*, Monografía núm. 12, 2010.

la *European Business Angels Network (EBAN)*, de la Fundación Privada para el Fomento de las Redes *Business Angels en España (ESBAN)* y de la Asociación Española de *Business Angels (AEBAN)*.

Particular interés despierta también esta figura tras la reciente Ley 5/2015, de 27 de abril, de *fomento de la financiación empresarial*, y la posible expansión de los préstamos participativos, a través de las *plataformas de financiación participativa*, como empresas autorizadas que ponen en contacto a un grupo de personas o sociedades, los promotores, quienes en nombre propio y a cambio de un rendimiento dinerario sobre un proyecto buscan y captan financiación de los inversores. La financiación que consigan estas plataformas se destinará exclusivamente a un proyecto del promotor, de tipo empresarial, formativo o de consumo. Si bien explícitamente no permite que los proyectos de financiación se destinen a la concesión de créditos o préstamos a terceros, sin embargo los proyectos sí podrán utilizar como medio para su financiación por los inversores, la solicitud de préstamos, *sean participativos o no*, y siendo entendidas como promotoras en estos casos las prestatarias, personas físicas o jurídicas. Esto quiere decir que los promotores no podrán presentar un proyecto que consista en ofrecer préstamos, pero sí que se financien con dicha modalidad.

2.3.1.1.2 Concepto y naturaleza jurídica

Dichos créditos participativos son jurídicamente contratos de préstamo, documentados en su correspondiente póliza, que como cualquier otra recoge, importe, tipo de interés, vencimiento, duración y amortización del préstamo, devengo y liquidación de intereses, derechos y obligaciones de la entidad prestamista y del prestatario, comisiones, causas de vencimiento anticipado, afianzamiento, así como otras condiciones pactadas entre las partes.

Pero lo realmente característico de éstos, es combinación de rasgos propios de los préstamos ordinarios y de las participaciones en capital, tanto por su *retribución*, que está parcialmente ligada a los resultados de la actividad de la empresa como por su consideración patrimonial, que se aproxima a la de los recursos propios, en términos *de tratamiento contable en el balance* y en el caso de liquidación, ya que dado su carácter de deuda subordinada, el titular del préstamo participativo sólo recuperará el principal cuando los acreedores ordinarios se hayan resarcido de sus respectivas deudas, y sólo antecederá a los propietarios o accionistas de la empresa. El riesgo para el prestamista participativo es, por tanto, mayor que el ordinario.

Estas particularidades del *crédito participativo* han determinado que la doctrina, en su mayoría, destaque que nos encontramos ante un préstamo no enteramente típico, sino que las especialidades solo pueden ser explicadas si se califique a este contrato como mixto, donde sobre la base del préstamo, al que se le añade un pacto parciario, y cuya validez y posibilidad vienen respaldadas por el principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 del Código civil ¹²³.

Pero la característica que realmente identifica al *préstamo participativo* y que es común al específico *título participativo* del derecho cooperativo, es el pacto de participación en beneficios. Esta nota distintiva, ha llevado a la doctrina a cuestionar si realmente nos encontramos ante un contrato de cuentas en participación. La diferencia frente al préstamo ordinario con interés se concreta en la inexistencia de la comunidad de riesgos, propia de las sociedades. Pero si al préstamo con intereses se le añade un pacto de participación en los beneficios, las diferencias quedan reducidas a la participación en las pérdidas.

De no haber ganancias en la cuenta en participación, el cuentapartícipe no podrá reclamar retribución alguna por su aportación y sólo tendrá derecho a la cuota de liquidación. Por el contrario, en el préstamo participativo, el prestamista siempre podrá reclamar la devolución de la cantidad prestada con sus intereses, si se han pactado, y la participación en beneficios sólo podrá negársele en caso de que estos no existan.

Pese a lo señalado cabría la posibilidad de plantear la cuenta en participación con un pacto de exclusión de pérdidas, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pero como se ha señalado no queda incluida la obligación del prestatario de devolver la cantidad prestada al margen de la liquidación social propia de las cuentas en participación ¹²⁴.

¹²³ VILLAVERDE, R., «Créditos participativos», AA. VV., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Madrid 1994, pp. 1081 y siguientes, donde el autor realiza un magnífico estudio sobre esta figura., y que es seguido por FRADEJAS RUEDA, O., «Créditos participativos» en AA. VV., *Derecho del Mercado Financiero*, Tomo II. Vol. I. Madrid 1994, p. 336. Otros autores como FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El fortalecimiento de los recursos propios*, cit. p. 298, ponen su acento en la falta de coordinación entre su naturaleza jurídica (crédito) y su configuración financiero-económica (capitales propios), determinando su carácter híbrido.

¹²⁴ GARCÍA VILLAVERDE, R., «créditos participativos...» cit., p. 1086. Como ha señalado la doctrina, la exigencia de participación en los beneficios y las pérdidas ha de entenderse de derecho necesario. Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Cuentas en participación», en *EJBC*, Madrid 1995, p. 1844. PAZ-ARES, C., *Comentarios del Código Civil II*, Madrid, 1991 pp. 1303, 1353. GUAL DALMAU, M. A., *Las cuentas en participación*. Madrid 1993. pp. 224-228. ANGULO RODRÍGUEZ, L., *La financiación de empresas mediante tipos especiales de obligaciones*. Bolonia, 1968, p. 80, donde señala, «los pactos de participación en los resultados de una empresa o negocio ajeno, accesorios de un contrato principal de distinta naturaleza, no dan lugar a un contrato de cuentas en participación, sino que son mera cláusula parciaria», que no modifica la índole del contrato básico. Por otra parte DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., *La emisión de Obligaciones por Sociedades Anónimas*, Pamplona, 1994, señala, p. 83, que «en aquéllos supuestos extremos en los que la remuneración del principal consista en una partici-

En otras palabras, el prestamista no sólo tiene derecho a un interés fijo, sea cual fuere la marcha del negocio, sino que incluso lo mantiene vivo y exigible aunque quiebre el negocio¹²⁵. Por último hemos de señalar, el cambio de redacción dado por el legislador sobre este punto. Lo que ahora se dice en el RD-L 7/1996 es, *La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes, añadiendo más tarde además podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.*

Para García Villaverde¹²⁶, este cambio supone en definitiva, la desaparición de la participación en beneficios como elemento legal del contrato, donde no debe confundirse la variabilidad del interés por referencia a la evolución de la actividad de la empresa con la participación en el beneficio. Por lo que nada queda de similitud con la posición jurídica de socio en el prestamista. A este respecto, su consideración como fondos propios del prestatario, pueden resultar determinante¹²⁷.

2.3.1.1.3 Posición jurídica del acreedor tras el acuerdo de canje de deuda por préstamos participativos

La cuestión se centra en determinar si la posición que ocupa el titular, es decir si mantiene su carácter de prestamista, o si por el contrario, se ha producido una alteración en la naturaleza jurídica de la posición en el sentido de que se haya conformado una relación de carácter societario (cuentas en participación o sociedad interna, por supuesto). *Ello es determinante, pues entre otras cuestiones, dilucida si se ha producido una novación, o una dación en pago.*

pación porcentual en los beneficios repartibles en concurrencia con los accionistas de la sociedad emisora, hipótesis de cartularización de una posición jurídica análoga a la de asociado en participación con cláusula de exoneración o inmunidad jurídica a las eventuales pérdidas, cuya licitud desde una perspectiva societaria y cartular no parece posible al conculcar los principios de proporcionalidad en la participación en beneficios de los accionistas, únicamente derogable por el trámite de las acciones privilegiadas».

¹²⁵ BROSETA, M., «Régimen de los préstamos participativos», en *RDBB*, núm. 14, 1984, pp. 254 y 255.

¹²⁶ GARCÍA VILLAVERDE, R., «Créditos participativos», en *RdS*, cit. pp. 14.

¹²⁷ Como señala GARCÍA VILLAVERDE, R., «Créditos participativos», cit. p. 1088. *«la subordinación característica de los créditos que se asimilan a fondos propios, no es la propia del socio, ya que cobran antes que él y por la vía del pago, no de la liquidación societaria».*

La equiparación con el capital social, es en todas sus alusiones por la ley en un sentido económico. Como ya indicábamos, el legislador utiliza este término para reestructurar los recursos propios de la sociedad, tras la alteración que supone la inclusión de estas nuevas partidas. Tal vez con ello se ha querido destacar, que en algunos supuestos, pueden ser consideradas como la parte más estable o de mejor calidad financiera dentro de los recursos propios de la sociedad.

En este sentido su equiparación económica con el capital social no implica que su titular se convierta en socio de la sociedad. Ni tan siquiera podríamos asemejar su posición a la del cuentapartícipe, ya que la exigencia de participación en los beneficios y las pérdidas ha de entenderse de derecho necesario¹²⁸. Existiría una aproximación al contrato de cuentas en participación, pero esta conmixtión o aproximación, no determina la aplicación íntegra de las normas contenidas en los arts. 239 y ss. del Código de comercio, sino que única y exclusivamente se aplicarán las relativas a la liquidación.

Pero en todo caso el tratamiento dado por el legislador a este supuesto de subordinación, en que serán tratados por los liquidadores como capital social, pone en duda que este supuesto se corresponda con una operación de financiación colectiva, *capital de crédito con derecho en todo caso a reembolso*, ya que el reembolso de la obligación constituye, como se ha señalado¹²⁹, elemento esencial en nuestro ordenamiento.

En definitiva, la posición que ocupa el titular de estos préstamos participativos, a pesar de la peculiaridad, de que desde un punto de vista económico cumplan una función más próxima a las aportaciones a capital, sigue siendo la de acreedor. Ahora bien, si la sociedad deudora concursa, estos acreedores *especiales*, pueden saber que, con casi absoluta seguridad, no podrán obtener el reembolso de sus préstamos ni el de sus intereses vencidos y no cobrados¹³⁰.

Como señaló Broseta¹³¹, con respecto a los *préstamos participativos*, es en el caso de insolvencia donde se descubre la esencia del sistema creado *En*

¹²⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Cuentas en participación», cit. p. 1844. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./GALLEGO SÁNCHEZ, G., *Fundamentos de Derecho Mercantil, –Introducción y empresa. Derecho de sociedades (Parte general. Sociedades de personas)–*, Valencia, 2000, p. 440.

¹²⁹ DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., *La emisión de Obligaciones por sociedades anónimas*, cit. p. 83, nota 252.

¹³⁰ Como señala GARCÍA VILLAVERDE, R., «Créditos participativos», en *RdS*, cit. p. 15, estos préstamos tiene una significación similar a los fondos propios, ya que al subordinar el crédito se presta una garantía suplementaria a otros acreedores, los que van a cobrar antes que los subordinados, que se añade a la derivada del patrimonio social.

¹³¹ BROSETA, M., «Régimen de los «préstamos participativos»», cit. p. 263 esta afirmación es reiterada en las conclusiones a las que llega el citado autor en este trabajo, p. 286. «*Lo que siendo casi de imposible realización, demuestra que los acreedores participativos ostentan una posición casi intermedia*

*él se coloca a sus titulares en una posición intermedia entre los acreedores y los socios de la sociedad deudora. Porque si todo va bien, son acreedores y cobrarán sus créditos. Pero si todo va mal, se les trata casi como si fueran socios, sin serlo en ningún momento*¹³².

2.3.1.1.4 Efectos jurídicos de la conversión de la deuda en préstamo participativo en el marco del acuerdo de refinanciación

Hemos de tener en cuenta que una de los argumentos esgrimidos por la doctrina que ha tratado el tema es que este tipo de préstamo no evitaba los supuestos legales de disolución y liquidación¹³³. Hoy tras la redacción dada por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, *de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas*, señala en su apartado d) lo siguiente: Los préstamos participativos se consi-

*entre los acreedores y los socios de su sociedad deudora. Pero sin ser íntegramente ni una cosa ni otra cosa». Esta situación ambigua e imprecisa es reproducibles en otros híbridos financieros ya que como señala críticamente SÁNCHEZ ANDRES, A., (Sociedad Anónima. Modelo 1998... cit. pp. 54 y 55.) «Lo que sucede es que, como tantos mestizos, las acciones rescatables pueden llegar a sumar en su contra los defectos de sus dos progenitores» para concluir que quedan «suspendidos a medio camino entre los verdaderos miembros (de la sociedad), ellos (los titulares de acciones rescatables) recogen lo peor de ambos mundos». En realidad como señala LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A., («Modificaciones en la Ley de sociedades Anónimas introducida por la ley de Reforma del mercado de Valores», *Partida Doble*, núm. 97, 1999, p. 36) «El titular de unas obligaciones participativas es un acreedor, mientras que el titular de unas acciones rescatables, es un socio. Diferencia que a efectos prácticos y en bastantes casos, puede que no tenga demasiada importancia en el mercado financiero».*

¹³² No obstante como se ha señalado por la doctrina francesa, esta diversificación de valores, considerados como *quasi-capital* conlleva de por sí el cuestionar si sus titulares encajan en los criterios tradicionales del contrato de sociedad. Incluso se ha apuntado la posibilidad de los *«quasi-associés»*, como los titulares de acciones privadas provisionalmente de uno de los atributos tradicionales de la acción («actions á dividendes prioritaires sans droit de vote»), o los titulares de «certificats d'investissement». Vid. GENINET, M., en, «Les quasi-apports en société», *Rev. des Sociétés*, núm. 1, 1987, pp. 25-42.

¹³³ La LSA, en su art. 260, incluía como una de las causas de disolución de la SA. la reducción del «patrimonio» como consecuencia de las pérdidas *«a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente»*. A su vez, el art. 163 prescribe la reducción obligatoria de capital para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su «haber» por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el «patrimonio». La Resolución de 20 de diciembre de 1996, del *Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas*, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos descritos anteriormente, señala que *«estos préstamos que figurarán en el balance de la empresa en la agrupación correspondiente a los acreedores, se tendrán en cuenta en la cuantificación del patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y disolución de sociedades previstos en la legislación mercantil»*. Desde un punto de vista fiscal, los intereses de estos préstamos son fiscalmente deducibles. Vid. BARBERO. «Evolución de los préstamos participativos en relación con la subcapitalización», en, *Boletín Tributario*. 1997, núm. 45, pp. 6-8. ALBÓS, «New Regulations for Participative Loans in Spain: Corporate and Taxation Aspects», en, *International Tax Review*. vol. 25, 1997. pp. 12-17.

derarán patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

Para García Villaverde, el legislador ha sido consciente de que exageró más de la cuenta en el RD-L 7/1996 al referirse genéricamente a la *legislación mercantil* y en el RD-L 10/1996 concreta limitativamente lo que entiende por mercantilidad de los préstamos participativos. No se trata de considerarlos fondos propios a todos los efectos mercantiles, sino *patrimonio contable* y sólo a los efectos de *reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil*¹³⁴.

Pensábamos que, bajo un cambio aparente, había un meditado cambio del legislador que no encerraba más que una simple una clarificación¹³⁵, o mejor una aproximación a conceptos económicos reales¹³⁶. Esta afirmación cobra mayor sentido en la actualidad, y en el propio concurso, pues a pesar de que antes de la reforma del RD-L 4/2014 ya existía la posibilidad de configurar como propuesta alternativa en el convenio la conversión en cré-

¹³⁴ GARCÍA VILLAVERDE, R., «Créditos participativos», en *RdS*, cit. p. 19.

¹³⁵ Los préstamos participativos, aparte de tener unas especiales características en cuanto a la remuneración de los intereses o a su devolución, no tienen ninguna excepcionalidad en cuanto a su contabilización. El ICAC en su Consulta, núm.2, publicada en el BOICAC: 54, junio 2003, señala «*De tal forma que su registro deberá ajustarse a lo previsto en la norma de valoración 9.ª Créditos no comerciales, o bien en la norma 11.ª Deudas no comerciales, incluidas en la quinta parte del Plan General de Contabilidad, en función de que la empresa conceda o reciba el préstamo, respectivamente. No obstante, al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.d) del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, en la redacción dada por la disposición adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria, y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable, a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil, en su introducción dice: Por todo lo indicado, estos préstamos (los participativos) que figurarán en el balance de la empresa en la agrupación correspondiente a los acreedores, se tendrán en cuenta en la cuantificación del patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y disolución de sociedades previstos en la legislación mercantil. De la propia Resolución se contempla que el préstamo participativo no goza de una característica especial en cuanto a su contabilización, y es sólo a efectos jurídico-mercantiles y en relación con determinadas circunstancias cuando adquiere una calificación específica. Por lo que se refiere a la cancelación de esta partida, deberá reflejarse de acuerdo con las condiciones acordadas por las partes (reembolso, capitalización). No obstante, a este respecto, hay que indicar que la norma mercantil en el artículo 20 anteriormente mencionado establece que: «En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una aplicación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos».*

¹³⁶ En este sentido, ya nos pronunciamos en nuestro trabajo *Los recursos propios en la sociedades cooperativas*, Madrid 2002, «*La nueva regulación de los préstamos participativos rompe, a nuestro juicio, con estos planteamientos y aproxima, en su sentido jurídico, a éstos con los fondos propios (...) Piénsese que dicha configuración del préstamo participativo resulta armoniosa con su finalidad de financiación y con el tratamiento postergado que, en orden a la prelación de créditos tiene en relación con los créditos comunes. Precisamente, esta característica del préstamo participativo y, en especial, la del tratamiento peculiar de su amortización anticipada, que exige su compensación a través de una ampliación igual de fondos propios, tutelan con racional suficiencia a los intereses de terceros».*

ditos participativos, (debemos destacar en esta línea la Sentencia dictada por Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, de 28 de diciembre de 2012, a la que ya hemos aludido en distintas ocasiones en este trabajo)¹³⁷, no es menos cierto que tras el RD-L han sido equiparados en cuanto a sus efectos y requisitos con la conversión de deuda en capital. Por lo tanto, debemos concluir, nuestra preferencia sobre esta opción, pues en términos económicos «soluciona el mismo problema», y desde la perspectiva de nuestro Derecho de sociedades es más aséptica.

Ahora bien, supondrá que caso de declararse el concurso, desaparecerán los efectos de la novación y los créditos concurrirán en su estado original. Faltaría el siguiente paso que debería darse por el legislador concursal, en la fase preconcursal, y señalar otra simple clarificación que «expresamente» declarara que la deuda que se canjee por «préstamo participativo», en el marco del acuerdo de refinanciación o extrajudicial, no debería considerarse subordinada, caso de llegar el concurso. Sería la explicitación de su verdadera naturaleza jurídica, pues esta operación supondría una novación pero nunca una dación en pago. Y lo más importante, no se afectaría el ordenamiento societario al que se ha forzado sobremanera para poder tejer el delicado paño de la clasificación del riesgo de dichas operaciones. Al contrario, cuando desaparezcan las causas que motivaron ese canje por préstamos participativos, permitirá la reclasificación posterior de estas operaciones a una mejor categoría de riesgo.

¹³⁷ *En la que textualmente se señala en su Fundamento de Derecho segundo c) No todas las operaciones descritas en el art. 100.2 participan de la misma naturaleza, ya que, a diferencia de la conversión, que implica una novación objetiva, el crédito participativo no cambia la esencia de la prestación debida, cuya remuneración simplemente pasa a depender, en todo o en parte, de los beneficios potenciales de la empresa concursada. El acreedor no se convierte en socio, sino que sigue siendo acreedor, bien que por distinto título y, además, con carácter reversible caso de declararse el incumplimiento del convenio [SJM n.º 1 de La Coruña; también, en la doctrina, ROJO («Art. 100 ...», p. 1889) o COLINO MADIAYLLA (Créditos participativos y concurso de acreedores, La Ley, monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n.º 12, Madrid, 2010, p. 97)].(...) Las reservas acerca de la legalidad de una cláusula de esta naturaleza provienen, a juicio de este juzgador, más del derecho común que del propiamente concursal. Resalta FLORES DOÑA («Propuestas de convenio concursal con contenido alternativo», Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia, IV, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 4539) que «mientras que la conversión del crédito en participativo es una modificación objetiva condicional, porque la relación primitiva no se extingue, sino que se mantiene, modificada, en la conversión del crédito en acciones/participaciones/cuotas se propone una alteración más profunda consistente en la transformación de toda la relación crediticia primitiva por una relación social entre el primitivo acreedor –y ahora socio– con la sociedad emitente de las acciones/participaciones/cuotas (...) Transformación que tendría un encaje más preciso en el ámbito de las modificaciones extintivas de carácter novatorio (art. 1.204 del CC)».*

2.3.1.2 La capitalización de deudas como uno de los principales contenidos de los acuerdos de refinanciación y su configuración como *datio pro soluto necessaria sui generis*

Una de las medidas introducidas por el RD-L y quizá la más esperada, y al mismo tiempo contestada, es la capitalización de deuda. A grandes rasgos el RD-L, en el caso de que en el acuerdo colectivo se plantee una capitalización de créditos, y para potenciar esta figura, se establece la presunción de culpabilidad del concurso si el deudor se hubiese negado a ello sin causa razonable.

A tal efecto, se entenderá que existe causa razonable si así se declara mediante informe emitido por experto independiente. Será necesario, además, que el acuerdo propuesto reconozca a favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones suscritas por los acreedores, a resultas de la capitalización, en caso de enajenación posterior de las mismas. Los socios que se hubieran negado a la capitalización o emisión de instrumentos convertibles y los representantes del deudor que la hubiesen dificultado, podrán ser considerados cómplice. Por otra parte, se reconoce la posibilidad de que los acuerdos de refinanciación homologados incluyan (y extiendan a los disidentes) la conversión de deuda en capital, como vimos.

El acuerdo de la junta de socios exigido al respecto es la mayoría simple y se ofrece una alternativa de quita al acreedor disidente, que quedará a su elección. Asimismo, y al igual que en los acuerdos no homologados, se establece la presunción de culpabilidad del concurso si el deudor se hubiese negado sin causa razonable a la capitalización.

Esta particular articulación nos sitúa frente una dación en pago un tanto *sui generis*. No dudamos de que sea una dación, puesto que *el acreedor recibe un modo solutorio distinto al pactado, acciones en lugar de efectivo*. Y se hace con su consentimiento, pues de alguna manera, se reconoce la posibilidad de que los acuerdos de refinanciación recojan una alternativa de quita al acreedor disidente, que quedará a su elección. Ahora bien, la presunción de culpabilidad del concurso si el deudor se hubiese negado sin causa razonable a la capitalización, hace que desde la parte del deudor la dación sea «prácticamente» obligatoria.

Como acertadamente se ha señalado dado el carácter facultativo que pasa a tener el informe, el art. 71 bis.4 LC adopta una solución inteligente a la hora de reconocer tanto al deudor como a sus acreedores la facultad de solicitar el nombramiento de un experto independiente que realice el informe facultativo sobre el plan de viabilidad y otros presupuestos fundamentales de

un acuerdo de refinanciación. En la medida en que estamos ante un informe que, de alguna manera, se integra en un convenio que afecta a un amplio número de sujetos, la flexibilidad legal conduce a permitir que esa solicitud pueda plantearse de manera conjunta (por parte del deudor y los acreedores firmantes del acuerdo) o individual (que sea bien el deudor o algunos de sus acreedores quienes presenten la solicitud): *Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente ...* Pudiera cuestionarse el olvido normativo de la legitimación de los socios de la sociedad deudora, dada la relevancia que el informe tiene con respecto a una conversión de deuda en capital y a su eventual revisión en la calificación. La LC no reconoce esa legitimación para solicitar el informe de experto, con lo que, desde la sociedad deudora, quedará al exclusivo criterio de los administradores hacer o no su solicitud¹³⁸.

Negarse con causa razonable a la capitalización evitaría caer en el supuesto de *datio in solutum necessaria de los socios*, pero entendemos que prácticamente será imposible, por las circunstancias que acabamos de reseñar cuya una explicación solo puede residir en que en cierta forma ello es consecuencia de la inexistencia en nuestro sistema jurídico de un deber genérico a cargo de los socios fundadores¹³⁹, de fijar en el momento de constitución de la sociedad un capital proporcionado y suficiente para el desarrollo del objeto social¹⁴⁰ y

¹³⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», cit.

¹³⁹ Recordemos que el Registrador, a la hora de calificar la escritura de constitución de la sociedad, no puede denegar su inscripción por entender que la cifra de capital social es insuficiente para el desarrollo de la actividad proyectada, como se ha señalado en nuestra doctrina, «*el establecimiento de una cifra estándar de capital social mínimo trae de la mano una renuncia a exigir la correcta capitalización como requisito sustantivo de constitución*» no incumple la legalidad, si el capital, a pesar de superar el mínimo impuesto por las respectivas leyes, es manifiestamente insuficiente para el desarrollo del objeto social. En este sentido la doctrina de las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 22 y 23 de junio de 1993. El supuesto contemplado era el siguiente. En escritura de 23 de marzo de 1992 se constituyó la Sociedad de Responsabilidad limitada «F-C y C, sociedad limitada» con un capital social de 500.000 ptas., y un objeto social integrado, entre otras, por actividades de construcción, promoción inmobiliaria, instalaciones de tratamiento de aguas, explotación de centros comerciales, residencias geriátricas, explotaciones mineras, ect. El Registrador Mercantil núm. XII de Madrid suspendió la inscripción de la escritura de constitución por «*existir una desproporción absoluta entre la cifra de capital y las actividades integrantes del objeto, que hace imposible la consecución del mismo*», remitiéndose a los arts. 39CC, 30LSRL y 260. 3.º LSA. Interpuesto recurso de reforma por la Sociedad, el Registrador lo desestima. El recurso de alzada fue, sin embargo, estimado por la DGRN a la vista de la LSRL. La Doctrina establecida por DGRN, era clara, la válida constitución de una SRL no exigía más que la cobertura de la cifra mínima de 500.000 ptas. de capital legalmente establecida, sin que sea necesario adecuar la cifra de capital a las actividades integrantes del objeto social estatutariamente fijado. Vid. OTXOA-ERRARTE, R., «Comentario a la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado, de 22 de junio de 1993. La infracapitalización», en, CDC, núm. 14, 1994, pp. 273 a 286.

¹⁴⁰ MASSAGUER, J., «El capital nominal», RGD núm. 550-551, 1990, p. 5570.

de la ausencia en nuestro ordenamiento un deber general de recapitalización de las sociedades ¹⁴¹. A salvo, claro está, de las Sociedades cooperativas ¹⁴².

En otras palabras, las obligaciones de los socios en las sociedades de capital terminan con el desembolso total de las acciones/participaciones que suscribieron no pudiendo la sociedad obligarles a realizar nuevas aportaciones ¹⁴³.

En este sentido, y desde la perspectiva del Derecho de sociedades, el capital social es considerado como un mecanismo correctivo de la responsabili-

¹⁴¹ Si se asumiera con carácter general –mediante una meditada modificación legislativa– la exigencia de la capitalización adecuada durante la duración de la sociedad, y teniendo en cuenta las características de la actividad, como presupuesto material en el momento fundacional, lógicamente el concepto de capital social y su función deberían ser revisados. Para un estudio de los términos del problema, aquí solo se ha enunciado, y posturas doctrinales en torno al debate abierto sobre la infracapitalización vid. PAZ ARES, C., «Sobre la infracapitalización de las sociedades». *ADC*, núm. 36, 1983, del mismo autor, «La infracapitalización. Una aproximación contractual», en *RdS*, núm. extraordinario, 1994.

¹⁴² En las que existe por un lado el aumento de capital social voluntario vía suscripción de aportaciones voluntarias por parte de los socios y, por otro, –y esto es lo realmente individualizador en esta materia– la posibilidad de que la Asamblea acuerde el aumento de la aportación mínima social, obligando a los socios a incrementar hasta el nuevo importe la aportación efectuada en el momento de constitución de la sociedad. Esta facultad de la Asamblea General para decidir autofinanciarse con capital propio a cargo de sus socios es reflejo del principio de solidaridad del socio. Ahora bien, esta imposición de nuevas obligaciones onerosas, no previstas en los estatutos, permite al socio disconforme, según este mismo artículo, darse de baja justificada, sin que por tanto se le puedan practicar deducciones en la restitución de su aportación. Vid. nuestro trabajo, *Los recursos propios en las Sociedades Cooperativas*, Madrid, 2002.

¹⁴³ Para PIÑÓN PALLARES, A., este es uno de los motivos por el que la Ley impone coercitivamente la constitución de reservas que si bien no evitarán los peligros que amenazan la empresa, si aliviarán sus consecuencias en beneficio no sólo de los acreedores sociales sino de la sociedad misma (*Las reservas en la sociedad anónima*, Madrid 1974, p. 28. En este sentido las prestaciones realizadas por los socios con el fin de «reintegrar» el capital, y evitar así la disolución de la sociedad a causa de pérdidas patrimoniales no representan aportaciones, en sentido técnico. Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Pérdida del capital social y continuación de la sociedad anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil. En homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 510 y ss. BELTRÁN, E., *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1991 pp. 110 y ss. PÉREZ DE LA CRUZ, *La reducción del capital...* cit. pp. 209 y 210. SPADA, P., «Reintegración del capitale reale senza operare sul nominale», *Giur. Comm.* 1978. pp. 38 y 40, especialmente pág. 165. MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Madrid 1997, pp. 181 y ss. En este sentido también parece existir un cierto paralelismo, cuando lo que se pretende con una operación de aumento en las sociedades de capitales es reintegrar el patrimonio. Es evidente que si la sociedad aumenta el capital para salvar la situación de disolución forzosa, la ampliación deberá hacerse con prima de emisión, pues de lo contrario no podrá absorberse el desbalance patrimonial contable que es causa de aquélla. Como indica FERNANDEZ DEL POZO, L., (*Las reservas atípicas. Las reservas de capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles*. Madrid, 1999, p. 191.) «De aquí se sigue la proximidad entre ambas reservas que nacen de sendas operaciones posibles de reintegración: la reserva por prima de emisión cuando se aumenta el capital sobre la par; reserva sui generis que estudiamos cuando se realizan aportaciones para compensar pérdidas en la operación clásica de reintegro simple sin aumento de capital social». En la sociedad cooperativa no sería necesario recurrir a las primas de emisión para poder superar la situación de desbalance y la mayor distancia que se crearía entre la cifra de capital y el patrimonio de la sociedad. Debemos recordar que la variabilidad del capital determina que nuestras leyes establezcan que si la cooperativa anuncia al público su cifra de capital social, deberá referirlo a fecha concreta y expresar el desembolsado, para cuya determinación se restaran, en su caso, las deducciones realizadas sobre las aportaciones en satisfacción de las pérdidas imputadas a los socios. Sobre estas cuestiones, vid. PASTOR SEMPERE, C., *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, Madrid, 2002.

dad limitada de los socios frente a los acreedores de la sociedad, al que se le rodeó de una serie de medidas conservativas de éste que permitieran asegurar esta función de garantía.

En otras palabras, el capital como cifra de retención del patrimonio de la sociedad reservado a los acreedores constituye el equivalente o la contraprestación a la responsabilidad limitada de los socios¹⁴⁴, configurándose de este modo la limitación de la responsabilidad como un privilegio que se otorga por el legislador a determinadas sociedades siempre que persistan determinados presupuestos básicos¹⁴⁵.

Pues bien lo que ahora nos propone el legislador concursal es una modificación sustancial del ordenamiento societario, pues determina e implica un deber de abstención a la recapitalización, al que difícilmente pueden oponerse los socios, como decíamos. Y ello, porque implicaría caso de declararse el concurso de la sociedad, la responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas de la sociedad. La recapitalización recae en los acreedores, como fórmula de desapalancamiento de la sociedad y su negativa su sanción por la «infracapitalización».

Congruentemente con lo anterior no puede excluirse que un acuerdo de conversión de deuda en capital lesione el interés social si la mayoría impone un acuerdo inmoderado, o innecesario para la refinanciación de la actividad empresarial, o con algún fin enmascarado. En tal caso cualquiera de los socios podría impugnar el acuerdo social ante los Tribunales, acudiendo al expediente del abuso de derecho.

Pero ello nos lleva a la definición del interés social, que ahora parece emerger como el interés el «permitir la continuidad de la empresa». Se antepone el interés de la empresa al de la sociedad. Una visión institucional un tanto particular, si se quiere, el interés de los acreedores, –no de los disidentes que como vimos tampoco se les garantiza su posición–. Por las razones expuestas anteriormente y al hilo de ello, todo se organiza, en nuestro sistema, en torno al *supraconcepto* que parece presidir el nuevo Orden concursal y que se identifica con el general de la «necesaria conservación de la empresa viable». Frente a ello, se rebajan las mayorías para adoptar el acuerdo; que se vota bajo la amenaza de responsabilidad si se frustra el mismo, que las cautelas legales a favor del socio son ineficientes... y que ni el juez que homologa puede entrar

¹⁴⁴ PAZ-ARES, C., «sobre la infracapitalización...», en *Anuario de Derecho Civil*, cit. p. 1597. PÉREZ DE LA CRUZ, cit. pp. 26 y ss.

¹⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO, M., *La persona jurídica*, Madrid, 1991, p. 43. Sobre la evolución y situación actual de este temario. Vid. BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español», en *Monografías de Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 1996.

a tomar en consideración el sacrificio del deudor, ni los socios están legitimados para impugnar la homologación judicial, como vimos

Pero tampoco puede despreciarse el hecho de que el sacrificio soportado por el socio acaso sea «desproporcionado» y lo será cuando la mejora estimada de las expectativas de la sociedad no justifica la dilución patrimonial y política ya sufridas, y en el bien entendido de que el sacrificio depende de la actuación de los administradores que negocian con acreedores bajo la amenaza de un posible concurso ¹⁴⁶.

Que se ocasiona una autentica implosión societaria, es evidente, pues no debemos olvidar que frente a los tipos personalistas, donde los socios pactaban libremente sus posiciones jurídicas en la sociedad, bajo la libertad de pactos, (arts. 117 y 121 del Código de comercio), la sociedad anónima tomó como criterio para regir sus derechos el parámetro del capital social, dada la irrelevancia de las condiciones personales en este tipo de sociedad. Es decir, como el instrumento técnico de organización corporativa y financiera.

Como acertadamente ha señalado Fernández del Pozo ¹⁴⁷, el sacrificio del socio resulta tan obvio como no siempre fácil de detectar (dilución de sus derechos patrimoniales y políticos) pero será tanto mayor cuanto mayor sea la sobrevaloración de la deuda en el canje y mayor el descuento convenido por sus administradores en la fijación del tipo de emisión de las nuevas acciones o participaciones. *Eso que calificamos como criterio razonable cambia por completo si al socio se le exige –como hace el legislador concursal– postergar su visión individual y analizar la ampliación de capital desde la preferente consideración de su impacto sobre la continuidad de la empresa. La refinanciación reclama de los socios y accionistas una preferente evaluación de la incidencia que el acuerdo de conversión de deuda comporta para la continuidad de la actividad societaria. Esa incidencia dota de racionalidad a la solución y hace razonable que se requiera de los socios un apoyo expreso (voto a favor) o, cuando menos, una abstención a la hora de votar en contra. Para esa contradicción de intereses –interés particular frente a interés social– y para la*

¹⁴⁶ Al contrario, no parece razonable que una operación de tanta importancia para el control y para la continuidad de la sociedad no se haga acompañar por sus impulsores (en especial, los administradores que deben convocar la junta) por un informe que la avale. De ahí la previsión del art. 165.4 LC, que protege a los administradores o liquidadores por medio de un informe con un contenido más limitado que el que contempla el art. 71 bis.4. Es obvio que el informe facultativo sobre el carácter razonable del plan de viabilidad sirve a esos efectos en tanto hiciera expresa referencia a la capitalización de deuda o cualquier medida similar incluida en el acuerdo. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», cit.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El envejecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcursal de créditos bajo el Real Decreto-ley 4/2014», *La Ley Mercantil*, núm. 1, Sección Sociedades, Abril 2014.

jerarquía que impone la regulación de los acuerdos de refinanciación, contar en el momento de la decisión corporativa con el informe de un experto parece una cautela no ya conveniente, sino necesaria para la mejor ponderación de los intereses en juego. Un informe que confirme la necesidad de la conversión de deuda en capital para la continuidad y solvencia de la sociedad sitúa a los socios ante la conciencia de que su voto en contra puede comportar una responsabilidad tan severa como amplia.

Ahora bien, no debe olvidarse el efecto que ese pago mediante acciones produce en la posición jurídica que ocupará el acreedor venido a socio, si llegará el concurso de ex acreedora y ahora su sociedad.

El Prof. Alfaro, en referencia al aumento de capital por compensación de créditos¹⁴⁸, señala que *El socio-acreedor deja de ser acreedor y de competir por el patrimonio social con los demás acreedores y se convierte exclusivamente en socio y, por tanto, en acreedor residual postergado respecto de los acreedores sociales en caso de liquidación o concurso de la sociedad lo que beneficia a la sociedad (a sus acreedores) con independencia del valor que se atribuya al crédito compensado. Y tampoco puede decirse que el accionista que convierte su crédito en capital resulte pagado preferentemente frente a los acreedores sociales. Simplemente porque no le han pagado en dinero. Le han pagado en capital y, en consecuencia, ha visto modificada su posición: de ser un acreedor ordinario (sin perjuicio de las normas concursales sobre subordinación de créditos) ha pasado a ser un acreedor legalmente subordinado respecto de todos los acreedores. Es más, la correcta contabilización del crédito y del capital exige que la cifra de capital se aumente exactamente por el valor nominal del crédito compensado.*

La complejidad de esta solución es también manifiesta, así como las lagunas con las que el legislador la ha introducido en el ámbito concursal. Pero, como decíamos, de una forma un tanto peculiar, pues se trata de justificar la imposición de nuevos socios en los casos en que existan deudas y gastos de explotación y en general por todas aquellas situaciones en que el capital de la sociedad es insuficiente para cubrir por sí sólo las exigencias financieras de la empresa. Recordemos que a diferencia de las sociedades cooperativas, sería ineficaz una deliberación asamblearia que obligara a reintegrar el capital real a cargo de los socios, sin proceder a la modificación del capital nominal (reducción o aumento)¹⁴⁹. La LC se limita a indicar que D. A. 4.^a 3.3. ii) *El acuerdo de*

¹⁴⁸ Lunes 22 de septiembre de 2014, disponible en <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es/2014/09/aumento-de-capital-por-compensacion-de.html>

¹⁴⁹ Observó la doctrina (FERNÁNDEZ DEL POZO, «El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcursal de créditos bajo el Real Decreto-ley 4/2014», cit. «que si el valor real del pa-

aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá adoptarse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles.

Realizadas estas breves y necesarias consideraciones, sobre la nueva operación societaria que contempla la Ley concursal, –por la que se da entrada un nuevo tipo de aumento de capital social de la deudora con emisión de nuevas acciones o participaciones que se destinan en exclusividad a los acreedores financieros afectados por obligación de canje de su deuda por acciones o participaciones– emerge *la vexata quaestio*; la definición del «interés social», que ahora aparece con una nueva dimensión permitir la continuidad de la empresa. Podría parecer, incluso, que se antepone el interés de la empresa al de la sociedad. Un aparente vuelco de la visión contractualista, con la victoria de una visión institucional, un tanto particular si se quiere.

Pero este aumento de capital tiene un calado mayor, se produce *una dación en pago necesaria* que escapa a su originaria concepción, pues no es que estemos obligando al acreedor a aceptar una prestación distinta de la originaria. Al contrario, es al deudor al que se le impone, en cierta forma, el cambio de la prestación originaria, ante su falta de liquidez. Podría entenderse, pues, como una nueva e implícita derogación de la prohibición del pacto comisorio; en definitiva el capital está actuando como una verdadera garantía que facilita la apropiación del objeto la empresa.

No parece exagerado afirmar que, a la vista de lo señalado, *emerge una nueva función, pues el capital es ahora el instrumento concursal por el que se permite sanear financieramente, desapalancar financieramente la sociedad y dar entrada a los acreedores como socios, mudando su posición jurídica con respecto a la sociedad.* Bien mirado el capital social cumpliría «una nueva función», de garantía, *lato sensu*, en la que no regiría la consabida «prohibición de pacto comisorio» de la que hemos hablado a lo largo de este trabajo. En cierta forma se ofrecería *per se* como un medio para asegurar, dentro del actual sistema de economía de mercado, que las empresas sean dirigidas por quienes estén en grado de mantenerlas con un grado eficiente de productividad.

trimonio y de la cuota de socio son negativos, la operación de saneamiento normal será la contemplada en los arts. 343 a 345 LSC: una reducción a cero por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de capital por canje de deuda». Sobre la posición del socio minoritario, NAVARRO LÉRIDA, M.ª R., MANZANEQUE LIZANO, M., «Refinanciaciones y capitalización de deuda: una aproximación económico jurídica», cit.

Y ello nos lleva a multitud de interrogantes. Cabe preguntarnos, aunque solo sea retóricamente, qué ocurrirá cuando, estos acreedores convertidos en socios y sin ninguna *afectio societatis* se desprendan de las acciones/participaciones y las vendan o las canjeen, a su vez, por participaciones de un Fondo de Inversión o en un mercado especializado. A estos efectos la Ley 9/2015, de 26 de mayo de 2015, introduce con la finalidad de facilitar crear un mercado (en su disposición adicional segunda) la creación de un portal de acceso telemático para facilitar la enajenación de empresas que se encuentren en liquidación o de sus unidades productivas¹⁵⁰. O la disposición adicional cuarta que resuelve las dudas interpretativas sobre la negociación de los valores emitidos por un fondo de titulización de activos dirigidos exclusivamente a inversores institucionales, que sólo podrán ser objeto de negociación en un sistema multilateral de negociación en el que la suscripción y negociación de valores esté restringida a inversores cualificados.

2.3. Las Daciones en pago en el marco de los acuerdos extrajudiciales de pagos

2.3.1 Consideraciones introductorias. Principales problemas del acuerdo extrajudicial antes de la reforma de 2015

Como decíamos, en el ámbito de las obligaciones y, por ende, en el ámbito contractual, rige el principio de la autonomía de la voluntad contemplado en el artículo 1.255 del C.c. *Los contratos pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*; ello supone la posibilidad de que las partes de la obligación puedan pactar lo que tengan por conveniente, siempre y cuando se respeten las disposiciones legales y los derechos adquiridos por terceras personas.

¹⁵⁰ Se añade el apartado 7 al artículo 148, con el siguiente contenido:

«7. En el caso de personas jurídicas, el administrador concursal, una vez aprobado el plan de liquidación, deberá remitir, para su publicación en el portal de liquidaciones concursales del Registro Público Concursal, cuanta información resulte necesaria para facilitar su enajenación.

En particular, se remitirá información sobre la forma jurídica de la empresa, sector al que pertenece, ámbito de actuación, tiempo durante el que ha estado en funcionamiento, volumen de negocio, tamaño de balance, número de empleados, inventario de los activos más relevantes de la empresa, contratos vigentes con terceros, licencias y autorizaciones administrativas vigentes, pasivos de la empresa, procesos judiciales, administrativos, arbitrales o de mediación en los que estuviera incurso y aspectos laborales relevantes.»

Por su parte, el art. 1809 del C.c determina que *La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen termino al que había comenzado.*

Asimismo, en lógica coherencia con nuestro Código civil (art. 6.2 del C.c), nuestra Ley de Enjuiciamiento civil en su artículo 19 establece el derecho de disposición sobre el proceso de las partes y sobre sus pretensiones, con los límites de la prohibición legal, del interés general y del perjuicio de tercero, y confirmando por tanto que no exista ningún obstáculo legal en nuestro sistema que impida la opción del convenio amistoso, alcanzado en un ámbito desjudicializado de tratamiento de las crisis económicas, como solución más eficiente en términos económicos y temporales, si bien implica grandes riesgos por no existir un control de legalidad y por no quedar paralizadas las acciones ejecutivas individuales de los acreedores no firmantes del acuerdo amistoso.

Es indudable que un expediente formalizado, desjudicializado, pero que no obstante pueda amortiguar los inconvenientes que acabamos de señalar, favorece el desapalancamiento financiero que sufrimos y la saturación de los Juzgados de lo Mercantil. Además de que la introducción en nuestro sistema de los acuerdos de refinanciación demostraron que constituyen una más interesante solución a las crisis empresariales, fundamentalmente, en términos de conservación de valor¹⁵¹.

A esta finalidad, como ya indicamos, llevó en un primer momento a la Ley conocida como «ley de emprendedores» a introducir a los acuerdos extrajudiciales de pagos para PYMEs, y en un segundo, a perfeccionarlos por el Real Decreto-Ley de 27 de febrero de 2015 –1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*, últimamente retocados por la Ley 25/2015, de 28 de julio.

Pero lo señalado no restaba críticas, pues nuestro legislador llegó tarde al precurso, de forma titubeante e imprecisa. Severas, en el caso de La Ley de Emprendedores, pues puede considerarse desde su publicación una ley frus-

¹⁵¹ Aunque como nos advierte PULGAR EZQUERRA, J., la falta de protección de estos acuerdo de refinanciación frente las solicitudes de concurso necesario y la ausencia de regulación puede determinar el fracaso de una refinanciación particularmente, dado que en el momento actual de saturación de los Juzgados de lo Mercantil en conexión con la crisis económica, puede mediar un plazo de tiempo considerable entre la admisión a trámite de una solicitud de concurso necesario, la tramitación de la oposición del deudor ex art. 18 LC y el pronunciamiento del juez sobre su declaración (en ocasiones hasta seis meses) soportando el deudor un «concurso fáctico» que puede deteriorar su imagen y, sobre todo, su acceso al crédito y a la refinanciación. PULGAR EZQUERRA, J., «la protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009», *RcP*, núm. 11, Segundo semestre de 2009.

*trada y frustrante porque su redactado pone de manifiesto que no se cree en la utilidad de las nuevas instituciones preconcursales y concursales, sólo un esfuerzo interpretativo grande y el voluntarismo de quienes tengan que aplicarla permitirá cumplir con el objetivo principal de la norma, que no es otro que el de ayudar de modo efectivo a los particulares que se encuentren en situación de insolvencia*¹⁵². Como vemos, esta tímida introducción de este acuerdo extrajudicial no ha estado exenta de críticas¹⁵³. Nuestro legislador no lo concibió como un acuerdo que permitiera la reestructuración y refinanciación de las PYMES, sino simplemente se pensó como un instrumento preventivo del concurso cuya finalidad se circunscribe exclusivamente en el ámbito solutorio, pero no en el conservativo de la empresa¹⁵⁴.

*La cuestión era si con esa realidad legislativa de la ley de emprendedores y la autonomía de la voluntad, era posible articularse y tener cabida en nuestro sistema fue objeto de nuestra atención en varios trabajos previos*¹⁵⁵. Principalmente tomamos como dato el hecho de que el art. 136.2 indica que *la propuesta podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas*. En ese caso, el artículo 240.2 afirma que *los créditos se considerarán extinguidos*. Aquí no hay un estricto acuerdo novatorio, como vimos.

¹⁵² FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7, 2013, BIB 2013\2208.

¹⁵³ *In extenso*, PULGAR EZQUERRA, J. «Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, Sección Estudios, Segundo semestre de 2013, «las reformas introducidas por la Ley de Emprendedores –en un modo cuestionable a mi entender–, el tránsito de un sistema basado en la autonomía de la voluntad de las partes ex art. 1.255 Cc, que debe regir en todo caso el marco extrajudicial de composición de las crisis económicas, a una procedimentalización de dicha extrajudicialidad, diseñándose sobre la base del modelo francés de la conciliation» cuyo precedente se situó en el *Règlement amiable* un procedimiento preconcursal en el que no sólo se limita dicha libertad sino que, en ocasiones, se elimina a la vista de las «duras sanciones que como se analizará se aplican al deudor que opte por esta vía, así como a aquellos acreedores que en el lícito ejercicio de la referida autonomía de la voluntad no quieran participar en un acuerdo extrajudicial de pagos».

¹⁵⁴ Vid. Informe del Consejo General de Economistas presentado el 5 de marzo de 2014, *Líneas de reforma de la Ley Concursal ante la necesaria búsqueda de la viabilidad de las empresas y el tejido empresarial ante situaciones de insolvencia*. «consideran necesaria una regulación más completa de la refinanciación, en beneficio del patrimonio tanto de deudores como de acreedores. A este respecto, Valentín Pich señaló que «las perspectivas temporales de la recuperación económica vislumbran un 2014 e inmediatos siguientes que, aun siendo favorables, no evitarán las dificultades tanto de crecimiento económico como del ámbito financiero en particular, por lo que es de suponer que el marco de la refinanciación ahora en stock tendrá que revisarse nuevamente, incorporando fórmulas de flexibilización y de viabilidad a lo ya concedido». Por su parte, Leopoldo Pons añadió «desde luego el reto de las refinanciaciones y de las soluciones para o extraconcursales son de primer nivel en todos los esfuerzos y motivaciones a la hora de abordar esos cambios reguladores». Disponible en <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/InformeRefinanciacionREFOR050314.pdf>

¹⁵⁵ Especialmente, PASTOR SEMPERE, C., «Acuerdos extrajudiciales de pagos: naturaleza, contenido y efectos» en AA. VV., *La Mediación en Asuntos Mercantiles*, Dir. BOLDÓ RODA, C., Valencia, 2015, pp. 429-463.

Pero una cosa es que demostráramos que se podía redireccionar el acuerdo extrajudicial a hacía la nueva funcionalidad de la «concurzalidad conservativa», y otra el que ello no restara críticas pues, incluso, el actual diseño en los acuerdos extrajudiciales, sigue mostrando su falta de concreción respecto de la «pieza fundamental»; el contenido del plan de viabilidad que puede convertirlo en un mero formalismo, como de hecho ha sucedido en los *convenios de continuación*¹⁵⁶.

Más bien podríamos decir que el plan de viabilidad, como ya observamos al referirnos a los convenios de continuación en trabajos previos¹⁵⁷, no está concebido como una pieza de reorganización industrial, sino que parecía responder a la necesidad de una mayor seriedad a la propuesta de pago formulada cuando los recursos previstos pretendan obtenerse con la continuación de la actividad empresarial. Incluso, el incumplimiento de las medidas del plan de viabilidad no era causa de resolución del convenio, salvo que implicara el incumplimiento del convenio mismo.

Pues bien a pesar de lo señalado sigue siendo incomprensible, aunque solo sea por la atención recibida por los países de nuestro entorno y de la que se han hecho eco numerosos autores en nuestro país, como señalábamos, que tanto la reforma de marzo de 2009 como la de octubre de 2011 pasaron por alto el tratamiento de esta vía amistosa de composición para las PYMEs¹⁵⁸. Más bien parece que la armonización de nuevos y antiguos principios resultaba complicada en la medida en que los institutos concursales heredan caracteres de su origen histórico que no respondían a las nuevas finalidades que se le atribuyen al procedimiento¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Sentencia JM-1 Murcia 30.01.2007 (Incidente Concursal 388/2006) «*en el plan de viabilidad (condición Segunda del convenio propuesto) se concreta que los recursos que se pretenden obtener para posibilitar la continuación de la empresa procederán de las enajenaciones de los bienes que resulten precisos para tal finalidad, fiscalizadas tales ventas, por la administración concursal. Por tanto, si bien es cierto que el plan de viabilidad, como ocurre con el plan de pagos, no tiene una redacción tan detallada como sería de desear, al especificarse que los recursos precisos para atender uno y otro han de obtenerse en todo caso con la fiscalización, por parte de la administración concursal, de las enajenaciones que sean precisas para ello, se entiende que sendos documentos (plan de pagos y de viabilidad) cumplen con las mínimas exigencias de contenido de los apartados 4 y 5 del art. 100 de la Ley Concursal, pues los administradores en tal caso y pese al cese de su cargo a que alude el segundo inciso del apartado 2 del artículo 133 de la ley Concursal, mantendrían aquella función encomendada en el convenio según les faculta el mismo precepto*».

¹⁵⁷ Sobre los convenios de continuación vid. PASTOR SEMPERE. C., «Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la «responsabilidad social concursal»», cit.

¹⁵⁸ En la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de 11 de octubre, *de Reforma Concursal*, «uno de los propósitos principales de la ley, que es la conversación de la actividad profesional o empresarial del concursado».

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Reflexiones sobre las soluciones preconcursales», en *RcP*, núm. 16, 2012, págs. 117 y ss.

No se encontraba, pues, una explicación sencilla a su omisión si se tiene en cuenta que desde el convulso panorama legislativo concursal desde el que también se trata de hacer frente a la crisis y su dramática cifra de mortandad de empresas. Quizá las razones fueron más profundas, y las críticas también, y es que pese a sus años de vigencia y de reformas varias de la Ley Concursal, la práctica diaria seguía demostrando que el procedimiento judicial de insolvencia no constituye una herramienta útil de reestructuración, por ser un procedimiento caro, rígido y lento¹⁶⁰.

Bien es cierto que, como comprobaremos, ahora tras el nuevo Real Decreto-Ley de 27 de febrero de 2015 –1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* (Ley 25/2015, de 28 de julio) ya puede decirse nuestro sistema concursal tiene entre sus principales objetivos facilitar la reestructuración de las empresas (PYMES) que puedan atravesar dificultades financieras. Adicionalmente, se han introducido por esta Ley otras importantes modificaciones en la Ley Concursal para abaratar, simplificar el procedimiento judicial de insolvencia y optimizar sus mecanismos en interés no solo de los acreedores.

2.3.2 *Concepto y ámbito subjetivo*

Todas estas parecen ser las razones de la reforma que fue realizada, en un primer momento a través de la conocida «ley de emprendedores» –por la que se introduce un nuevo Título X a la Ley concursal donde quedan recogido «El acuerdo extrajudicial de pagos», destinado a las PYMES–, que supone la incorporación a nuestro sistema de un nuevo expediente regulado por la Ley Concursal en un nuevo Capítulo X.

Tras el Real Decreto-Ley de 27 de febrero de 2015 –1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* (Ley 25/2015, de 28 de julio). No solo se ha mejorado y clarificado algunos aspectos dudosos como ya pusimos de manifiesto, sino que además se apuesta por él como mecanismo desjudicializado, ágil, y con un coste menor frente al convenio concursal.

¹⁶⁰ Puesta de manifiesto en *VI edición del Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Canarias, 11 de julio de 2013*. Gráficamente el Juez D. Juan Manuel de Castro, –magistrado responsable del concurso y la liquidación de la compañía Spanair, uno de los procesos concursales más relevantes del panorama español por contar con más de 300.000 acreedores–, señala: «Tardan demasiado y esto hace que los jueces nos pongamos más el traje de ‘enterrador’ que el traje de ‘salvador’».

De este modo su ámbito subjetivo se amplía considerablemente pues es de aplicación a las personas naturales no empresarios, regulándose además un procedimiento simplificado para éstas; además de la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes, lo que supone un avance frente al régimen de sometimiento voluntario vigente con anterioridad; la exclusión por ley del devengo de intereses durante el plazo de negociación del acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante AEP), respecto de los créditos afectados art 235 LC, y la potenciación de la figura del mediador concursal, introduciendo la posibilidad de que actúen como tal las Cámaras de Comercio, Industria, Navegación y Servicios, si el deudor es empresario, o los notarios, si se trata de personas naturales no empresarios.

Así, el acuerdo extrajudicial de pagos se puede definir como el que se activa a iniciativa de cualquier persona física o jurídica que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de LC, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá en el marco del capítulo X de la LC, iniciar un expediente para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores.

Siempre que el deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un expediente para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance. Se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos¹⁶¹.

Como se comprueba el cambio fundamental del artículo 231 se refiere a la persona natural. En la versión anterior debía ser un empresario, aunque en sentido bastante amplio, que no se limitaba a quien tuviera tal condición de acuerdo con la legislación mercantil (únicos sujetos a inscripción voluntaria y deber de contabilidad), pues se extendía a quienes ejercen actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos. Esta distinción entre empresario en sentido amplio y el resto de las personas naturales, sigue siendo importante de cara de la competencia en la tramitación y la posible aplicación

¹⁶¹ BERROCAL LANZAROT, A. I., «Ley de apoyo a los emprendedores. El concurso de persona física y el acuerdo extrajudicial de pagos», en *CDCo*, núm 61, 2014, pp. 59-106.

del régimen especial que examinamos después, pero ya no determina la posibilidad de acudir al AEP. Con el único límite del pasivo (no superior a cinco millones de euros en estimación inicial), cualquier persona natural, con independencia de su actividad, y aunque carezca de ella, puede intentar el AEP¹⁶².

Cuando no se trate de persona natural, basta con el dato de la personalidad jurídica para entrar en el círculo de beneficiarios del AEP, sea o no sociedad de capital, sea o no sociedad mercantil (cooperativa), desarrolle o no una actividad económica (fundación, asociación), aunque se fija un límite superior por remisión al art. 190 LC, al exigir que un hipotético concurso que se declarase en ese momento, no hubiera de revestir especial complejidad en los términos de ese precepto.

Respecto de la persona jurídica, no así para la natural, se mantiene la exigencia de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del AEP. En cambio, se ha suprimido la exigencia de que el patrimonio y los ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo, en línea con los nuevos contenidos que se admiten para el AEP. Ha de bastar, por tanto, con una mínima comprobación de la disponibilidad de fondos para el pago de los gastos.

Se introduce otro importante cambio en la estructura del AEP. La solicitud también podrá dirigirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (en adelante COC) cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica, y a la COC (vid. también la disp. adic. 1.ª RD-L 1/2015. En este caso la COC tramita el expediente íntegro, asumiendo incluso las funciones de mediación, sin intervención del RM, como no sea para la publicación del hecho cuando se trata de sujeto inscrito. Como en el supuesto especial de AEP de persona natural a cargo del notario, en este caso el interesado puede hasta cierto punto escoger al MC¹⁶³.

¹⁶² Vid. *supra*, capítulo segundo.

¹⁶³ Sobre estos aspectos vid. *in extenso*. FERNÁNDEZ SEIJO, J M.ª, *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda oportunidad*, Barcelona, 2015. Brevemente indicar que en el plazo de los 10 días siguientes a la aceptación del cargo el MC debe comprobar los datos y la documentación presentada por el deudor, con la posibilidad de solicitar un complemento o la subsanación, y dentro de ese mismo plazo comprobará la existencia y la cuantía de los créditos, convocando a los acreedores a una reunión dentro de los dos meses siguientes a la aceptación. Solucionando ciertas dudas anteriores, deja claro que el AEP afecta todos los acreedores (salvo los de derecho público), y en determinadas condiciones también a los garantizados (por eso elimina el ap. 4 del art. 234 LC), pues no se trata de un acuerdo sectorial donde al deudor decide qué acreedores entran y qué acreedores quedan fuera (dudas que originaba la anterior redacción al convocar solo «a los acreedores que figuren en la lista»), sino que entran todos, y por eso el MC convocará a los que figuren en la lista del deudor, y aquellos otros de los que tenga conocimiento por cualquier otro medio (salvo los públicos). También aclara la reforma que la convocatoria será por conducto notarial «o» por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción. En este plazo tan breve no creemos que el MC deba fijar el valor de la garantía en los términos del art. 94 LC, que puede exigir la elaboración de informes específicos. Este valor ha de estar determinado para el momento de la reunión, pero parece conveniente que antes el MC comunique al acreedor afectado ese valor

Respecto del presupuesto objetivo, la reforma no corrige las diferencias semánticas entre la persona natural y la jurídica en el art. 231 LC, como hablar sólo cumplimiento de regular, sin alusión a la puntualidad en el pago, para la primera, y en general de insolvencia para la segunda.

No creemos, sin embargo, que esas diferencias sean relevantes. En particular, el hecho de hablar sólo de insolvencia para la persona jurídica no ha excluir para esta la insolvencia inminente. Por ello un deudor en situación de insolvencia actual también puede solicitar el AEP, con la esperanza de que una mera reorganización del pasivo, y la posibilidad de pagar algunas de sus deudas mediante una dación de bienes, permita la recuperación de la solvencia. La función no sería entonces preventiva de la insolvencia, sino que buscará realmente su remoción. La preconcursalidad puede operar así en un sentido estrictamente procedimental, sólo porque el deudor consigue bloquear durante algún tiempo la declaración de concurso, aunque se encuentre ya en situación de insolvencia actual.

También podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que se encuentren en estado de insolvencia; en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad; o que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo. En otras palabras, que caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos preveía el artículo 190 de esta Ley¹⁶⁴.

Se reducen, por tanto, los supuestos en los que se excluye la posibilidad de tal acuerdo extrajudicial; eliminando tres de los supuestos de exclusión, (el de falta de inscripción en el Registro Mercantil cuando la misma resulte obligatoria, el de falta de cumplimiento del deber de llevar contabilidad y depósito de cuentas, y el derivado de la situación de concurso de cualquiera de los acreedores del deudor) y se pone límite temporal al supuesto de existencia de condena penal previa donde antes no lo había. Solo se endurece el supuesto de

que determinará su posible sujeción al EAP. No hay un trámite específico para cuestionar esta valoración del MC, que sólo podría vehicularse mediante la impugnación del mismo AEP por afectar a las mayorías y a la extensión subjetiva del AEP.

¹⁶⁴ Solo podía negociarlo: a) el empresario persona natural con insolvencia actual o inminente y con un pasivo inferior a 5 millones de euros; y b) la persona jurídica en estado de insolvencia con menos de 50 acreedores o con un activo o pasivo inferior a 5 millones de euros, siempre que en ambos casos se puedan sufragar los gastos del acuerdo y el patrimonio e ingresos previsibles permitan un acuerdo viable. No podrán negociar este tipo de acuerdos: a) quienes en los últimos 3 años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial, homologado un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declarados en concurso; b) quienes negocien un Acuerdo de Refinanciación Formal o hayan solicitado la declaración de concurso y su solicitud hubiera sido admitida a trámite; y c) quien tenga un acreedor en situación de concurso que se vaya a ver afectado por el acuerdo.

exclusión por previa homologación judicial de acuerdo de refinanciación, concurso o acuerdo extrajudicial, ampliando su plazo a los últimos cinco años en lugar de los tres que estaban establecidos en la regulación anterior. Según la Disposición Transitoria 1.ª RD-L 1/2015 no será exigible este requisito durante el año siguiente a la entrada en vigor de la reforma.

El art. 231.5 LC aborda un cambio fundamental en la regulación del AEP, al sustituir la regla de incorporación voluntaria de los créditos con garantía real, por el sometimiento de los mismos al AEP en los términos que después analizamos.

Se asegura una mejor concordancia con el art. 5 bis LC al señalar como fecha de referencia la de comunicación al JM, en lugar de la publicación de la apertura del expediente, con los problemas que ya señalamos. Mantiene la imposibilidad de iniciar o continuar ejecuciones durante un plazo de tres meses, sin limitación a los bienes necesarios (art. 5 bis.4. I LC), que sigue aludiendo al AEP).

No obstante, los acreedores con garantía real, como vimos, cuando se trate de bienes o derechos que no resulten necesarios para la actividad o de la vivienda habitual, podrán ejecutar su garantía. Cuando recaiga sobre dichos bienes, podrá iniciar la ejecución, pero después quedará paralizada durante ese plazo¹⁶⁵. Durante el plazo de negociación y respecto a los créditos que pudieran verse afectados por el AEP, se suspenderá el devengo de intereses de conformidad con el art. 59 LC.

Otro aspecto destacable en su particular configuración es que el deudor no podrá ser declarado en concurso mientras se encuentre negociando el Acuerdo extrajudicial de pagos¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Debemos recordar que desde la publicación de la apertura del expediente los acreedores no podrán iniciar ejecuciones contra el patrimonio del deudor durante un plazo de tres meses, salvo los titulares de créditos con garantía real; en caso de inicio o continuación de la ejecución por parte de estos últimos, no podrán participar en el acuerdo extrajudicial. El acreedor con garantía personal podrá ejecutar ésta si el crédito que ostenta frente al deudor principal ya hubiera vencido. Practicada la anotación de apertura del expediente en los registros públicos, no se podrán anotar embargos posteriores, salvo que sean ejercitados por acreedores de derecho público o con garantía real que no participen del acuerdo.

¹⁶⁶ La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal queda modificada en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 3 que queda redactado de la siguiente manera:

«1. *Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley.»*

Dos. Se modifican los apartados 1, 3 y 4 del artículo 5 bis que quedan redactados de la siguiente manera:

«1. *El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.*

En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación

En efecto, en cuanto a las mejoras la reforma pretende facilitar el inicio del procedimiento, y para ello implanta formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores, que se determinarán mediante orden del Ministerio de Justicia. De cara a un hipotético concurso consecutivo la inexactitud grave en cualquiera de estos tres documentos (aunque sólo hable de la solicitud) dará lugar a la calificación culpable del concurso. La lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real, si bien remite para su valoración a lo dispuesto en el art. 94.5 LC. Este precepto también ha sido reformado para facilitar el empleo de informes de fecha anterior, evitando el coste y el retardo por tener que emitir otros nuevos. Pero, además, en su nueva redacción el art. 94.5 LC resuelve otra cuestión no menor en relación con quién debe aportar los informes necesarios para la fijación del valor de la garantía. La reforma parece encargar esa tarea a la AC, que dispone de toda la información, no sólo las valoraciones (todas las deudas pendientes sobre el mismo bien por orden de preferencia).

Con la finalidad de fomentar su utilización, se introduce un formulario normalizado de solicitud. Este requisito no será exigible hasta la aprobación del modelo por el Ministerio de Justicia mediante orden. Art. 232 LC y DT-1 RD-L 1/2015, y se suprime la necesidad de publicación en el BOE de los Acuerdos aprobados y demás actos dictados a lo largo de la tramitación del Acuerdo, como las sentencias de impugnación, el cumplimiento íntegro del acuerdo. La publicidad de todos ellos queda reducida a su publicación al Registro Público Concursal. Arts. 238, 239, 241 LC.

No podrán formular solicitud para alcanzar un AEP, quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Segu-

del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.»

3. *El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil.*

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

Tres. *Se modifica el primer párrafo del apartado 3 del artículo 15 que queda redactado de la siguiente manera:*

«3. *Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal.»*

ridad Social o contra los de aportando el correspondiente balance, justifique que su pasivo no supera los cinco millones de euros ¹⁶⁷.

Tampoco, las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores. El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso. No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

Naturalmente para ello el empresario debe contar con un respaldo patrimonial, como vimos.

La nueva regulación del art. 235 LC viene a solucionar algunos de los puntos más llamativos de la anterior regulación, en este punto. Así se eliminan límites importantes que actuaban como importante freno para poder iniciar la tramitación del acuerdo extrajudicial, y como pusimos de manifiesto en trabajos previos, eran que no se podía instar si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso, conforme dispone el nuevo artículo 231.5 de la Ley concursal (por ejemplo, que un empresario modesto pueda solicitar el acuerdo, si su proveedor acreedor ya está en concurso). También ha sido suprimida la obligación de abstenerse de solicitar préstamos o créditos, la de devolver las tarjetas de crédito y la de no utilizar medios electrónicos de pago; y han sido sustituidas por la genérica obligación de abstenerse

¹⁶⁷ Aclaraba el artículo 231 de la ley que «A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos». Y no podemos olvidar a los empresarios de responsabilidad limitada que también son introducidos por esta ley. Ahora tras el RD. L de 28 de febrero de 2015 se modifica el artículo 231, que queda redactado en los siguientes términos: «Artículo 231. Presupuestos. 1. El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance. A los efectos de este título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos. 2. También podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan las siguientes condiciones (...)».

de realizar actos de administración y disposición que excedan de los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad.

No obstante se mantiene que los de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real.

2.3.3 *Naturaleza jurídica*

Por lo señalado, este expediente de acuerdo extrajudicial de pagos no puede considerarse como una *discharge, fresh start* o segunda oportunidad¹⁶⁸, por cuanto los efectos del acuerdo alcanzado sobre los acreedores ni eran con la anterior regulación, ni son muy diferentes a los de un convenio concursal, si se examina el artículo 240. No había condonación o remisión de las deudas, sino un estricto cumplimiento del acuerdo de no reclamar, ni de iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores al expediente.

En realidad, la exoneración del pasivo, conforme recogía el artículo 242 y concretamente su apartado 2.5.^a, se producía en el caso de concurso consecutivo, cuando no se alcanzaba el acuerdo, se anulaba el mismo tras una impugnación, o bien se incumplía el mismo. En tales casos, el concurso se abría para iniciar la fase de liquidación. Pues bien, concluida la liquidación y la calificación del concurso como fortuito, el Juez declaraba la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que fueran satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, y siempre que se tratara de empresario, profesional o trabajador autónomo.

Refiriéndonos al concurso consecutivo posterior por la no aprobación de la propuesta de AEP, por incumplimiento o anulación de éste, la actual regulación recoge las especialidades de su regulación en el art 242 LC. Ahora tras el

¹⁶⁸ Por otra parte, en la redacción del artículo 178.2 de la Ley Concursal se contenía otro *fresh start* más generoso para los empresarios, los profesionales o los trabajadores autónomos. No obstante, a mi juicio, se siguen reproduciendo en el nuevo régimen del RD-L de 2015 (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social-BOE, núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015) los mismos problemas. Es decir, las limitaciones y requisitos exigidos son de tal entidad que harán en la práctica imposible o muy difícil la aplicación de esta figura. Como ya señalaba la profesora Cuenca Casas no hay exoneración para el que menos tiene. Con todo, cualquiera que conozca la práctica y realidad de los concursos que se tramitan en nuestro Juzgados de lo Mercantil llegará a la conclusión de que será imposible cumplir estos requisitos, por lo que no se dará en la realidad ningún caso de remisión de pasivo insatisfecho o segunda oportunidad. RODRIGO TENA/MATILDE CUENCA CASAS, en El País de 9 de abril de 2013, «Una segunda oportunidad. El procedimiento concursal aplicado a los desahucios es la única solución justa», http://elpais.com/elpais/2013/04/05/opinion/1365178673_067606.html.

RD-L de 27 de febrero de 2015, la novedad más importante y de la que es consecuencia la regulación detallada de este artículo, es que la solicitud de concurso consecutivo no abre necesaria y simultáneamente la fase de liquidación como decía la regulación anterior, sino que ahora se indica que el concurso consecutivo se tramitará por el procedimiento abreviado lo que permite una nueva oportunidad al Convenio previo a la liquidación.

Se regulan los requisitos y competencia para la declaración del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural del art 178 de la ley Concursal, para el que uno de los requisitos es la existencia de previo APE, art 178 bis LC.

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, BOE núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015, agrega y da nueva redacción a algunos aspectos del art 178 bis LC, como vimos en nuestro segundo capítulo. Por tanto, puede seguirse sosteniendo que no nos encontramos ante una verdadera *segunda oportunidad* para la persona física, pues en realidad el AEP es, en el mejor de los casos, un paso previo para ella¹⁶⁹. Para una persona jurídica, estamos más bien ante una empresa que continua con su actividad, bajo la titularidad del mismo u otro titular que se subroga en la posición del primitivo.

En definitiva, nos encontramos con un concurso abreviado desjudicializado y anticipado¹⁷⁰, intervenido por la figura del Mediador, que hará las veces de Juez y Administrador, en el que la Administración pública recupera sus créditos privilegiados y en el que en realidad, se le pueden hacer las mismas críticas que a los convenios de continuación como veremos seguidamente, pues tal y como se han planteado su Plan de Pagos acompañado de uno de viabilidad «sin contenido» dudamos de que sea cauce para un verdadera «reestructuración empresarial»¹⁷¹.

¹⁶⁹ Vid. *supra*, capítulo segundo.

¹⁷⁰ Incluso, como observa la Prof. JACQUET YESTE, T., («Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio», en *RcP*, núm. 18, Sección Estudios, Primer semestre de 2013, p. 107.) el proceso de negociación extrajudicial de un acuerdo con los acreedores nunca resultará estéril pues aunque éste no llegue a concluirse, el deudor puede aprovechar el tiempo y los recursos invertidos en las negociaciones extrajudiciales para presentar una propuesta anticipada.

¹⁷¹ Artículo 236.1 «*El plan de pagos se acompañará de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. El plan de pagos incluirá necesariamente una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos así como copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento*». Por el contrario para los acuerdos de refinanciación la Ley de emprendedores incorpora a la LC el art. 71 bis que regulaba el nombramiento del experto independiente que valorará el contenido de los acuerdos de refinanciación a fin de constatar que cumplen los re-

Un expediente convencional preconcursal o según un reciente informe «paraconcursal»¹⁷² en el que si queremos que además sirva como un instrumento al servicio de la recuperación económica y reestructuración de nuestro tejido empresarial, habría que revisar, entre otros aspectos, el estatuto del órgano de Administración Concursal¹⁷³ y del Mediador, que quizá pueda atemperarse con una adecuada formación, como parece haber sido intención de la reforma operada por el RD-L de 27 de febrero de 2015 (Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, BOE núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015)¹⁷⁴.

quisitos del art. 71.6 LC que les harán merecedores de la protección que dicho precepto brinda frente a la acción de rescisión. Destaca en este nuevo régimen la posibilidad de solicitar el nombramiento cuando las partes estén todavía negociando las condiciones del acuerdo, es decir, antes de que el acuerdo haya sido formalizado.

¹⁷² Informe del Consejo General de la Abogacía Española núm. 6/2014 elaborado por la Comisión Jurídica sobre «El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal» de fecha 29 de mayo de 2014, p. 2.

¹⁷³ En realidad en la última reforma de la LC de 2011, el nuevo gran protagonista corresponde a la Administración Concursal, «*su profesionalización*», pero pasando de puntillas sobre un aspecto fundamental en cuanto a su función; su valoración de la situación patrimonial de la empresa que debería tener un contenido «*prospectivo*» dirigido a la conservación de la empresa y «*su juicio*» sobre su saneamiento, salvamento o recuperación de la empresa que, naturalmente, pasaría por un replanteamiento del Informe que realiza la Administración concursal. Sobre el contenido del mismo Vid. nuestro trabajo PASTOR SEMPERE, C., «Las cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal (art. 75 de la Ley Concursal)» en AA. VV., *Gobierno Corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Madrid/Barcelona, 2006. Ello, nada tiene que ver con el contenido de dicha información que nos indica León Sanz, F., «La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia». BIB 2013\1716 *Anuario de Derecho Concursal* op. cit., «*Conviene subrayar la importancia de la información prospectiva, es decir, de la relativa a la evaluación de las expectativas razonables de los distintos planes que se formulen. En la elaboración de la información ha de participar el deudor y del administrador judicial, en su caso, pero también se puede requerir la participación de auditores, bancos de inversión, expertos, etc. (... ..) El contenido del informe es insuficiente para la adopción de un plan de reorganización que requiere de una información más abundante y compleja sobre las distintas alternativas de reorganización de la empresa y su viabilidad*». Asimismo sobre ello se insiste en el Informe del Consejo General de Economistas presenta Informe de 5 de marzo de 2014, *Líneas de reforma de la Ley Concursal ante la necesaria búsqueda de la viabilidad de las empresas y el tejido empresarial ante situaciones de insolvencia*, se propone incluso «*Reorganizar en profundidad la institución de la administración concursal, por la inclusión de las figuras adyacentes del auxiliar delegado y de los expertos independientes con la creación de un instituto público especializado, corporación de derecho público en su caso, que transforme el mercado concurrente actual esencialmente amorfo y desbordado en cuanto la curva de oferta que se genera, en un mercado competitivo de calidad, eficiencia en la gestión económica y responsabilidad (... ..) Abordamos también la necesaria reordenación de la administración concursal a partir de la creación de un registro oficial de administradores concursales en el seno de una corporación de derecho público regulador y supervisor a imagen y semejanza del ICAC que incorpore eficiencia en la gestión de los concursos*». Disponible en <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/InformeRefinanciacionREFOR050314.pdf>

¹⁷⁴ Albergamos algunas esperanzas en la «*formación continua*» tal y como es orientada en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. BOE núm. 310, viernes 27 de diciembre de 2013 Sec. I. P. 105296. No debemos olvidar que tal y como se señala por la doctrina, la «mediación concursal» no es genuina mediación aplicada al procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial; es simple y llanamen-

2.3.4 *Extensión subjetiva. La discutida superación del principio de relatividad contractual (res inter alios)*

La superación del principio de relatividad contractual nos parece discutible por cuanto es necesario algo más que la mayoría. En nuestro sistema se requiere de la homologación judicial para que la eficacia de su contenido se extienda también respecto de los acreedores disidentes o no participantes¹⁷⁵.

En efecto, como vimos, la homologación por el juez de lo mercantil, que sería en su caso competente para declarar el concurso del acuerdo de refinanciación alcanzado por el deudor con sus acreedores, constituye una opción del deudor y sus acreedores y en modo alguno una obligación.

Pero poder alcanzarla se necesita que en los acuerdos se alcancen los porcentajes legalmente exigidos de acreedores titulares de pasivo financiero, y como se ha señalado se encuadraría en el marco de los actos de jurisdicción voluntaria, al no resolver ninguna controversia, limitándose el juez a aprobar, con arreglo a los criterios legalmente establecidos, lo que las partes –deudor y acreedores– han acordado, con cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos.

Ahora bien solo a través de la homologación, se puede obtener además de una protección rescisoria y un privilegio para la nueva financiación, los efectos que conllevan una superación del principio de relatividad de los contratos. En este sentido, un acuerdo se puede homologar si el juez comprueba los requisitos legales (mayorías exigidas, certificado de auditor sobre las mayorías y elevación a instrumento público) y concurre al menos un 51% del pasivo financiero, del que se excluyen créditos públicos y proveedores, aun cuando procedan a pasar de un corto a largo plazo.

En este sentido, se puede imponer a acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo el contenido del acuerdo de refinanciación, no sólo en lo relativo a esperas sino también quitas, daciones de pagos o incluso capitalizaciones de deuda. No obstante, esta extensión se produciría no respecto a cualquier acreedor,

te, intervención de un profesional especializado en materia concursal al que la ley atribuye unas funciones concretas –la más sobresaliente, elaborar un plan de pagos–, y cuyas actuaciones deben ser desarrolladas, en la forma, en los tiempos, y con los límites y condicionamientos que marca la ley [SENES/CONDE, «Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Ley 14/2013, de 27 de septiembre)» *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 32, 2014, p. 12]. Debe tenerse en cuenta que el RD-L de 27 de febrero de 2015 modifica algunos artículos, en concreto, los apartados 1, 2 y 3 del artículo 233, elimina el apartado 4 y se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 23.

¹⁷⁵ PULGAR EZQUERRA, J., «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español» conferencia impartida en Roma el 30 de junio de 2014, en la Corte de Cassazione, en el Congreso organizado por el *Consiglio dell'ordine degli avvocati*. cit

sino tan sólo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero disidentes o no participantes en el acuerdo. Esta extensión del contenido del acuerdo de refinanciación que no constituye sino la renegociación de un contrato, no obstante la homologación judicial de que es objeto, supone una derogación del principio de relatividad de los contratos (*res inter alios*), extendiéndose el contenido de dicha renegociación a quienes no habían participado o habían disentido de ésta.

Tras las últimas reformas, esta superación del principio de relatividad contractual, en el modelo español, puede acontecer incluso respecto de acreedores titulares de pasivo financiero dotado de garantía real, no sólo hasta donde no alcance la garantía, ámbito en el que serían equiparables a los acreedores ordinarios, sino también incluso respecto de donde ésta alcance, con arreglo a un criterio de valoración de la garantía establecido en la DA 4.^ª 2 LC.

Este precepto no se ha sido modificado, lo que significa que subsiste el deber de asistir a la reunión, pero ahora extendido a los acreedores con garantía real. Más difícil será aplicarles la singular postergación en el concurso posterior de los créditos de que fuera titular el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asiste a la reunión y no hubiese manifestado su aprobación u oposición dentro de los 10 días naturales anteriores, pues sólo debería afectar a la parte que excede del valor de la garantía, único tramo vinculado por el AEP con carácter general, pues en la parte cubierta por la garantía ya depende de mayorías singulares, que lógicamente no se habría conseguido al fracasar la negociación.

En el caso de los AEP, más bien parece que el legislador ha querido significar que pueden adoptarse sin necesidad de un acto colegiado (votación en Junta de Acreedores) y sin mutar la naturaleza negocial del acuerdo, esto es, sin convertirse, propiamente, en un procedimiento¹⁷⁶. Así en varios lugares el

¹⁷⁶ En elemento determinante para la comprensión de su verdadera naturaleza es el examen de los efectos que anuda el legislador a estos acuerdos. Los Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 11 de octubre de 2013 afirman que aunque la equiparación con el convenio no es plenamente satisfactoria, –puesto que el acuerdo se alcanza por pacto extrajudicial, sin homologación alguna– tiene una clara voluntad privada novatoria de los concurrentes. Por ello, puede concluirse que su incumplimiento, análogamente a lo que ocurre con el incumplimiento del convenio, supone la desaparición de los efectos novatorios del acuerdo, de modo que al concurso consecutivo los acreedores concurren con sus créditos en la cuantía y forma que existían antes del acuerdo. Esto es, sin el efecto novatorio del mismo. Lo esencial, siguen señalando, es la fuerza legal expansiva de estos acuerdos extrajudiciales para los acreedores disidentes o ausentes. Evidencia de una naturaleza jurídica particular superior al del mero pacto privado novatorio, lo que les permite afirmar que vence el principio de relatividad contractual. Los Magistrados de lo mercantil de Madrid celebraron una reunión «*Sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales*» el 11 de octubre de 2013. En esta reunión se trataron varios temas concursales para aplicar la Ley 14/2013 de la forma más homogénea posible. En este enlace se puede ver el documento completo con todas las conclusiones de los magistrados <http://es.scribd.com/doc/180253930/Criterios-Magistrados-de-lo-Mercantil-Ley14-2013>.

legislador se refiere a él como «el expediente de mediación extrajudicial» (significativa es su alusión en la nueva redacción del artículo 242.2. Especialidades del concurso consecutivo).

Este aspecto último es compartido con los acuerdos de refinanciación, pero es importante remarcar que en ellos para superar el principio de relatividad contractual es necesaria la homologación judicial¹⁷⁷.

Por lo señalado compartimos la opinión de la doctrina¹⁷⁸ al señalar que en la forma y en el fondo no deja de ser un acuerdo privado, por mucho que esté investido de algunos efectos exorbitantes, expuesto a un control judicial de sus presupuestos sobrevenido y a destiempo cuando se deba declarar el concurso posterior, ante el riesgo de que el JM lo rechace en el subsiguiente concurso. Esta circunstancia puede incidir en la naturaleza del concurso, en la legitimación para instarlo, en la concurrencia del presupuesto objetivo, y hasta en la calificación de algunos créditos, o en el plazo de rescisión concursal. Pero, también, en una mayor protección en el concurso posterior de los pagos o negocios ejecutados en su desarrollo, que, alcanzadas las mayorías necesarias, están al amparo de las acciones de reintegración¹⁷⁹. Evidentemente, los

¹⁷⁷ Aspecto este que los separa de los acuerdos de refinanciación pues, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de emprendedores, con la finalidad de incluir una regla más flexible y más clara del cómputo de la mayoría del pasivo que suscribe los acuerdos de refinanciación que pueden ser objeto de homologación judicial, se reduce el porcentaje de acreedores financieros que han de adherirse al acuerdo de refinanciación para que este pueda ser homologado judicialmente. Así, del 75% del pasivo financiero que exigía la Disposición Adicional 4.ª LC tras la reforma operada por la Ley 38/2011, este umbral desciende hasta el 55% del pasivo financiero. Se aclara, asimismo, que este quórum se superpone al requerido para los acuerdos de refinanciación por el art. 71.6 LC (3/5 del pasivo total) en la línea apuntada tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia. Para la Prof. PULGAR EZQUERRA, J. («Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, op. cit.), que «frente a lo que acontece en los acuerdos de refinanciación homologados, en los que en todo caso la superación del principio de relatividad de los contratos encuentra su fundamento en una expresa previsión legal ex DA 4.ª I LC y en el juicio de homologación judicial, en el marco de los acuerdos extrajudiciales de pago no hay previsión legal expresa en este sentido, efectuándose el control de legalidad y oportunidad judicial exclusivamente en supuestos de impugnación del acuerdo».

¹⁷⁸ CABANAS TREJO, R., «Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos», en *Diario La Ley*, núm. 8285, Sección Doctrina, 3 Abr. 2014, Año XXXV.

¹⁷⁹ JACQUET YESTE, T., «Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio, en *RcP*, núm.18, Sección Estudios, Primer semestre de 2013, p. 107. «Esta extensión de los efectos de determinados contenidos de los acuerdos de refinanciación a acreedores que no han prestado su consentimiento a favor de dichos acuerdos nos merece la misma valoración negativa que la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación. Y es que con esta extensión se rompe la relatividad de los contratos que rige en los acuerdos extrajudiciales en general, que supone que los efectos de dichos acuerdos sólo alcancen a las personas que prestan su consentimiento a favor de los mismos, y se aplica el principio de la mayoría que se impone en el concurso, sin que el proceso de celebración y conclusión de estos acuerdos homologables cumpla con las garantías que acompañan al proceso concursal y que justifican la imposición de aquel principio de mayoría. En este sentido, el principio de mayoría en el concurso se aplica tras un procedimiento que recaba toda la información relevante del deudor y de los oportunos controles de legalidad y de oportunidad sobre el convenio sometido a la voluntad de los acreedores. Sólo en caso de superar dichos controles, el convenio puede imponerse a acreedores disidentes o ausentes».

acuerdos extrajudiciales de pagos han sufrido una evolución importante, pero no por ello consideramos que han perdido, su naturaleza contractual, es decir no dejan de ser un acuerdo privado.

Ningún acreedor afectado por el AEP podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del expediente, se ha de entender que al JM (antes de la reforma, a la publicación de la apertura). Asimismo, añade que los créditos quedan por el AEP, no sólo aplazados o remitidos, también pueden ser extinguidos.

Con el nuevo Real Decreto-ley de 27 de febrero de 2015 –1/2015, de 27 de febrero (Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, BOE núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015)–, debe destacarse que se elimina el apartado 4 y se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 234. El mediador concursal comprobará los datos y la documentación aportados por el deudor, así como, comprobará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio a una reunión. *Como se deduce, el legislador distingue claramente entre acreedor no convocado, acreedor afectado por el acuerdo y acreedor excluido del acuerdo (expresamente los de derecho público) art. 234.1).*

Ello se refuerza en el nuevo 236.4, según el cual mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores *que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo* y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente. Asimismo se modifica el artículo 238, e indica que para que el AEP se considere aceptado, serán necesarias las mayorías, *calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo (...)*. Clarifica la extensión subjetiva y modifica el artículo 239.

Ahora, el artículo 239.2. *La impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo y solo podrá fundarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados, en la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 o en la desproporción de las medidas acordadas.* Podría concluirse *a contrario sensu* que es requisito para la validez del acuerdo extrajudicial de pagos convocar a todo el pasivo, pues existirán supuestos en que a pesar de ser necesaria su vinculación, no

obstará la iniciación del expediente¹⁸⁰, lo cual se subsana vía motivo de impugnación, siempre que ello hubiera sido determinante en el computo de la mayoría para la adopción del acuerdo.

Sin embargo, se advierte en este punto, en relación a los acuerdos preconcursales de refinanciación, una diferencia esencial en lo que se refiere al control de los requisitos a los que se condiciona el arrastre y la consiguiente superación del principio de relatividad contractual (art. 1257 C.c). En los acuerdos de refinanciación esta superación sólo se produce, como decíamos, en el marco de los acuerdos homologados *ex D. A. 4.^a LC*.

En ellos el juez, en un acto de jurisdicción voluntaria, realiza un control de legalidad respecto de los requisitos legalmente exigidos para que opere el arrastre. En los AEP, que en ningún caso son objeto de homologación, el control de legalidad respecto de la concurrencia de requisitos recae sobre el notario o registrador mercantil, o Cámara de Comercio, en función de la condición empresarial del deudor. En relación con esta capacidad de arrastre, su contrapartida es la concesión de un derecho de impugnación a quienes no habiendo participado, o habiendo votado en contra del acuerdo, resultan afectados por éste¹⁸¹.

De esta forma simplificada, parece se resuelve para los AEP. Creemos que el legislador debería haber sido más explícito sobre este punto. Es decir, la innecesidad de la homologación judicial para los AEP, a los efectos de entender superado el principio de relatividad contractual, en toda su dimensión, como sucede con los acuerdos de refinanciación homologados.

Quizá por ello, se establece un nuevo tratamiento de los avalistas y los deudores solidarios. Frente a la anterior regla de irrelevancia, ahora se establece que los acreedores que no hubieran aceptado o que hubiesen mostrado su disconformidad con el AEP y resultasen afectados por el mismo (sólo en la parte que lo estén, como puede ocurrir con los garantizados), mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar la aprobación del AEP de aquellos. Respecto de los acreedores que hayan suscrito el AEP, el mantenimiento

¹⁸⁰ A estos efectos es importante destacar en palabras de la Prof. PULGAR EZQUERRA, que «*Parece, por tanto, necesaria una aclaración por el legislador de estos temas y en particular una delimitación de la categoría acreedores que pudieran verse afectados por el acuerdo*», con el fin de dotar a la pretendida superación del principio de relatividad de los contratos que parece perseguirse a través del acuerdo extrajudicial de pagos, en aras de la seguridad jurídica que en todo caso debe presidir la superación de este principio(en, «Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores», *RcP*, cit.).

¹⁸¹ PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario La Ley*, núm. 8538, Sección Doctrina, 13 de Mayo de 2015, Ref. D-188, Editorial La Ley.

de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica (semejante al art. 135.2 LC para el convenio concursal).

Otro tanto podemos señalar con respecto al acreedor hipotecario. Mientras que en la anterior regulación el acreedor hipotecario no se veía afectado por la tramitación y resultado del AEP salvo que voluntariamente decidiera incorporarse al mismo, se introduce un nuevo artículo 238 bis que, como a continuación tratamos, supone también un importantísimo cambio en la diferente situación en que se coloca al acreedor hipotecario frente a la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos de su deudor hipotecante.

2.3.5 *La dación en pago como contenido ordinario del plan de pagos*

Sin perjuicio de que esta cuestión fue tratada en trabajos previos, debemos recordar que el expediente de AEP tal y como fue introducido por la Ley conocida como ley de emprendedores, comenzaba con la preparación de un plan de pagos y su propuesta a los acreedores. Como contenido, brevemente, podemos señalar que la moratoria no podía superar los 3 años ni la quita ser superior al 25 % del importe de los créditos. El plan debe incluir una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos a los que la empresa debe hacer frente, fijando una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia. No podrían acogerse a este procedimiento los titulares de créditos de derecho público (al igual que ahora) ni aquellos que gozaran de garantía real y que decidieran no intervenir en el acuerdo¹⁸².

El plan de pagos se consideraba aprobado si votaban favorablemente los titulares de, al menos, el 60 % de los créditos relacionados. Si el plan contempla la cesión de bienes en pago, el porcentaje se eleva al 75 % y se requería el voto favorable de los acreedores con garantía real sobre los bienes afectados. Ciertamente se deducía una ampliación considerable de las posibilidades de la dación con respecto al contenido del convenio.

¹⁸² Críticamente, lo suscribimos, se señala en el Informe del Consejo General de Economistas presenta Informe de 5 de marzo de 2014, *Líneas de reforma de la Ley Concursal ante la necesaria búsqueda de la viabilidad de las empresas y el tejido empresarial ante situaciones de insolvencia*, se propone incluso «El problema no estaría radicado en la mejor o peor cultura concursal, sino en el papel como acreedores que las entidades financieras y administraciones públicas desempeñan en este proceso, al encontrarse en situaciones de singularidad privilegiada respecto del resto de trabajadores y acreedores y huir, en consecuencia, de negociaciones en pie de igualdad con el resto». Disponible en: <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/InformeRefinanciacionREFOR050314.pdf>

Se partía de una situación de inconcreción por parte de la Ley de emprendedores. La técnica legislativa era defectuosa, y delataba su escasa fe en estos instrumentos como verdaderas herramientas para la reestructuración. No solo porque una correcta técnica jurídica reclama el término *dación*; de hecho el *plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollará*, que parecía aportar *algo de novedad*, acababa siendo engullido por el propio articulado y no volvía a ser objeto de referencia alguna.

Por otro lado, recordemos que el artículo 100.3 LC, regulaba el contenido de la propuesta de convenio, y parecía prohibir las cesiones de bienes en pago, salvo que nos encontráramos ante el supuesto del artículo 155.4 LC, el cual parece admitir la cesión pero sujeto a una especie de condición, consistente en que el valor del bien sea suficiente como para cubrir el importe del privilegio especial. *Ninguna limitación se contiene, en cambio, en el caso de que la cesión del bien en pago se produzca en el seno del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos. Cabe por tanto una cesión de un bien en pago de un acreedor que no alcance para cubrir el importe del crédito garantizado con ese bien, por cuanto que si el legislador no ha querido condicionar esta cesión de pagos, como por el contrario sí ha hecho en el seno del convenio, es porque su voluntad es la de remitir la deuda con la entrega del bien, cualquiera que sea el valor que tenga el bien*¹⁸³.

La profunda repercusión de la afirmación que acabamos de transcribir; sin duda, pudo llegar a revolucionar estos acuerdos AEP y dotarlos de verdadero sentido como instrumento al servicio de la reestructuración empresarial.

Y ello, sobre todo, en relación con el contenido típico de estos acuerdos, pues el artículo 240.2 LC consagraba como uno de los efectos del acuerdo, tratándose de Dación en pago de bienes, que los créditos se consideran extinguidos en todo o en parte *según lo acordado*, lo que denotaba la voluntad del legislador de no condicionar estas daciones, a diferencia de lo que ocurre en sede concursal. Pues no debemos olvidar que el contenido del convenio, debe respetar como propuesta general la identidad de la prestación pactada¹⁸⁴ como

¹⁸³ Así se ha pronunciado D. Leandro Blanco García-Lomas Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca, en su ponencia *Estrategia de los intervinientes e interacción con las refinanciaciones*, 1.ª Jornada de Mediación Concursal celebrada el 25 de octubre de 2013 en Palma de Mallorca.

¹⁸⁴ Vid el comentario, en GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales (Consideraciones en torno al auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 23 de julio de 2008, de inadmisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por Fórum Filatélico S. A.)», *RcP*, núm. 10, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, Primer semestre de 2009, p. 279.

se ha señaló en atención al art. 100.2 Ley concursal¹⁸⁵, que determina que en el supuesto en que se contemple *la propuesta de conversión de créditos en acciones o participaciones (supuesto típico de Dación en pago) debe ser una alternativa a las proposiciones que debe contener obligatoriamente todo convenio*: la quita o la espera (o ambas).

Ahora bien, ya señalábamos que en el marco de un AEP *la dación como contenido del plan de pagos no pueden convertir al acuerdo extrajudicial de pago en un acuerdo extrajudicial de liquidación* y ello porque necesitaría, en todo caso, la convocatoria de todo el pasivo¹⁸⁶, necesidad que no se deducía de la anterior redacción pues el deudor podía excluir algún acreedor, voluntaria o involuntariamente y entendimos que entre las funciones del mediador no se encontraba realizar una exhaustiva investigación para comprobar que se había convocado a todos los acreedores¹⁸⁷. Por otro lado se estaría defraudando la voluntad del legislador pues entendíamos que había dispuesto la necesidad de someter la liquidación al ámbito judicial en el caso de concurso consecutivo, según dispone el artículo 242 y concretamente su apartado 2.5.^a En tales casos –cuando no se alcanzaba el acuerdo, se anulaba el mismo tras una impugnación, o bien se incumpliera el mismo– el concurso se abría para iniciar la fase de liquidación, conforme al precepto mencionado.

A estos efectos era importante recordar las razones por las que el art. 100.3 LC ha prohibido los *convenios liquidativos*, que eran las formas más habituales de dar por arregladas las suspensiones de pagos en España, pues con la normativa anterior a la Ley concursal era muy frecuente que se acordase una liquidación privada mediante la dación del activo a los acreedores en un intento de maximizar los activos al evitar el malbaratamiento y su pérdida de

¹⁸⁵ Sobre el mismo en BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., «La conversión de créditos en acciones o participaciones de la sociedad concursada (art. 100.2 LC)», AA. VV., *Gobierno Corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Madrid-Barcelona, 2006, p. 380.

¹⁸⁶ Y no olvidemos, que el acuerdo extrajudicial se mueve, como vimos, en el ámbito contractual y para ello se requeriría su declaración de voluntad según se deduce de nuestro Código Civil, *ex* artículos 1.166 y 6. 2. No podemos dejar de señalar que este es uno de los puntos más incomprensibles y contradictorios del régimen de los Acuerdos Extrajudiciales y que ya han merecido importantes críticas vid. in extenso SANJUÁN Y MUÑOZ, E. «Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)» *Diario La Ley*, núm. 8196, Sección Tribuna, 21 Nov. 2013, Año XXXIV.

¹⁸⁷ En efecto el deudor, deberá solicitar el nombramiento de un mediador concursal. Si es una persona física, se dirigirá a un notario para que realice el trámite. Si es empresario o persona jurídica acudirá al Registrador Mercantil de su domicilio social. En la misma solicitud se harán constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone para hacer frente a la deuda. Se incluirá también una lista de acreedores, contratos vigentes y gastos mensuales previstos. Una vez nombrado, el mediador comprobará la realidad y la cuantía de los créditos y remitirá a los acreedores el plan de pagos, convocándolos a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes. Cualquier acreedor que no manifieste su oposición o su aprobación debe acudir a la reunión. De no hacerlo sus créditos se calificarán como subordinados si la negociación fracasa y se declara el concurso del deudor.

valor¹⁸⁸. Sin embargo, de esta forma se acababa perdiendo el control de las garantías para el conjunto de los acreedores, lo que fue precisamente uno de los motivos que llevaron a su supresión con la reforma de 2003 con el objetivo de poner fin a prácticas abusivas y poco transparentes¹⁸⁹.

Por esta razón la Ley concursal, tampoco tutelaba y admitía aquellos convenios de continuación, como a continuación examinaremos, en los que, en caso de incumplimiento, se atribuya la facultad de enajenar del conjunto de la masa activa para pagar a los acreedores con el producto obtenido de esa liquidación. Si ello se permitiese, estaríamos dando lugar a un fraude de ley, al tratar de justificar una liquidación mediante el abuso de la dicción literal de la normativa. Distinto es el supuesto en que, partiendo de un convenio de continuación, se establezca la dación de determinados y concretos bienes del activo concursal, que no afecten de forma global a éste. Aunque en este supuesto deberá hacerse un análisis de la cantidad y entidad de los bienes objeto de dación, para apreciar si existe esa liquidación encubierta o no.

Quedaba clara, con el marco legal de la ley de emprendedores, la *imposibilidad* de aquellas propuestas de acuerdos extrajudiciales que lleven aparejadas cualquier forma de liquidación global del activo de la empresa en dificult-

¹⁸⁸ En realidad, en palabras de la Profesora PULGAR EZQUERRA, J. «*la taxativa prohibición de cláusulas de cesión de bienes en pago o para pago contenida en el art. 103 debe matizarse, pudiendo sostenerse que lo que resultan prohibidas en la Ley son aquellas cesiones de bienes a los acreedores que puedan convertirse en instrumentos de liquidación abordada al margen de la liquidación global, esto es, las que pueden conllevar una despatrimonialización en bloque del deudor, pero no aquellas otras que permiten la subsistencia de la empresa, lo que acontece en todo caso en que la cesión cumple las condiciones exigidas en el art. 100.2, apartado 2 LC, esto es, hay cesión global del activo y del pasivo y compromiso firme y justificado de continuidad empresarial, desapareciendo así todo el riesgo de que la cesión sea liquidativa*». PULGAR EZQUERRA, J. «Comentario al artículo 100», en AA. VV. *Comentarios a la legislación Concursal*, t. I, Dir PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G., Madrid, 2004, pp. 1028 y 1032. Por el contrario, la citada autora sostiene con respecto a los acuerdos extrajudiciales (PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, cit. «*Nada se establece, frente a lo que acontece en el marco de los acuerdos de refinanciación, sobre la necesidad de que dicho plan sea viable, realizable o razonable y permita la continuidad de la actividad en el medio y largo plazo, pudiendo, como se deriva de la admisión expresa de la posibilidad de que su contenido lo integre una cesión de bienes a los acreedores en pago de la deuda, tener un contenido liquidativo*».

¹⁸⁹ Vid. las observaciones críticas realizadas por la doctrina en CARRASCO PERERA, A./MORATIEL PELLETERO, E. «Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria» *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 614 (Comentario), 2004.; igualmente crítica LARGO GIL, R., «el convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, cit. «*La LC prohíbe expresamente los convenios de liquidación, frecuentes con el régimen anterior, en aras de mantener su carácter de solución conservativa y de evitar manipulaciones en perjuicio de algún acreedor. Se ha optado por la limitación del contenido del convenio, por su moralización para evitar daño a los acreedores –de unos en beneficio de otros–. El legislador se ha excedido en la limitación de la autonomía privada de las partes. Es uno de los factores impeditivos para la adopción de la solución solutoria negociada y conservativa que es el convenio. Ya hay vías en la LC para evitar los riesgos que se trata de atajar*».

tades, de la transmisión en conjunto de los bienes y derechos que integran la masa activa, es decir, la liquidación como un todo del patrimonio concursal, de los bienes y derechos que conforman el haber destinado a satisfacer al conjunto de los acreedores.

En definitiva, como expusimos, solo encontraríamos como contenido «prohibido» de estos AEP la dación que los convirtiera en «liquidativos», pero a partir de ahí las posibilidades son infinitas. Queda abierta, incluso por qué no, la posibilidad de un acuerdo extrajudicial de pagos para *facilitar la continuidad de la empresa como un complejo patrimonial organizado y en funcionamiento*¹⁹⁰, en manos de sus trabajadores, directivos y demás colectivos interesados en la marcha de la empresa (a los que se les podría dar cabida a través de las distintas figuras que en nuestras leyes contemplan las distintas posibilidades de «comanditarización», o constituir previamente en sociedad la cual asumirá el papel de asuntora y en dicho marco la capitalización de sus créditos y una refinanciación de la deuda que incluso podría venir del propio sector o de algún organismo público¹⁹¹, algo que sucedió en nuestra anciana reconversión industrial de la década de los ochenta del pasado siglo.

Para ello, y aun sin significar la desjudicialización de la fase de liquidación, apuntábamos incluso la oportunidad de establecer en la Ley concursal, de forma expresa y más armonizada, los mecanismos de venta anticipada o urgente de la unidad productiva (proceso de admisión de ofertas y de adjudicación), que en la práctica han sido suplidos por la imaginación de los jueces y administradores concursales. También que se hacía precisa una regulación de los efectos que la adjudicación produce respecto al adquirente, de forma similar a como se hace al regular la liquidación¹⁹².

Por último, al hilo de nuestras propuestas *lege ferenda* y críticas a esta defectuosa técnica legislativa, debía destacarse que una apuesta decidida por las operaciones de dación en el marco de los acuerdos extrajudiciales de pa-

¹⁹⁰ GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La enajenación unitaria de empresa en la liquidación concursal», en AA. VV., *Conservación de empresas en crisis en Estudios jurídicos y económicos*, Madrid, 2013, p. 276.

¹⁹¹ «una asunción de deudas que tiene su causa en el propio negocio del convenio y que produce el *effectum iuris* de modificar la relación obligatoria primitiva existente entre el deudor y cada uno de sus acreedores, los cuales no prestan su consentimiento individualizado a ese cambio de deudor, como sería lo propio en el contrato atípico de asunción de deudas sino, que ese consentimiento lo es de mayorías al formar parte integrante de un convenio concursal o de masa, y tanto si ese consentimiento se produce mediante el sistema de adhesiones en el caso de la propuesta anticipada de convenio (art. 108 LC) o se expresa mediante votación en la Junta, en el caso de la tramitación ordinaria del convenio». Vid. ALONSO LEDESMA, C., «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal». *eprints UCM*, Julio 2011, p. 18.

¹⁹² PASTOR SEMPERE, C., «Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la «responsabilidad social concursal»», cit., pp. 61-82.

gos, exigía al legislador, como mínimo y de forma expresa, una coordinación con las *acciones de reintegración*, no bastando la introducción de los llamados por la doctrina escudos protectores¹⁹³. Y ello en aras de dotar de coherencia a nuestro sistema normativo y porque resultaba complejo desterrar creencias tan arraigadas en nuestra jurisprudencia como la que cataloga a *la dación en pago como uno de los máximos exponentes del perjuicio*.

Hemos de indicar que casi todas estas propuestas han sido recogidas en el nuevo diseño de los AEP, RD-L 1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* (Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, BOE núm. 180, Miércoles 29 de julio de 2015).

En sintonía con el nuevo contenido del AEP, desaparece de la rúbrica la referencia al plan de pagos, ya que la solución pactada puede ser otra. Mantiene el plazo de antelación de 20 días para la remisión de la propuesta por el mediador concursal a los acreedores, con el consentimiento del deudor, y coordina su contenido con similares reglas del art. 100 y de la D. A. 4.^a LC.

En nuestra opinión el legislador sigue, al exigir que junto al plan de pagos se deba acompañar un plan de viabilidad, asimilando, con matizaciones como veremos, estos AEP a los conocidos como «convenios de continuación» –pues son los únicos que los contemplan al contar con los recursos que genere la continuación total o parcial de la actividad empresarial o profesional–. En ellos el plan de viabilidad ha de especificar los recursos necesarios para la continuidad de la empresa. Pero no solo de donde hayan de obtenerse aquellos recursos, pues tratándose del plan de viabilidad se refiere también a los rendimientos que se espera generar con la continuación total o parcial de la empresa. Además habrán de incluirse en el plan de viabilidad los recursos que se comprometan a aportar terceros, cuyos créditos podrán ser objeto de un trato privilegiado en el convenio, anticipándose su pago al de los créditos concursa-

¹⁹³ Se introducen «escudos protectores» de dichos riesgos, modificándose el art. 5 bis LC con el fin de incluir, bajo su ámbito de aplicación también, a los acuerdos extrajudiciales de pago. el art. 5 LC, modula el juego entre concurso voluntario y necesario e impide la presentación de solicitudes de concurso necesario a instancia de sujetos legitimados distintos del deudor o el mediador concursal, en tanto en cuanto no transcurran los plazos del art. 5 bis (art. 15.3 LC). Transcurrido el plazo de tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso, dentro del mes hábil siguiente a menos que ya lo hubiere solicitado el mediador concursal o no se encontrare en estado de insolvencia que por tanto habría sido removido en virtud del acuerdo alcanzado, no resultando por tanto procedente la solicitud de declaración de concurso de acreedores. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores», *RcP*, núm. 20, Sección Estudios, Segundo semestre de 2013, la Ley 85/2014.

les. Pero podemos haber las mismas críticas que hemos realizado al plan de viabilidad de los acuerdos de refinanciación, que damos por reproducidas.

Junto a ello, como hemos comprobado, quizá la más destacable sea la ampliación del contenido de las propuestas se realiza conforme a los límites introducidos por el RD-L 11/2014 en el convenio: se amplía el contenido de la propuesta de AEP pudiendo contener esperas no superiores a diez años, quitas (sin señalar límite) y daciones de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de la totalidad de sus créditos. Para el caso de PYMEs o empresarios se prevé también la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora o en préstamos participativos por un plazo máximo de diez años, obligaciones convertibles o préstamos subordinados, con intereses capitalizables o cualquier otro instrumento financiero, como vimos al tratar el contenido de los acuerdos de refinanciación al que nos remitimos.

En la misma línea de intentar potenciar el procedimiento y de favorecer su éxito, la actual regulación da un mayor margen de actuación al mediador concursal a la hora de elaborar su propuesta de acuerdo, art 236 LC:

- Se aumenta el plazo de las posibles esperas a 10 años frente a los tres años anteriores,
- Se permiten las quitas sin ningún tipo de límite, mientras que antes dichas quitas no podían superar el 25 % del importe de los créditos afectados
- Se introducen nuevas medidas como la conversión de deuda en acciones o participaciones de la deudora, y la conversión de deuda en préstamos participativos, obligaciones convertibles,... y otros instrumentos financieros.
- Se regula la dación en pago de bienes, siempre que estos no sean necesarios para la actividad del deudor, con el límite de que la propuesta no podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor¹⁹⁴. Debe ser destacada su protección frente a las acciones de reintegración

¹⁹⁴ «Artículo 236. Propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos.

1. Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. La propuesta podrá contener cualquiera de las siguientes medidas:

- a) Esperas por un plazo no superior a diez años.
- b) Quitas.
- c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos.
- d) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.ii) 3.º de la disposición adicional cuarta.

unido ello a las nuevas reglas de valoración de los bienes dados en pago, para lo cual se remite al artículo 94.2, introducido por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, *de medidas urgentes en materia concursal*, sobre el que ya tratamos¹⁹⁵. Si bien ya se recogía en la redacción anterior, ahora aparece con más nitidez la posibilidad de imposición, cuando no sean necesarios para la continuación de la actividad y que su valor razonable calculado conforme al art. 94.2 LC sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor.

En estos casos, no creemos que la dación se pueda hacer contra la voluntad del acreedor, al que se estaría obligando a pagar la diferencia. Si se trata de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el art. 155.4 LC, o para la dación dentro del convenio, así como no sea para permitir la dación a la persona que designe el acreedor. Sin embargo, no creemos la conversión del crédito en capital se pueda imponer al acreedor sin darle otra opción, (como hace en los acuerdos de refinanciación la D. A. 4.^ª b).3.ºi) LC). Parece que en el AEP, como ocurre también en el convenio concursal, no se fijan condiciones específicas y habrá mayor libertad para establecerlas, pero la alternativa ha de existir. Volveremos sobre todo ello al tratar el convenio.

Para que el AEP, se considere aprobado *ex art.* 238, si hubiera votado a favor del mismo el 60 % del pasivo que pudiera verse afectado por el AEP, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 % del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

Si hubiera votado a favor del mismo el 75 % del pasivo que pudiera verse afectado por el AEP, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o

e) *La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.*

Solo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94.2, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4.

En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente».

¹⁹⁵ Vid. *supra*, capítulo cuarto.

por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, a quitas superiores al 25 % del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en el art. 236 LSC (p. ej., dación en pago).

Pues, en atención a ello, ahora el acreedor hipotecario queda incorporado al acuerdo y debe ser convocado por el mediador concursal suprimiéndose la necesidad de solicitud expresa para su incorporación voluntaria del art. 234.4 LC, que desaparece¹⁹⁶. En cuanto a los efectos del AEP aprobado para el acreedor hipotecario, aún se mantiene cierto trato preferencial frente al resto de acreedores, pero muy limitado y concretado en la parte de su crédito que quede cubierto por el valor del bien en garantía.

Ahora bien, los efectos que el convenio tiene para los créditos hipotecarios se establece en el nuevo art 238 bis. De su lectura se desprende que, el acreedor hipotecario que hubiera votado a favor del AEP se verá afectado y vinculado por el mismo en su totalidad. Y que aquel acreedor hipotecario que no hubiera votado a favor del acuerdo, no quedará vinculado ni afectado por el mismo respecto de la cuantía de su crédito que no exceda del valor de la garantía, pero en la parte de crédito que exceda del valor de la garantía quedará vinculado, como uno más de los acreedores afectados por los acuerdos adoptados siempre que se hubieran aprobado con las mayorías reforzadas exigidas en este caso del 65 % (medidas del apartado 1 del artículo 238 LC) y del 80 % (medidas del apartado 2 del artículo 238 LC) frente a las mayorías ordinarias del 60 y 75 % del mismo art. 238 LC.

Otro efecto importante del AEP ahora introducido es la situación de fiador y del responsable solidario del deudor. Mientras que en la anterior regulación todos los acreedores hubieran votado a favor o en contra del acuerdo, conservaban frente a ellos sus acciones, la ley mantiene ahora este mismo régimen para los acreedores que no votaron o votaron en contra del AEP, pese a que el mismo les vincule; pero respecto de los acreedores que hubieran votado a favor del acuerdo con una expresión poco precisa, viene a introducir posibilidad de que los fiadores o responsables solidarios de sus créditos pueden verse liberados o al menos limitados en su responsabilidad. (Artículo 240.3 y 4).

En definitiva, adoptado con la anterior mayoría el AEP vincula a todos los acreedores, excepto a los créditos de derecho público, que siempre quedan fuera del mismo. Los acreedores con garantía real, por la parte de su crédito que *no* exceda del valor de la garantía (por el exceso sí), y únicamente queda-

¹⁹⁶ Se modifican los apartados 1 y 2 y se suprime el 4 por el art. 1.2.4 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. Ref. BOE-A-2015-2109.

rán vinculados si hubieran votado a favor del mismo. No obstante, quedarán vinculados por las anteriores medidas, siempre que las mismas hayan sido acordadas, con el alcance que se convenga, por las mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas¹⁹⁷.

Si la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata (como novedad el deudor podrá alcanzar un convenio, pues anteriormente se abría directamente la liquidación, sin alternativa). En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis LC.

Por último y en cualquier caso, el AEP deberá elevarse a escritura pública, entendemos por el deudor y el MC (en el caso de la COC, un representante de la misma), con independencia de que su ejecución requiera algún negocio separado (v.gr, dación en pago de un inmueble, novación de un préstamo, constitución de una nueva garantía, ampliación de capital en la sociedad). Igualmente debe ser destacado que el AEP (los actos y pagos a los que diere lugar –daciones en pago–) no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso posterior.

2.3.6 *Efectos de las daciones en pago realizadas en el marco de los acuerdos extrajudiciales y su protección frente de las acciones de reintegración*

Para entender el verdadero alcance de los efectos de los pagos realizados en el marco del AEP, la mejor perspectiva es situarse en el terreno del incumplimiento de dichos acuerdos y partir de su regulación desde su ley de emprendedores, hasta llegar a las modificaciones introducidas por el RD-L 1/2015, de 27 de febrero, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* (Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, BOE núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015).

Para que el AEP bajo el régimen por el que fue introducido por la ley de emprendedores se considerara aceptado, eran necesarias las siguientes mayo-

¹⁹⁷ Del 65 % cuando se trate de las medidas previstas en el art. 238.1 a) LC. Del 80 % cuando se trate de las medidas previstas en el art. 238.1 b) LC.

rías, calculadas sobre la totalidad del pasivo que puede resultar afectado por el acuerdo.

De esta forma, en caso de incumplimiento del acuerdo extrajudicial, bajo el régimen de la Ley de emprendedores, la consecuencia no podía ser otra que la desaparición de los efectos novatorios del acuerdo con el mantenimiento de los efectos ya consumados. Así, al desaparecer las quitas y esperas del acuerdo, los acreedores concurrirán al concurso consecutivo con sus créditos tal y como estaban antes del acuerdo, sin quitas ni esperas. No obstante, como señalaban los *Magistrados de lo Mercantil de Madrid*, los pagos realizados en ejecución del acuerdo, durante su vigencia, se mantendrán, validando su efecto solutorio, sin perjuicio de observar dichos pagos bajo la perspectiva del art. 162 LC, o del art. 71 LC.

Por ello, el art. 241 LC declaraba *Si el plan de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal*¹⁹⁸ pero sin que conlleve el pronunciamiento sobre los efectos extintivos del crédito derivado de la dación caso de cumplimiento o de incumplimiento del plan de pagos¹⁹⁹. Entendemos que no era necesario, ya que la referencia a la tendencia doctrinal que asimila la dación en pago a la novación, tampoco puede ser admitida como vimos en nuestro capítulo tercero. En efecto, la dación extingue una obligación previa; la novación extintiva supone la sustitución de una obligación por otra. La dación no persigue reemplazar una obligación por

¹⁹⁸ El RD-L de 27 de febrero de 2015, ha suprimido la mención al «Boletín Oficial del Estado». Se modifica el apartado 2 del artículo 241, que queda redactado en los siguientes términos: «2. Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal.»

¹⁹⁹ Sobre el incumplimiento determina el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal. Ministerio de Justicia «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, Referencia: BOE-A-2013-12630. Artículo 14. Publicidad del acuerdo extrajudicial de pagos y sus incidencias. «(...) 3. Cuando el plan de pagos incluido en el acuerdo extrajudicial fuera íntegramente cumplido, el Notario que levante el acta prevista en el artículo 241 de la Ley Concursal remitirá la misma al Registro Público Concursal para su publicación en la sección tercera, de conformidad con el formato que se proporcione por el Registro. 4. Cuando el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, una vez que el mediador concursal haga constar esta circunstancia por acta, el Notario o el Registrador Mercantil lo comunicará al Registro Público Concursal. En todo caso, la publicación en la sección primera del Registro Público Concursal de la declaración de concurso prevista en el artículo 241 de la Ley Concursal se publicará igualmente en la sección tercera, de conformidad con el formato que se proporcione por el Registro. 5. En caso de imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o de incumplimiento del plan de pagos aprobado, la resolución que declare el concurso consecutivo, en los términos del artículo 242 de la Ley Concursal, se publicará en la forma prevista en el capítulo II. Dicha publicación determinará el cierre de la sección tercera.»

otra, sino *tan solo producir la extinción de la relación obligatoria mediante la ejecución una prestación distinta de la debida*²⁰⁰.

A mayor abundamiento el nuevo artículo 240.2 LC consagraba como uno de los efectos del acuerdo tratándose de dación en pago de bienes el que los créditos se consideran extinguidos en todo o en parte *según lo acordado*, lo que denota la voluntad del legislador de no condicionar estas daciones a diferencia de lo que sucedía en sede concursal. No debemos olvidar que el contenido del convenio, debía respetar como propuesta general la identidad de la prestación pactada en atención al art. 100.2 Ley Concursal, lo que determina que en el supuesto en que se contemple la propuesta de conversión de créditos en acciones o participaciones (supuesto típico de dación en pago) debía ser una alternativa a las proposiciones que debe contener obligatoriamente todo convenio: la quita o la espera (o ambas).

Su razón descansa en que la dación como *contenido ordinario del acuerdo extrajudicial (no alternativo)* desplegaba los efectos extintivos y liberatorios del pago de una obligación previa; pero no la sustitución de una obligación por otra que supondría una novación extintiva (típica de los convenios concursales), como decíamos.

Habida cuenta de que la *datio* ha sido catalogada por la doctrina, y en este trabajo, como un subrogado del cumplimiento, no debe, por este motivo, considerarse como un pago *strictu sensu*, sino un pago impropio, con una prestación que no ha sido objeto de la obligación²⁰¹, tendrá efectos liberatorios y extintivos similares a él. Por el contrario, la cesión de bienes no producirá la liberación definitiva del deudor cedente mientras los acreedores no cobren el total de sus créditos.

Pero nada obsta a que el deudor y los acreedores pacten lo contrario (el art. 1175 C.c. lo contempla expresamente), pero ello no convierte a la cesión de bienes en una dación en pago²⁰². De este modo el 136.2 de la LC señala que,

²⁰⁰ Siguiendo al Prof. FERNÁNDEZ NOVOA, C., «Naturaleza jurídica de la Dación en Pago», *ADC*, julio-septiembre, 1957, p. 771. Igualmente esclarecedoras son las palabras del Prof. GARRIGUES, al señalar que «Nótese que en ninguno de estos dos supuestos el convenio representa novación de las obligaciones antiguas, dado que no nace ninguna nueva en sustitución de aquellas, sino que los acreedores se limitan a declarar extinguidos sus créditos frente al deudor común» (en GARRIGUES, J., *Dictámenes de derecho mercantil*, *Dictamen* núm. 108, Vol. II, Madrid 1976, p. 177. También en la doctrina civilista, GULLÓN, A., «art. 1920», en *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, 1991, Vol. II, p. 2064).

²⁰¹ Así añade la STS, Ponente, D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ de 1 de octubre de 2009 dónde: «Segundo.— (...) La primera es la cuestión de la dación en pago, *datio in solutum* que es una forma especial de pago, llamada también forma subrogada del cumplimiento y consiste en el acuerdo, como negocio jurídico bilateral, de que se cumpla la obligación mediante una prestación distinta de la que era objeto de la misma».

²⁰² Aun en el caso de que estemos ante una cesión de bienes que libere del vínculo obligatorio al deudor cualquiera que sea el resultado de la liquidación, siguen existiendo diferencias que la separan de aquella: la cesión de bienes a los acreedores no transmite la propiedad de los bienes cedidos a los acree-

la propuesta podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas. En ese caso, nos indicaba el artículo 238.1 de la LC que para que se considere aceptado requerirá una mayoría superior que para el caso que no lo fuera²⁰³ y en cuanto a los efectos del pago por cesión indicaba el artículo 240.2 que *los créditos se considerarán extinguidos*²⁰⁴. Como se advierte el término *cesión empleado por el legislador concursal solo manifiesta una defectuosa técnica legislativa.*

Las novedades más destacables tras el R D-L 1/2015, de 27 de febrero, de *mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* (Ley 25/2015, de 28 de julio, de *mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, BOE núm. 180, miércoles 29 de julio de 2015) son la paralización de ejecuciones de garantías reales sobre bienes necesarios: se introduce la diferenciación entre ejecución de bienes necesarios o no para la actividad profesional o empresarial o vivienda habitual. Así, si la garantía no recae sobre estos, el acreedor podrá ejecutar. Por el contrario, si se trata de un bien o derecho necesario o la vivienda habitual, el acreedor podrá iniciar la ejecución pero la misma quedará paralizada. Por tanto, no podrán ser objeto de dación en pago.

Además ello es acompañado, con el reconocimiento expreso al valor del Acuerdo aprobado, y su protección pues, se excluye al mismo de posible rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posteriores, art. 238.4 LC. En cuanto al valor, se modifica el artículo 240. 2. *Por virtud del acuerdo*

dores cesionarios. En la Dación en pago la liberación del deudor se produce en el momento de la entrega del bien; en la cesión de bienes, al contrario, la liberación del cedente no ocurre en el instante en que se ponen los bienes a disposición de los cesionarios, sino que habrá que esperar hasta que la liquidación esté finalizada. La liberación del deudor cedente se produce tras la liquidación de los bienes y una vez que los acreedores cesionarios han aplicado el precio al pago de los créditos (S. T. S. de 15 de diciembre de 1989). Sobre la naturaleza transmisiva/extintiva del convenio de cesión (convenio de dación en pago) y la naturaleza gestoria/no extintiva de los convenios de cesión para pago, CARRASCO PERERA, A./MORATIEL PELLETTERO, E. «Dos paradojos del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria» *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 614 (Comentario), 2004.

²⁰³ Artículo 238. El acuerdo extrajudicial de pagos.

«1. *Para que el plan de pagos se considere aceptado, será necesario que voten a favor del mismo acreedores que sean titulares, al menos, del 60 por ciento del pasivo. En el caso de que el plan de pagos consista en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas, dicho plan deberá contar con la aprobación de acreedores que representen el setenta y cinco por ciento del pasivo y del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes. En ambos supuestos, para la formación de estas mayorías se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo, incluyendo los préstamos y créditos con garantía real y sus acreedores cuando estos voluntariamente se hubieran incorporado al procedimiento».*

²⁰⁴ «Por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados y remitidos conforme a lo pactado. En caso de cesión de bienes a los acreedores, los créditos se considerarán extinguidos en todo o en parte, según lo acordado».

extrajudicial, los créditos quedarán aplazados, remitidos o extinguidos conforme a lo pactado.

No obstante, caso de declararse el concurso consecutivo, –es decir el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un AEP o por su incumplimiento– la nueva redacción del artículo 242 señala que a la solicitud formulada por el mediador concursal se acompañarán, además, los siguientes documentos *a) El informe a que se refiere el artículo 75, al que se dará la publicidad prevista en el artículo 95, una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos y previa incorporación de las correcciones que fueran necesarias. b) (...) Si el cargo de administrador concursal recayera en persona distinta del mediador concursal o la solicitud de concurso se hubiera presentado por el deudor o por un acreedor, el informe del artículo 75 deberá presentarse en los diez días siguientes al transcurso del plazo de comunicación de créditos.*

De esta forma, en caso de incumplimiento del AEP, bajo el nuevo régimen del RD-L de 27 de febrero de 2015, la consecuencia sigue siendo, como no podía ser de otra forma, la desaparición de los efectos novatorios del acuerdo con el mantenimiento de los efectos ya consumados. Así, al desaparecer las quitas y esperas del acuerdo, los acreedores concurrirán al concurso consecutivo con sus créditos tal y como estaban antes del AEP, sin quitas ni esperas. No obstante, los pagos realizados (las daciones en pago) en ejecución del acuerdo, durante su vigencia, se mantendrán, validando su efecto solutorio, sin que dichos pagos puedan verse ahora afectados por una acción rescisoria del art. 71 LC.

CAPÍTULO 6

LA DACIÓN EN PAGO EN EL CONCURSO

1. FASE COMÚN DEL CONCURSO

1.1 Consideraciones introductorias

Tres fueron las grandes cuestiones en la fase común del concurso a la que se enfrentaron nuestros prácticos concursales y de la que se hizo eco la doctrina, pues, la mayoría de estas previsiones legales no determinaban el ámbito concreto del artículo 43 de la LC, ni la dación en pago de bienes afectos a privilegio especial (artículo 155.3 y 4 de la LC). Y por último, qué sucedía con la venta de unidades productivas cuando las mismas contaban con activos sujetos a garantía real. Pasamos a examinar dichas problemáticas, que se convirtieron en verdaderos obstáculos para la conservación de la empresa concursada, y cómo han sido abordadas por las últimas reformas para su resolución.

En realidad, la gran cuestión se centró en la interpretación de los arts. 148.1 y 149.1 LC que priman la venta de la unidad productiva como conjunto unitario de bienes por encima de su realización individual, sin condicionar dicha opción legislativa al pago íntegro de los bienes afectos al pago de crédito, por lo que el producto de la venta, aun cuando incluía bienes especialmente afectos al pago de determinados créditos no podía ir únicamente destinado al pago de estos créditos.

No hay que olvidar que estamos ante un proceso de ejecución colectiva, el plan de liquidación ha de incluir todos los bienes de la masa activa, para proceder a pagar a los acreedores de la forma prevista en la Ley concursal. Es cierto que ello puede implicar una aparente modificación de las normas sobre clasificación y pago de los créditos, pero esa ponderación viene exigida por la preferencia que los arts. 148 y 149 conceden a la venta de la unidad productiva

y a la coyuntura actual en la que parece prioritario conservar la actividad empresarial¹.

Más bien de lo que se trataba de dilucidar era si la autorización judicial comportaba un simple asentimiento o venia para que el concursado y la Administración Concursal (o solamente ésta en caso de suspensión) lleven a cabo el acto dispositivo en la forma que estimen más conveniente para los intereses de la masa, o si, por el contrario, dicho acto había de ejecutarse con sujeción a las normas previstas en los arts. 148 y 149 de dicha Ley que disciplinan el régimen al que ha de someterse la liquidación de la masa activa del concurso una vez abierta la fase procesal del mismo nombre, y, más concretamente, si debían o no observarse las formalidades propias de la vía de apremio de la LEC a las que remitía el art. 149.1.3.^a de la Ley concursal.

Este dilema no fue abordado en el terreno doctrinal sino muy tardíamente, y sin entrar en valoraciones sobre las implicaciones o consecuencias prácticas que del mismo se derivan. El silencio que al respecto guardaba el precepto comentado, se decía, obligaba necesariamente a prescindir del análisis de su componente gramatical para pasar directamente a acometer su estudio sistemático y teleológico. En tal sentido, cabía efectuar las siguientes reflexiones.

¹ Como sigue observando, CABANAS TREJO, R., «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso de acreedores», *RcP*, núm. 19, Sección Estudios, Segundo semestre de 2013, pp. 11 y 10 «La situación resulta más compleja en los casos de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, bien de determinadas unidades productivas. Ningún inconveniente en que incluya un bien afecto al privilegio especial, aunque el acreedor no haya votado a favor del convenio, ya que el bien es transmisible sin su consentimiento. El adquirente lo recibe con el correspondiente gravamen y sujeto al compromiso del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en el convenio, que en este caso no podrán alterar los del acreedor garantizado. Cabe discutir si también asume el compromiso de pago frente a este último, pero no hacerlo supone dejar expedita la vía de la ejecución. Lo que ya no queda tan claro es la liberación del primitivo deudor. De hecho, con carácter general se considera que en defecto de pacto la asunción sería acumulativa, sobre la base del fin esencialmente solutorio del concurso y la protección de los intereses en el cobro de los acreedores en el marco del convenio concursal. El asunto ingresa en la relación obligatoria quedando convertido en deudor juntamente con el concursado, el cual no queda liberado. Con mayor razón en el caso de un acreedor no vinculado por el convenio, ya que en este momento es inaplicable el art. 155.3 LC. Cuestión distinta es que al haber salido el bien del patrimonio, ya no seguiría en el concurso como tal acreedor privilegiado. Pero las anomalías no se paran aquí. Como el convenio sólo se cumple con la efectiva satisfacción de los acreedores, el concurso respecto del originario deudor no ha concluido, en tanto no se cumpla, lo que comporta la posibilidad de la rescisión del convenio y la desaparición de sus efectos. Sobre la base de ello deberán retornar a la masa los bienes transferidos al tercero, recuperando los acreedores su derecho a la liquidación legal concursal, a la que renunciaron al aceptar el convenio con asunción a la vista de la solvencia del asunto, no pudiendo imponérseles la necesidad de solicitar la declaración de un nuevo concurso de acreedores frente al adquirente, con los consiguientes costes económicos. Aunque el acreedor privilegiado no haya consentido esa situación, la transmisión del bien tuvo lugar en el marco del mismo, de ahí que tenga lugar su retorno, pero siempre con la carga».

De este modo, la enajenación *ex art.* 43.2 no era una enajenación de finalidad liquidatoria sino conservativa y así se desprendía tanto del epígrafe del precepto (Conservación y administración de la masa activa) como del contenido normativo de su apartado 1 (...1.-*En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso*). Señala Colino Mediavilla², comentando el citado precepto, que ... *las enajenaciones o gravámenes autorizados por el juez no suponen realización o liquidación de bienes o derechos, sino que sólo responden a una finalidad conservativa*, e indica en similar sentido Martínez Flórez³ que ... *Para que el juez pueda autorizar la enajenación o el gravamen de un bien, debe tratarse de un acto necesario para conservar dicho bien o su valor*⁴. Se trata de un matiz que, aunque puramente doctrinal en apariencia, incorporaba una noción de evidente trascendencia práctica⁵.

Llegados a este punto, resultaba obligado concluir que el silencio que al respecto guardaba el art. 43.2 LC, lejos de representar un olvido involuntario, constituía el fruto de una opción legislativa implícita con arreglo a la cual, en el trance de elegir entre –por un lado– el otorgamiento al solicitante de libertad absoluta para la enajenación y –por otro– la inexorable observancia de los trámites del apremio judicial previstos en la LEC.

² COLINO MEDIAVILLA, J. L., en AA. VV., *Comentarios a la legislación Concursal*, Vol. I, Dir. PULGAR EZQUERRA, J/ALONSO LEDESMA, C/ALONSO UREBA, A/ALCOVER GARAU, G., Madrid, 2004, p. 614.

³ (*Comentario de la Ley Concursal*, Coor. Rojo, A/ Beltran, E., cit. p. 897).

⁴ LLEBOT MAJO, J., «enajenación real de la empresa (o de alguna de las unidades productivas que la integran o de activos esenciales de la misma) antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación», *RcP*, núm. 7, Sección Estudios, Segundo semestre de 2007, p. 39) analiza la viabilidad de la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas o activos esenciales antes de la aprobación judicial del convenio o de la apertura de la fase de liquidación como alternativa a las soluciones tradicionales del concurso. estas operaciones radica en que pueden, en algunos casos, maximizar la satisfacción de los acreedores frente a las alternativas del convenio o la liquidación y, por tanto, colmar mejor la finalidad primordial del concurso.

⁵ En efecto, «según resulta comúnmente admitido por la más autorizada doctrina, ante la necesidad de evitar que estos actos de enajenación o gravamen se traduzcan en una anticipada liquidación del patrimonio del concursado, las circunstancias que ordinariamente se aducen como capaces de justificar la autorización judicial se caracterizan en general por la nota de la perentoriedad: necesidades de tesorería para atender gastos de administración del concurso, carácter perecedero de los bienes a enajenar, susceptibilidad de rápida depreciación de los mismos conveniencia de eludir –atendido su escaso o incierto valor– gastos de conservación (depósito, almacenaje), necesidad de ahorrar rentas del local en que se encuentran bienes de inmovilizado material en los casos de falta de continuidad de la actividad empresarial, ofertas de compra que, revistiendo interés para la masa, se formulan con vigencia temporal limitada y resultan de incierta o improbable reiteración futura, etc. En suma, circunstancias que, lejos de implicar un organizado proceso de apremio sobre conjuntos homogéneos de bienes como el que es propio del trámite liquidatorio (arts. 148 y 149 LC), generan necesidades estratégicas singulares caracterizadas por la premura o la urgencia.»: Auto JM-2 Madrid 23.05.2005 (AC 2005/907).

La jurisprudencia interpretó que el otorgamiento de la autorización debía quedar sujeto, no obstante, a que se cumplieran una serie de garantías que se imponían al juzgador para garantizar la transparencia de la operación⁶.

Es interesante destacar que el apartado 3 del artículo 155 LC prevía que los titulares de créditos afectos a privilegio especial sean sólo oídos, sin que sea vinculante ni su aquiescencia con la solicitud, ni su oposición.

De la dicción del citado artículo, cabía deducir, alternativamente, dos posibilidades: La primera, subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva⁷. La segunda, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos.

No obstante, esta opción, que en apariencia ofrecía simplicidad, se debía interpretar armoniosamente con el conjunto de la Ley concursal, y de este

⁶ En concreto, como se señala en el Auto JM-4 Madrid 14.06.2005 (AC 2005/966):

«1.º) la venta se realizará con la intervención de la administración concursal de Hidroplastic SA.; 2.º) el precio de la transmisión no podrá ser inferior a 4.000 euros, según la valoración mínima apuntada por la administración concursal para este tipo de vehículos industriales de segunda mano, y el pago del mismo deberá efectuarse al contado; y 3.º) las condiciones de la venta y el contenido de la presente autorización deberán publicarse en el tablón de anuncios de este juzgado, de modo que dentro del plazo de 10 días siguientes a dicha publicación puedan presentarse postores que ofrezcan una cantidad superior al mínimo fijado, lo que dará lugar, si existiese más de uno, a que se abriese licitación entre los oferentes. No resulta indispensable, atendiendo al reducido volumen de la operación, que se efectúe además una publicación ni en diarios oficiales ni en otros medios de comunicación que encarecerían y sobre todo dilatarían la realización de la misma». En similares términos, Auto JM-4 Madrid 11.10.2005 (AC 2005/1712). De esta manera «los apartados 3 y 4 del artículo 155 expresamente establecen que debe ser la Administración concursal la que, en los casos que proceda, solicite del órgano judicial la autorización para la enajenación de bienes y derechos afectos a crédito con privilegio especial; y el apartado 2 del artículo 43, que contempla la posibilidad de autorizar la enajenación de bienes y derechos que integran la masa activa, debe ponerse en relación con el artículo 188 LC que regula el régimen procesal para la concesión de tales autorizaciones y atribuye, en su apartado 1, la legitimación para presentar la solicitud al Administración concursal y no a la entidad concursada, lo cual es plenamente acorde con la limitación de facultades a la que se encuentra sujeta esta última como consecuencia de la declaración del concurso». Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129).

⁷ Esta fue la opción seguida en el Auto JM-4 Madrid 5.04.2005 (AC 2005/974). «la situación de tesorería es comprometida y exige una actuación ágil (que no lo sería tanto por el procedimiento de subasta), justificada por el criterio de que hay que tratar de conservar los puestos de trabajo y facilitar la financiación suficiente para la continuación de la actividad como la mejor garantía del futuro cobro por parte de los acreedores concursales. Siguiendo las exigencias del núm. 4 del artículo 155 de la Ley Concursal procede fijar la siguientes condiciones: 1.º) el precio de la venta no deberá ser inferior a 4.575.500 euros (más IVA), al que asciende la oferta de Rationale, S.L. que obra en autos, que es la mayor de las recibidas y que debe estimarse como suficiente al rebasar la tasación realizada al inmueble por la Sociedad Integral de Valoraciones Automatizadas SA en diciembre de 2004 que señalaba un valor para el inmueble de 4.365.700 euros, 2.º) el pago del mismo deberá efectuarse al contado; y 3.º) subsistirá el gravamen, consistente en la hipoteca constituida a favor del BSCH, quedando subrogado el adquirente en la posición del deudor».

modo, y atender a su incardinación en nuestro sistema jurídico siguiendo la llamada que realiza el legislador concursal en el reseñado precepto *conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica*.

Lo cual no siempre resultaba sencillo, pues, en primer lugar, se hacía necesario esclarecer un punto trascendental al objeto que nos ocupa y que es tratado de forma imprecisa en la Ley concursal. La cuestión a resolver en este punto es la de determinar si el pago debe disminuir la partida considerada como crédito concursal con privilegio general del artículo 91.4 de la Ley concursal.

La Ley 38/2011 de modificación de la Ley concursal, modificó parcialmente este artículo 155.4 para permitir y clarificar que la necesidad de subasta como medio de enajenación de los bienes afectos a una garantía real, en cualquier estado del concurso, pueda ser exceptuada por decisión del juez, que puede ahora autorizar no sólo la venta directa, sino *también la dación en pago o para pago del bien al acreedor privilegiado o a la persona que él designe*.

El artículo 155.3 LC previa abiertamente que pudiera procederse *incluso antes de la fase de liquidación* a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. Y el apartado cuarto del mismo precepto, al encauzar el modo en que se debe proceder a la enajenación, admite que la realización de bienes afectos a privilegio especial se pueda llevar a cabo *en cualquier estado del concurso*⁸. Debe tenerse en consideración que la venta directa de activos se contemplaba expresamente en el artículo 155.4 LC que regula la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial. El citado precepto establecía que tal clase de bienes y derechos –afectos a privilegio especial– «se hará en subasta». Esta era la regla general. A continuación se instauró la excepción: *salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa*. Pero hay que acotar dicho precepto a los bienes y derechos a los que se refería. Por ello, era válida la conclusión de que la venta directa sólo cabe en el caso de bienes y derechos afectos a privilegio especial.

En definitiva, a pesar de que la Ley no se mostrara partidaria de que tal clase de activos se enajenen a través de otro medio diferente al de subasta, se contemplaba la posibilidad de venta directa de los mismos. Pero la contrarie-

⁸ Habida cuenta de lo anterior debemos concluir que *«la Ley prohíbe a la Administración concursal proceder a la enajenación de bienes y derechos de la masa activa durante la fase común, pero permite que para el caso en que concurren circunstancias que lo justifiquen –fundamentalmente el interés para el concurso–, pueda procederse a la enajenación de bienes y derechos del concurso, aunque en tal caso siempre con autorización judicial»*: Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129).

dad de la Ley para que en la enajenación de los bienes y derechos afectos a privilegio especial se haga un uso de un método distinto al de subasta derivada de sus especiales características. No podemos olvidar que el bien o derecho afecto sale del patrimonio del concursado permaneciendo el gravamen, y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor que se excluye de la masa pasiva.

Por lo señalado, no pareciera descabellado que si para los bienes afectos a privilegio especial se preveía la posibilidad de quebrar la regla general de subasta, para los bienes y derechos afectos que no están sometidos necesariamente a la regla general de subasta, con mayor motivo cabía la autorización de venta directa. De ello, por tanto, no cabía extraer que respecto de lo demás bienes en los que no concurra la especialidad de encontrarse afectos a privilegio especial sólo quepa la enajenación mediante subasta.

Había que partir, pues, que esa ponderación solo afecta a la distribución del precio, ha de ser lo menor posible, y ha de hacerse en función del valor que los activos aportan al conjunto. En cualquier caso solo puede imponerse al acreedor con privilegio especial cuando su expectativa de recuperación del crédito sea inferior en la venta individual y el sacrificio razonable a la vista de los beneficios obtenidos (actividad empresarial y conservación de puestos de trabajo). No debe olvidarse que como las reglas contenidas en el art. 155 sobre la forma de realización de los bienes afectos al pago de los créditos especialmente privilegiados (hipoteca, prenda, arrendamiento financiero) no son necesariamente aplicables al plan de liquidación, *parece perfectamente lógico que en el plan de liquidación los bienes hipotecados se puedan vender por debajo del precio de tasación, si aquel es el precio de mercado, sea en venta directa sea en subasta cualquiera que sea la forma prevista para su realización*⁹.

La cuestión fue como vemos, si este régimen excepcional puede extenderse y realizar una interpretación que permita equiparar *la posibilidad de admisión de la venta o dación en pago de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, con cualquier bien o derecho (incluida la unidad económica) siempre que permita la conservación de la empresa.*

Es decir si se dan las condiciones para su aplicación son: que se autorice por el juez del concurso, que el crédito privilegiado quede totalmente satisfecho o que el remanente quede reconocido como crédito concursal con la cali-

⁹ (Seminario de 23 de marzo de 2011 jueces de lo mercantil de Catalunya). Disponible en <http://www.icab.cat/files/242-273692-DOCUMENTO/CRITERIOS%20SOBRE%20PLAN%20Y%20OPERACIONES%20DE%20LIQUIDACI%C3%93N.pdf>

ficación que le corresponda, y que la autorización judicial y sus condiciones se anuncien con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien por si se presentara mejor postor. Es decir, cabe la venta directa de estos bienes o la dación en pago o para el pago al acreedor o a la persona que él designe, cumpliéndose las condiciones que el precepto establece y en cualquier estado del concurso¹⁰. Y, por tanto, las autorizaciones judiciales sobre liquidación anticipada de unidades productivas que, en su caso, proceda, tienen que darse sin que exista un régimen jurídico aplicable a estas enajenaciones.

La única norma reguladora de esta cuestión está referida a la liquidación sin plan, y se establece que la enajenación de activos gravados habrá de realizarse conforme a lo establecido en el art. 155.4 LC (art. 149.1.3.^a LC) sin que tampoco en esta sede se regule cómo ha de conjugarse este modo de realización con la venta unitaria que se ordena con carácter preferente en el art. 149.1.1.^a, se hacía precisa, como seguía indicando la doctrina la intervención del legislador, pues *Es evidente que todas estas incertidumbres, y otras a las que nos referimos en las páginas que siguen, no facilitan la venta de activos (ni siquiera como venta unitaria), pues el comprador no sólo se expone a una venta que puede ser anulada por inobservancia del procedimiento aplicable, sino, lo que es más grave, a la sorpresa de que subsistan y le sean oponibles las garantías reales constituidas por el concursado cuya cancelación estaba prevista en el plan de liquidación*¹¹.

¹⁰ «Sin embargo, las alusiones que incorpora desde la reforma de 2011 al convenio, permiten la sustitución en éste de la ejecución separada en cualquiera de sus modalidades por la venta directa o la cesión en pago o para el pago a solicitud del acreedor; que esté dentro del convenio por haber votado a su favor, o por haber aceptado individualmente esa solución. Se trata de sustituir el procedimiento normal de realización por otro más directo y sencillo, pero con similar efecto extintivo de la garantía, aunque no se cobre la totalidad de la deuda. Fuera de este supuesto, sólo cabe en el convenio la ejecución separada en su sentido estricto, sin otras interferencias. La duda que plantea su redacción final, consecuencia de cómo se ha gestado la norma, es si dichas modalidades alternativas también son posibles en la liquidación, en su caso al margen del plan de liquidación. CABANAS TREJO, R., «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso de acreedores», *RcP*, núm. 19, Sección Estudios, Segundo semestre de 2013.

¹¹ La elusión de la subasta mediante la venta directa es posible, se decía «pero entonces con ciertas condiciones de precio. Estas condiciones pueden parecer un engorroso inconveniente para el interés del concurso, o para la conservación de la empresa, pero constituyen el último reducto de la garantía pactada. De todas formas en la ejecución concursal el acreedor tampoco enfrenta la subasta como un ejecutante individual, incluso cuando sólo recaiga sobre el bien afecto, y por eso queda excluida cualquier posibilidad de adjudicación del bien a su favor dentro del procedimiento, lo que hace posible una postura final verdaderamente insignificante. En definitiva, y como señala el AAP de Alicante [8] 68/2012, 10 de mayo de 2012, la liquidación de los bienes afectos al crédito garantizado ha de hacerse apurando los medios para, en el marco hipotecario, aproximar la garantía al crédito en el modo querido en su momento por las partes, y por eso los rasgos esenciales del procedimiento hipotecario también deben ser respetados por el plan de liquidación». CORDERO, E., «La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», *Diario La Ley*, núm. 8272, Sección Tribuna, 17 Mar. 2014, Año XXXV.

1.2 La dación en pago en el ámbito concreto del artículo 43 de la LC

En primer lugar debe remarcar que el art. 43 LC supone una excepción, pues antes del convenio o la liquidación no es posible enajenar los bienes. La excepción se dirige a asegurar la conservación y administración de la masa activa. A su vez esta excepción se puede orillar, también excepcionalmente, permitiendo la enajenación o gravamen de los bienes y derechos que la integran previa autorización del juez aun antes de alcanzarse convenio o abrirse la fase de liquidación¹². Como se dijo, la imposibilidad de disposición no era absoluta, ni se constituía como una prohibición.

Era posible que mediante autorización judicial se autorizara la enajenación. Así lo dispone el art. 43.2 y se desprende igualmente de la Exposición de Motivos, que en el párrafo 7.º del apartado IV indica *la Ley Concursal concede al juez del concurso amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso*¹³.

Y no está demás señalar que con carácter general presupuesto para su aplicación era que el concursado desarrollase una actividad profesional o empresarial, por lo que la vivienda del deudor-concursado no puede considerarse un bien afecto a la actividad y, por lo tanto, no puede suspenderse la ejecución hipotecaria que se haya iniciado antes del concurso o se solicite después de su declaración. *Uno de los problemas más comunes, desgraciadamente, fue la presentación del concurso por una persona física con la vana intención de suspender la ejecución de su vivienda*¹⁴.

Por otro lado, era competencia del Juzgado de lo mercantil, aunque parezca obvio el señalarlo, la autorización y condiciones en las que se ha de

¹² LLEBOT MAJO, J., «enajenación real de la empresa (o de alguna de las unidades productivas que la integran o de activos esenciales de la misma) antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, Sección Estudios, Segundo semestre de 2007, p. 39. «En consecuencia, desde la perspectiva que suministra su fundamento, no resulta acertado afirmar que la norma contenida en el art. 43.2 LC contempla un supuesto excepcional, pues, en los términos señalados, no persigue limitar la enajenación o gravamen de los bienes y derechos que integran la masa activa, sino garantizar que en los casos en los que se produzca los acreedores no resultan perjudicados porque maximiza su satisfacción. Esta misma falta de excepcionalidad se descubre en el contexto de la norma analizada, pues, tanto el deber de conservación y administración de la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso (ex art. 43.1 LC), como la finalidad esencial del concurso, que ha de tenerse presente al interpretar las normas que lo rigen, comportan maximizar el valor de los bienes y derechos que integran la masa activa para la satisfacción de los acreedores»

¹³ De este modo en Criterios sobre plan y operaciones de liquidación Justificación de las presentes conclusiones sobre las operaciones de liquidación (seminario de 23 de marzo de 2011 jueces de lo mercantil de Catalunya). Disponible en <http://www.icab.cat/files/242-273692-DOCUMENTO/CRITERIOS%20SOBRE%20PLAN%20Y%20OPERACIONES%20DE%20LIQUIDACION%20C3%93N.pdf>

¹⁴ Sobre ello, nos remitimos al capítulo segundo.

realizar la venta, ello se desprende del art. 8.3.º de la LC, que viene prácticamente a reproducir el apartado 1 del art. 86 ter de la LOPJ, donde se señala que corresponde al Juzgado de lo mercantil, en cuanto tramite un procedimiento concursal, la competencia «exclusiva y excluyente» de *las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...*¹⁵.

La explicación a tal medida legislativa cabe encontrarla en la citada Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en donde se indica que se atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado, justificando el carácter universal del concurso la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión¹⁶.

¹⁵ En efecto, para ello la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) operada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC), establece que «*la competencia en el orden jurisdiccional civil se modifica, pues la creación de los Juzgados Mercantiles propicia eventuales conflictos con los Juzgados de 1.ª Instancia. En lo que aquí interesa, el art. 86 ter.1 de la LOPJ dispone en su apartado 1.º que corresponde al Juzgado de lo mercantil, en cuanto tramite un procedimiento concursal, la competencia «exclusiva y excluyente» de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...* Otro tanto hace el art. 8 LC respecto del juez de concurso, al que atribuye en su apartado primero la competencia para conocer de «*las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado del orden jurisdiccional civil y comprenden el de otros órdenes jurisdiccionales, cuál el social.*»: SAP Pontevedra 08.02.2007 (Sección 1) (JUR 2007/88275).

¹⁶ «*La polémica surgió en torno al órgano competente para conocer de las ejecuciones de garantías reales sobre los bienes no afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial. Casi mayoritariamente se consideró que continuarían las ya iniciadas ante el juez civil, si bien surgió la duda respecto de las nuevas ejecuciones que se inicien tras la declaración de concurso. No hubo conciliación en este punto. A favor se argumentó, por la aplicación del art. 8.4.º LC y de una interpretación del apartado 1.º del 57 LC. En contra, se dijo que el art. 8 no parece referirse a ese caso.*»: (CGPJ – Conclusiones primer encuentro de la especialidad mercantil, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, Conclusiones de la segunda sesión DE TRABAJO, Dedicada a los efectos del concurso, A, 7). De este modo en *Criterios sobre plan y operaciones de liquidación Justificación de las presentes conclusiones sobre las operaciones de liquidación (seminario de 23 de marzo de 2011 jueces de lo mercantil de Catalunya)*, a pesar de que los art. 86 ter LOPJ y art. 8 LC atribuyen al juez del concurso competencia para conocer de «*toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado*», lo cierto es que la Ley Concursal, cuando regula los efectos del concurso sobre las acciones individuales de los acreedores, excepción de la regla general de suspensión de los procedimientos de ejecución, los procedimientos de ejecución de garantías reales, art. 55.4 LC. Eso nos lleva a la conclusión que, como regla general, la declaración de concurso no suspende la ejecución de los procedimientos hipotecarios en curso, lógicamente iniciados ante el Juez de Primera Instancia territorialmente competente. El art. 56 LC, al regular la excepción a dicha regla, se refiere únicamente a las ejecuciones de garantías reales (hipotecas) que graven bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su propiedad. Por su parte el art. 57.1 LC atribuye al juez del concurso competencia objetiva únicamente respecto de las acciones de ejecución de garantías reales a las que se refiere el art. 56 LC. En consecuencia, la competencia objetiva para conocer de las acciones de ejecución de garantías reales corresponde a los jueces de primera

La voluntad del legislador, manifestada en la Exposición de Motivos que acabamos de reseñar, se concretaba en un mandato al juez del concurso para que sometiera la enajenación o gravamen de los bienes y derechos que integran la masa activa antes de alcanzarse convenio o abrirse la fase de liquidación a las normas de la propia Ley concursal que tratan de salvaguardar el principio de la *par conditio creditorum*. Correspondía en exclusiva, pues, al juez de éste adoptar las resoluciones que en cada caso resulten oportunas y ajustadas a la legislación concursal en torno al porvenir del bien afectado por dicha declaración.

Pues bien, el artículo 43.2 LC establecía la regla general consistente en la prohibición de enajenar bienes de la masa activa hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación, permitía la excepción siempre y cuando concurra autorización del juez¹⁷.

La conservación de la empresa concursada siempre ha estado presente en mayor o menor medida en nuestra Ley concursal y una de sus manifestaciones fue su posibilidad mediante el artículo 43 de la LC en la fase común del concurso. Pero el camino no fue sencillo, hay que partir que la concepción conservativa de la empresa también contempla la enajenación de activos de forma aislada y que tal como se dispone en el concurso voluntario, el art. 40.1 de la Ley concursal, el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido su ejercicio a la intervención de la administración concursal, a través de su autorización o conformidad. La regla es que todo deudor en concurso necesario puede administrar y disponer libremente de sus bienes cuando cuenta con la autorización o conformidad de la administración concursal.

Naturalmente nos estamos refiriendo a otra problemática bien distinta; a los bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o que formen parte de la unidad productiva. Ello determinó que, como se ha observado, en ausencia de una liquidación anticipada –carecía de regulación en la Ley concursal en

instancia, excepto que se trate de bienes afectos a la actividad o a una unidad productiva. Este es el criterio seguido por la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de septiembre de 2010. Disponible en <http://www.icab.cat/files/242-273692-DOCUMENTO/CRITERIOS%20SOBRE%20PLAN%20Y%20OPERACIONES%20DE%20LIQUIDACI%C3%93N.pdf>

¹⁷ Destacar que en el terreno doctrinal parece unánime la consideración de que a los actos de enajenación o gravamen que, precisados de la autorización judicial prevista en el art. 43-2, se lleven a cabo prescindiendo de ella, no les resulta de aplicación el art. 6-3 del Código Civil y no pueden, por tal motivo, reputarse nulos de pleno derecho, de tal suerte que, si en un examen «ex post» el juez llega a la conclusión de que el acto dispositivo en cuestión resulta provechoso para la masa, cabe subsanar aquella falta de autorización mediante la convalidación judicial de lo ya ejecutado (TAPIA HERMIDA, A. J., en AA. VV. *Comentarios a la Legislación Concursal*, Dir. por Sanchez-Calero, J./ Guilarte Gutierrez, V., Madrid, 2004, p. 831).

aquellos momentos—, se utilizaran los sistemas alternativos contemplados en ella para proceder a la enajenación de bienes de la masa activa, es decir, la venta de bienes con autorización judicial (arts. 43 y 44) con la finalidad de evitar el deterioro de la masa activa y poder atender a la conservación del resto de los bienes hasta que se abría la fase de liquidación¹⁸.

Si bien entendemos, en cuanto al contenido prohibitorio del convenio no debe ser incluido, como ya se ha apuntado, los convenios de cesión total o parcial de la empresa concursada, bien conocidos en el Derecho comparado, y precisamente porque el ideal conservativo muchas veces sólo podrá cumplirse con la transmisión de unidades de la empresa, o el cambio de su titularidad de toda ella, incluso constituyendo una nueva personalidad ad hoc los acreedores, que sirva de cesionaria. Téngase presente que las daciones en pago no siempre son liquidatorias para la empresa, sino que pueden utilizarse para continuar la actividad empresarial y mantener el empleo, cuando la continuidad no cabe con el deudor —su titular—. Además, las daciones para pago y las cesiones pro soluto liquidatorias, no son lo injusto en sí, puesto que el interés de la masa pasiva y el concursado puede satisfacerse de modo más rápido y ahorrativo a través del mecanismo pacticio, que a través del plan de liquidación de la administración concursal (en cualquier caso, al excepcionarse el supuesto de fusión o escisión de personas jurídicas no es difícil camuflar una cesión a los acreedores mediante tales vías)¹⁹.

Ahora bien, dentro de la dación de estos bienes el problema residía, principalmente, en los afectos a la actividad empresarial y a un crédito privilegiado, por ello la reforma de la Ley concursal 38/2011 del art. 155.4 LC *supuso un auténtico avance en este campo y en el del reconocimiento de la dación en pago en el concurso, si bien es cierto de forma indirecta*. Efectivamente como veremos *es una importante excepción, que al afectar a bienes que están sujetos a un procedimiento legal de realización, que ahora se elude, va más allá de la anterior prohibición de un determinado contenido del convenio, pues tam-*

¹⁸ DE LA MORENA SANZ, G., «la liquidación anticipada», *RcP*, núm. 11, Sección Cuestiones prácticas, Segundo semestre de 2009, p. 413. En ocasiones «*es necesario enajenar alguno de los bienes que componen la masa activa bien porque sea preciso obtener liquidez para garantizar la continuidad empresarial o atender los gastos de la propia masa, bien porque existan bienes consumibles, perecederos, que se devalúan rápidamente o puedan disminuir notoriamente de valor si no se enajenan en un momento concreto. Se trata, en definitiva, no tanto de conservar a ultranza los elementos que integran el patrimonio del deudor, como de asegurar que se mantenga el valor de tal patrimonio, que es la garantía que tanto por lo dispuesto en el art. 1911 del Código Civil como por lo disciplinado en la Ley Concursal, en particular en su art. 76, tienen los acreedores para hacer efectivos sus respectivos créditos*». Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 10.01.2005 (AC 2005/114).

¹⁹ ETXARANDIO HERRERA, E. J. «El convenio concursal», AA. VV., *Manual de Derecho Concursal*, Madrid, 2009.

*bién incide sobre el régimen de la garantía misma, aproximándola en alguna de sus variantes al pacto comisorio*²⁰.

Por otro lado, se contribuyó a facilitar la venta o dación de la propia Unidad Productiva, debido principalmente al uso que se hizo del art. 43.2 de la LC por parte de los jueces de lo mercantil, en un procedimiento concursal a través del cual ya se contemplaba la opción traslativa (y, en su caso, conservativa) de la empresa concursada en cualquiera de sus fases, convenida (a pesar de la dicción del 100.3 de la LC) o reglada, ex arts. 100.2 II-III y 148-149 LC, frente a la que fuera nuestra legislación derogada.

Con ello se hizo posible la enajenación o dación de empresa conservativa al mismo tiempo que se tramitaba la fase común del concurso. Y ello, a través del régimen propio de la liquidación judicial, al permitírsele al deudor concursado solicitarla en cualquier momento y procederse a su apertura dentro de los 10 días siguientes, en detrimento del llamado convenio de asunción²¹.

Y es que no se puede desconocer que resulta *difícilmente cuestionable que al flexibilizar el régimen de enajenación de activos y venta de unidades productivas en concurso, el legislador español ha sentado las bases para el desarrollo de soluciones alternativas al concursado basadas en una venta acelerada de activos o unidades productivas de forma muy similar a lo previsto en los EE. UU. Esta reforma se hace eco de un fenómeno que en la práctica ha contado, desde ya antes de la reforma concursal, con el favor de los usuarios de la LC, al ser numerosos los concursos en los que se han utilizado fórmulas consistentes en la venta de la unidad productiva como mecanismo de solución del concurso*²². Decisivos han sido los fallos judiciales como los del

²⁰ CABANAS TREJO, R., «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso de acreedores», *RcP*, cit.

«tras la reforma de 2011 el convenio podrá prever la sustitución de la ejecución separada en cualquiera de sus modalidades por la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor o la persona que él designe. Repárese en la extraordinaria amplitud del supuesto, pues permite ceder el bien a una persona que no es el acreedor (37), al objeto de que lo venda y cobrar con el precio obtenido la totalidad o parte de la deuda, quedando el posible exceso para el concurso, o la parte no cubierta de la deuda en la masa pasiva con una distinta calificación. Nuevamente operaría el límite de la responsabilidad hipotecaria, aunque si la dación es en pago el acreedor podría dar carta de pago por el total, no obstante superar el límite de la cobertura, siempre que en la dación se respete con el exceso el contenido del convenio para el pago de los ordinarios. Nada se dice en la ley sobre la forma de llevar a cabo esa posterior venta, que precisará del correspondiente mandato para la gestión de la venta y su ejecución, aunque el mismo convenio aprobado judicialmente serviría a este fin».

²¹ Vid *in extenso*, GARNACHO CABANILLAS, L., *El convenio de Asunción*, Colección Estudios de Derecho Concursal, Madrid 2014.

²² BUIL ALDANA, I., «Una aproximación al régimen norteamericano de venta de activos y unidades productivas en sede concursal (Section 363 Sales)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 17, Sección *Reseña legislativa española y comparada*, Segundo semestre de 2012, p. 337.

concurso de la empresa *Cacaolat*²³ entre otros, que han evitado la depreciación que el activo padece, en muchas ocasiones, durante el proceso concursal y maximizar el valor de la masa activa mediante una venta rápida que permita garantizar la mayor recuperación posible a los acreedores²⁴.

En efecto, en los *Acuerdos de los Jueces de lo mercantil y Secretarios Judiciales de Catalunya, seminario de 3 de julio de 2014*, se pronuncian sobre la valoración de la Unidad Productiva (UP), su precio, no con el que consta a efectos contables como valor histórico, sino a favor del método *de descuento de flujos de caja netos*, sin desconocer la valoración del coste de cese de la actividad productiva²⁵ —en la que, dicho de paso, entendemos debería darse preferencia a las propuestas que partan de los propios trabajadores de la Unidad Productiva—²⁶.

²³ Concurso de Cacaolat, AAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 6 de febrero de 2012

²⁴ El efecto de adquisición de la unidad productiva libre de deudas ha sido confirmado en múltiples ocasiones por la jurisprudencia. Entre otras sentencias, destacamos la de fecha 29 de noviembre de 2009 emitida por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuando dice: «*la LC parte de la premisa de que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro de la liquidación se hace libre de deudas, esto es, el adquirente no se subroga en las deudas del concursado, sin perjuicio de las garantías reales que puedan gravar alguno de los bienes mueble o inmueble incorporados a la empresa o unidad productiva. A estos efectos, la venta de la empresa o de una unidad productiva tiene el mismo régimen que la realización individualizada en lotes de los elementos que componen el activo, pues el adquirente las recibe libres de cargas, salvo las reales que graven alguno de los bienes adquiridos. Y ello es así como consecuencia de la lógica del concurso que busca dar una solución común al problema ocasionado con la insolvencia del deudor común para sus acreedores articulando un procedimiento que facilite un convenio y, si no es posible o no se llegara a cumplir, una liquidación universal del activo del deudor. La liquidación concursal va encaminada a la realización de la masa activa para con lo obtenido pagar a los acreedores. En esta lógica, los acreedores cobran dentro del concurso y con lo obtenido de la realización del activo por orden derivado de la clasificación de sus créditos, salvo en el caso de quienes tengan garantizado el crédito con una garantía real, tengan derecho a hacerlo de terceros que adquieran los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, caso de optarse por tal forma de realización, pues de otro modo se alteraría la par conditio creditorum. Así se entiende que, bajo esta lógica del concurso, el art. 149.2 LC regule la única excepción a este principio general de que la transmisión de la empresa o de una unidad productiva no constituye propiamente una sucesión de empresa.*»

²⁵ Señalan al respecto que: «*Una vez identificados esos medios hay que valorarlos, para poder saber cuánto se puede pedir por ellos a los posibles interesados y poder justificar que esta es la mejor opción del concurso para los acreedores. La valoración siempre es complicada, y no deja de ser una mera hipótesis de trabajo, pero es necesario para poder tener una referencia de cuál es el precio por el que se puede vender. El método que debería seguirse, en principio, es el de descuento de flujos de caja netos. Pero es que además, aun cuando la conservación de los puestos de trabajo y de la actividad industrial es un valor en sí mismo, la venta de la UP solo está justificada cuando su previsible sea superior al de los elementos del activo de forma aislada (arts. 148 y 149 LC).*»

d) *Valoración del coste de cese de la actividad productiva, incluyendo lógicamente el coste del despido colectivo de toda la plantilla. Es imprescindible valorar, la segunda opción, el cese de la actividad y su coste para poder tomar la decisión adecuada.*

²⁶ En su «3.ª Regla. Publicidad de la venta de la UP y de sus condiciones.

La transparencia del proceso de venta de UP exige darle publicidad, para ello es necesario crear un espacio donde cualquier interesado pueda saber que es los que se vende en procedimientos concursales. Actualmente este espacio es el que ofrece el Departament de Industria de la Generalitat en su Canal Empresa.

Y en pronunciamientos judiciales como Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013²⁷, en el que en una enajenación de unidad productiva en la fase común del concurso. Varias partes personadas en el concurso alegan que el precio ofrecido por el adquirente no cubre la expectativa de cobro de los acreedores concursales (consideran que el precio debe de ser de 25 millones de euros, tal y como se proyectó en junio de 2013 por la Administración Concursal) y que en el inventario de una sola de las sociedades concursadas, ya arroja un valor de más de 112 millones de euros.

El juez del concurso opone que *un activo vale en el mercado lo que alguien está dispuesto a pagar por él*; si existe error, no está en la oferta, está en la valoración del inventario. Si el precio es bajo, lo que pueden hacer los interesados es presentar otros potenciales adquirentes que deduzcan ofertas superiores, lo que no sucedió. El juez destaca la oportunidad que supone dicha oferta, por su propia existencia y por sus términos. La alternativa de no enajenar por insuficiencia del precio de adquisición puede suponer desaprovechar una oportunidad de venta global. Además, constituye una entrada de dinero a favor de los acreedores de la concursada.

Corresponde al juez del concurso valorar si la autorización para la enajenación de la unidad productiva atiende de forma conveniente a los «intereses del concurso» (art. 43.2 LC). En concreto, el juez valora *dicha venta es la mejor manera de maximizar el interés de los acreedores y sirve a la conservación de la empresa y el empleo*.

Los interesados en general pueden ser:

- a. *Los competidores.*
- b. *Fondos de Inversión, inversionistas en general o sus mediadores.*
- c. *El propio empresario, que cree una nueva compañía, solo o con otros inversores.*
- d. *Los trabajadores (cooperativas o sociedades laborales).*

1. *En primer lugar, el administrador concursal deberá identificar a los posibles interesados para invitares a participar en el proceso. También en este punto la AC tiene que recabar la colaboración del Departament de Indústria, cuyos responsables son capaces de identificar a los interesados dentro del sector correspondiente.*

2. *En segundo lugar, la administración concursal debe de invitar a los posibles interesados a participar en el procedimiento. Es imprescindible asegurar que haya concurrencia en el proceso, es la única forma optimizar el precio, por lo que la administración concursal, además de la publicidad formal que pueda dar a la apertura del proceso y a sus condiciones, deberá tratar de identificar a aquellos interesados para tratar de conseguir que participen en la compra de la UP».*

²⁷ Un comentario sobre el mismo puede encontrarse en, SIERRA NOGUERO, E., «La enajenación de unidad productiva en la fase común del concurso (A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013)», *RcP*, núm. 21, 2014, pp. 193-208.

1.3 La venta o dación en pago de activos hipotecados integrados en la Unidad Productiva (UP)

Como se deduce de nuestras consideraciones introductorias a este capítulo, la reforma debía enfrentarse a los múltiples problemas que debían resolverse si se quería facilitar la transmisión y conservación de la empresa. El principal obstáculo que como vemos, era un último reducto inderogable, el de la garantía pactada, pues no se puede desconocer que el acreedor garantizado siempre contaba con la posibilidad última de materializar su derecho mediante la subasta del bien, aunque haya sido arrastrado dentro de la ejecución concursal por una liquidación colectiva o en globo de un conjunto de bienes²⁸. No sólo de este acreedor, pues los otros también están interesados en que la liquidación sea completa de activo y pasivo, aunque en el caso de estos últimos el juez sí que podría valorar con mayor libertad el interés del concurso, cuando realmente considere que así se maximiza el valor del patrimonio. Pero en el caso del acreedor privilegiado la oposición era determinante. En realidad, habría de resultar de su necesario su consentimiento expreso, aunque se convino que era válido el asentimiento tácito por ausencia de oposición para facilitar la liquidación.

No debemos olvidar que el criterio preponderante en doctrina y práctica, como hemos visto, era la amplia libertad del plan, pero esto no significaba que fuera concebida en términos absolutos. La transmisión de los bienes con asunción de la deuda, normalmente en el marco de una enajenación unitaria de la empresa, unidad productiva, o de un simple lote el consentimiento de los afectados, tanto del acreedor garantizado, como de los demás, encontraba su expresión en la formulación de observaciones o de propuestas de modificación al plan, o en la ausencia de ellas. Es evidente que el juez disponía de mucho margen para aprobar el plan de liquidación, pero la oposición de los acreedores, especialmente del afectado de manera directa, no sólo por el cambio de deudor, también porque se le hurtaba la ejecución concursal en marcha, podía llevar al rechazo de su aprobación, o a introducir las oportunas modificaciones.

Otro tanto cabía decir de la forma de llevar a cabo la ejecución concursal, en particular por la habitual dicotomía entre venta directa y subasta, sobre todo cuando se trata de la venta unitaria de la empresa. El privilegio del acreedor es al cobro con cargo a los bienes y derechos afectos, y éste se mantiene cualquiera que sea la modalidad de liquidación. Ciertamente en la ejecución concursal

²⁸ CABANAS TREJO, R., «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso de acreedores», *RcP*, cit., p. 16.

las ventajas procesales propias de la garantía se ven muy difuminadas, pero no desaparecen por completo. Se pone de manifiesto en la remisión expresa al art. 155.4 LC, que configura el reducto último inderogable de esas especialidades.

Aunque se trata de una remisión a propósito de las reglas supletorias, el plan de liquidación no puede apartarse de ellas en lo esencial, al menos si hay oposición de los acreedores privilegiados, a los cuales se les ha de garantizar el procedimiento de subasta, o la venta directa en las condiciones de precio que marca dicho precepto. Al margen de esto, las observaciones al plan se presentaban como la última oportunidad de salvar una ejecución separada, sólo cuando se trate de la reanudación de una acción entablada con anterioridad, pero en suspenso por razón del concurso, nunca para iniciarla entonces de bienes, además de formularse expresamente en el plan.

El paso decisivo en este ámbito, como en otros, lo dieron nuestros jueces de lo mercantil. Con fecha *3 de julio de 2014*, fue publicada una nueva hoja de criterios aprobada por los jueces mercantiles y secretarios judiciales de Cataluña. El documento intenta arrojar luz sobre algunos de los aspectos conflictivos en la normativa concursal, como acabamos de ver, que era deseable fueran abordados por el legislador en la reforma y que como veremos se han materializados en su mayoría por el RD-L. 11/2014 de 6 de septiembre, (Ley 9/2015, de 25 de mayo).

Estos *Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña de 3 de julio de 2014*, señalan que la práctica de la venta de la unidad productiva en la fase de liquidación, que recoge la Ley concursal, además de perjudicial, es jurídicamente errónea. Los Acuerdos –que a continuación comentamos pretenden unificar criterios y poner orden a los procesos de venta de unidad productiva para dotarlos de mayor seguridad jurídica, incentivando su utilización– para ello proponían una lectura evolutiva del art. 149.2 LC²⁹. De este modo, los Acuerdos incorporan una línea doctrinal que ya se encontraba en varias resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil sobre los efectos de la venta de la unidad productiva, excluyendo como principio general la sucesión de empresa y, en consecuencia, la subrogación del adquirente sobre las deudas de la concursada relativas a la unidad objeto de venta.

Esta interpretación no es más que una lectura que pretendía armonizar el art. 149.2 LC con el art. 149.3 LC (que, contrariamente al principio de sucesión de empresa, establece la regla general de la cancelación de cargas anterior-

²⁹ BUIL ALDANA, I., «Una aproximación al régimen norteamericano de venta de activos y unidades productivas en sede concursal» (*Section 363 Sales*), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 17, Sección *Reseña legislativa española y comparada*, Segundo semestre de 2012, p. 337.

res al concurso), ante la imperiosa necesidad de incentivar la venta de activos concursales susceptibles de ser considerados una unidad económica. Ahora bien, los Acuerdos no suponen una exclusión total de la subrogación del adquirente en las deudas de la unidad productiva. De forma expresa, los Acuerdos plantean *la subrogación del adquirente en las obligaciones pendientes derivadas de los créditos laborales en los que se subroga, excepto en la parte que satisfaga el FOGASA. De este modo, el adquirente debe hacerse cargo, según estos Acuerdos, del pasivo concursal a favor de los trabajadores cuyos contratos de trabajo que asuma*³⁰. Esta lectura es restrictiva del art. 149.2 LC, el cual considera sucesión de empresa, a efectos laborales, la venta de una entidad que mantenga su identidad económica.

La exclusión de la sucesión de empresa es lo que los Acuerdos denominan, de forma un tanto imprecisa, la venta de la unidad productiva libre de cargas. Así, *La adjudicación de los bienes deberá hacerse libre de cargas, el adquirente solo se subrogará en los créditos laborales de los trabajadores en cuyos contratos se haya subrogado. Los acreedores especialmente privilegiados tendrán derecho a participar en el precio en función del valor que se asigne al bien afecto al pago de su crédito. En el caso de que se trate de créditos públicos los que gocen un privilegio especial, una vez satisfecha la parte que les corresponda en función de dicha clasificación, estos tendrán la clasificación que les corresponda. Corresponderá a la administración concursal formalizar la compraventa de la UP, a cuyos efectos el Juzgado librará los mandamientos que sean oportunos para cancelar las cargas o inscribir las nuevas titularidades*³¹.

Otro de los aspectos más destacables de los criterios aprobados es la preferencia generalizada del consentimiento del acreedor con privilegio especial:

³⁰ En línea contraria a lo que establecen los Acuerdos, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 29.09.2007, FJ 3.º, afirmó que *los acreedores cobran dentro del concurso con lo obtenido de la realización del activo, sin que, salvo en el caso de quienes tengan garantizado el crédito con una garantía real, tengan derecho a hacerlo de los terceros que adquieran los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, caso de optarse por tal forma de realización, pues de otro modo, se alteraría la par conditio creditorum*. (En la misma línea, AAP Barcelona, Sección 15.ª, de 16.12.2009). Asimismo, la Directiva comunitaria 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, estableció, como excepción a la subrogación en los derechos de los trabajadores en los casos de transmisión de empresas, los casos de cesión en el marco de procedimientos de insolvencia con vistas a la liquidación de los bienes de la empresa adquirida.

³¹ En materia de liquidación se recogen por nuestro legislador estos criterios extraídos de los Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña de 3 de julio de 2014 que venimos comentando y como nos indica en su Exposición de motivos del Real Decreto Ley 11/2014, de Medidas Urgentes en Materia Concursal (BOE 6 septiembre 2014). Disponible en http://www20.gencat.cat/docs/oge/doc_estatics_CE/Documents%20administradors%20concursals/Acords.pdf

esa preterición se expresa con absoluta claridad en el caso de la subrogación del adquirente en las cargas reales, pero se infiere por igual en los supuestos en que el precio deba distribuirse en función de la valoración del bien, que parece obvio no habrá de quedar constreñido al que se estableció en la constitución de la garantía.

Pues bien, ahora el RD-L 11/2014 (Ley 9/2015, de 25 de mayo), aborda la extensión al artículo 43.3 de la LC su remisión *En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por el artículo 146 bis*. Por lo que puede concluirse que se estable un régimen común. Se efectúa, pues una remisión al régimen general de transmisión de unidades productivas a lo dispuesto en el artículo 146 bis, lo que implica, con determinadas excepciones, su adquisición libre de obligaciones preexistentes impagadas.

Además se facilita la dación en pago de bienes con determinadas cautelas destinadas a evitar comportamientos fraudulentos. De idéntica forma establece el artículo 43.3 de la LC su remisión *En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por el artículo 146 bis*. Y no debemos olvidar que el artículo 56, paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas, remite en su número 3. *Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155*. Y que este se modifica por el RD-L 11/2014 quedando el artículo 155.2, redactado en los siguientes términos:

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial.*

Se modifican de este modo, determinados preceptos del capítulo II del título V de la Ley Concursal con el objeto de facilitar el desarrollo de esta fase de procedimiento concursal. Se trata, de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas.

Así, se introduce la *subrogación ipso iure del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente* (artículo 146 bis) y se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores.

Específicamente en el ámbito de la liquidación concursal la reforma introduce una serie de modificaciones que tienen por objeto facilitar el desarrollo de esta fase, pero no oculta su deseo de poner un poco de orden en el tratamiento de las garantías reales en los casos de enajenación de unidades productivas. En aquel sentido recoge expresamente la posibilidad de prever en el plan de liquidación la dación de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, salvo para los acreedores públicos (art. 148.5 LC).

También se introducen en el artículo 148 previsiones adicionales respecto a *la dación en pago* y una previsión novedosa consistente en que el juez pueda acordar la retención de un diez por ciento de la masa activa destinado a satisfacer futuras impugnaciones. Esta previsión debería conducir a una agilización de la fase de liquidación³².

El artículo 149 también resulta modificado, con el fin de introducir *determinadas reglas supletorias relativas a la enajenación de unidades productivas, especialmente en lo referente a las reglas de purga o subsistencia de las posibles garantías reales* a las que pudiesen estar sujetos todos o algunos de los bienes incluidos en dicha unidad.

³² Se añaden los apartados 5 y 6 al artículo 148 con el siguiente contenido:

5. *Salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155.*

6. *El juez, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la retención de hasta un 10 por ciento de la masa activa del concurso en una cuenta del juzgado. Este montante, que se utilizará para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, según los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación. Dicha cantidad se liberará cuando los recursos de apelación hayan sido resueltos o cuando el plazo para su interposición haya expirado. La parte del remanente que haya quedado libre tras la resolución o expiración del plazo de interposición de los recursos, será asignada de acuerdo con el orden de prelación legalmente establecido, teniendo en cuenta la parte de créditos que ya hubieren sido satisfechos.*

De este modo muchas dudas quedan despejadas con su actual redacción:

3.^a *Los bienes a que se refiere la regla 1.^a, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4, salvo que estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, en cuyo caso se estará a las siguientes reglas:*

a) *Si se transmitiesen sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida.*

Si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del artículo 94.2. En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza.

Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados.

b) *Si se transmitiesen con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando excluido el crédito de la masa pasiva. El juez velará por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.*

A este respecto nos indican los Magistrados de lo Mercantil en sus conclusiones de la reunión de Madrid de fechas 7 y 21 de noviembre de 2014³³ que dejando al margen la posibilidad de cancelar embargos durante la fase común, que el artículo 55.3 de la Ley concursal prevé ciñendo su aplicabilidad

³³ Sobre ello han matizado los Magistrados de lo Mercantil en sus conclusiones de la reunión de Madrid de fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 «sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el RD-L 11/2014 y la Ley 17/2014» que esta dación, «a diferencia de la prevista en el artículo 100.3 de la Ley Concursal, sólo puede operar para los acreedores privilegiados especiales, y con pleno respeto a las previsiones del artículo 155.4 de la Ley Concursal».

a la finalidad de facilitar la actividad económica del deudor, la cancelación se producirá con la aprobación del plan de liquidación, siempre y cuando se refieran exclusivamente a trabas derivadas de ejecuciones suspendidas por el concurso, incluso sobre embargos administrativos. La restricción recogida en el artículo 55.3 de la Ley concursal se está refiriendo a la fase común, donde aún puede operar la dispensa ejecutiva del artículo 55.1 párrafo 2.º de la Ley Concursal, pero no a la final liquidación concursal.

En cuanto a las cargas reales, fundamento de privilegios especiales, de conformidad con el artículo 149.3 de la Ley concursal, la cancelación de las mismas por la realización concursal del bien se hará cuando se apruebe el remate o se autorice en firme la venta de los bienes, si tal autorización judicial constituye el último paso previo a la consumación de la enajenación.

Ahora bien las primeras valoraciones de la doctrina siguen destacando que sigue en pie la cuestión fundamental que es, como siempre, determinar si el acreedor viene obligado a aceptar esta dación, cuando sea en pago, como hemos visto puede ocurrir en el convenio. A este respecto debe indicarse la respuesta negativa, basada en la inexistencia de voluntad de los acreedores, aunque sea expresada por mayoría de forma colegial, para consentir ese cambio en la naturaleza de la prestación comprometida. Cuestión distinta es con arreglo a qué valores ha de hacerse la dación en los casos de eficacia solutoria inmediata. No se ha previsto en este punto una solución similar a la del art. 100.3. II LC para el convenio, que requiere la determinación previa del valor razonable del bien con arreglo al art. 94 LC. Por eso corresponde a la administración concursal optar por una nueva valoración, o seguir con la que figure en el inventario, si considera que no ha existido una variación importante³⁴.

En cambio, tratándose de bienes afectos a una garantía, expresamente remite a las limitaciones y el alcance previsto en el art. 155.4 LC, precepto que en realidad dice muy poco sobre la dación (al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda), pues sus párrafos segundo y tercero parecen estar referidos exclusivamente a la venta directa sin sujeta. Trasladarlos a la dación un poco desnaturalizaría a esta última, pues obliga a una licitación entre los posibles oferentes, previa su publicidad, que-

³⁴ Sobre ello han matizado los *Magistrados de lo Mercantil en sus conclusiones de la reunión de Madrid de fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 «sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el RD-L 11/2014 y la Ley 17/2014» que esta cesión, «a diferencia de la prevista en el artículo 100.3 de la Ley Concursal, sólo puede operar para los acreedores privilegiados especiales, y con pleno respeto a las previsiones del artículo 155.4 de la Ley Concursal».*

dando el acreedor cesionario en posición residual para adjudicárselo por el valor de la tasación/valoración previa, sólo cuando nadie esté dispuesto a pagar un precio algo superior³⁵.

2. FASE DE CONVENIO; LA DACIÓN COMO CONTENIDO DEL CONVENIO DE CONTINUACIÓN

2.1 Consideraciones introductorias. La problemática indefinición del convenio de continuación antes de la reforma de 2014

El Convenio es un acuerdo entre el deudor y la colectividad de sus acreedores, aprobado por el juez y que tiene como objetivo primordial la satisfacción de los acreedores, hasta escasas fechas con una finalidad únicamente solventadora, pero que al adoptarse en un procedimiento concursal adquiere una dimensión pública y se somete a un importante control judicial. Ciertamente el convenio puede ser en algunos casos, no en todos, una solución mejor a la liquidación, pero lo que no admite la LC es que por esta vía, que comporta importantes sacrificios y renunciaciones para los acreedores, se impongan condiciones que impliquen, de facto, una pérdida de su derecho de cobro.

A pesar de que se deduce que el convenio se concibe como la solución normal del concurso, en beneficio de los acreedores, del concursado, de los trabajadores y de otros intereses (exposición de motivos apart. IV de la LC de 2003), como hemos señalado la tónica habitual; su excepcionalidad, cediendo ante la casi mayoritaria de los concursos mediante la liquidación³⁶.

³⁵ CABANAS TREJO, R., «Una nueva reforma de la legislación concursal (RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal)», *Diario La Ley*, núm. 8406, Sección Doctrina, 24 de octubre de 2014, Año XXXV.

³⁶ En referencia a la finalidad del con concurso con carácter general, entre otros, el Profesor Olivenza, M., en su intervención ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados (en su comparecencia en el Congreso de los Diputados, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 29 de octubre de 2002, núm. 604.) en su condición de Presidente de la Sección Especial para la Reforma Concursal de la Comisión General de Codificación, en la que afirmo «*La finalidad del Proyecto no es la reestructuración de empresas, no es la de un saneamiento a ultranza de empresas..., lo que hay es el respeto a un principio de conservación de la empresa que es algo distinto de reestructuración*». Debemos recordar en este punto, que el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley señala que el convenio, como solución normal del concurso, tiende a alcanzar la satisfacción de los acreedores. Indica PULGAR EZQUE-RRRA, J., («El Proyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la nueva legislación comercial», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 604, 2003) que aunque falta en la LC una declaración programática sobre los fines del concurso, en ella no se atribuyen *finalidades quirúrgicas* a los procedimientos concursales, ya que *el concurso persigue prioritariamente la satisfacción de los acreedores preferentemente a través de la conservación de empresas y no tanto al saneamiento de éstas, aunque el convenio pueda, en ocasiones, cumplir una función sanatoria*. En referencia a este

Asimismo, la apertura de la fase de liquidación en la LC no es incompatible, insistimos, con la finalidad conservativa o continuadora de la empresa, ya que en la fase de liquidación se prevé la posibilidad de enajenación de la empresa como un todo³⁷, con el objeto de no destruir esa unidad de producción de bienes y servicios³⁸.

Esta indefinición sobre las funciones que deben desarrollar las distintas fases del concurso, es debida a la concepción de que el convenio es, ante todo, un instrumento solutorio dirigido a satisfacer los intereses de los acreedores, siendo la conservación de la empresa o de la actividad una finalidad instrumental del mismo. Se ha insistido mucho en que la continuación de la actividad de la empresa es un fin de la Ley concursal, aspecto que aun siendo cierto debe ser matizado, pues no es un fin en sí mismo –ya que el objeto del concur-

mismo apartado de la citada Exposición de Motivos señala DE LA CUESTA RUTE, J. M. (*El convenio concursal, comentario a los artículos 98 a 141*, Madrid, 2004, pp. 16 y 17) *se alude a la finalidad del convenio de conservar la actividad profesional o empresarial del concursado pero en modo alguno determinante del convenio y como algo instrumental para la finalidad solutoria de éste, que no excluye sin embargo que además el convenio reporte provecho o utilidad a otros intereses de los acreedores. Terminantemente la Exposición de Motivos señala que el objeto del concurso no es el saneamiento de empresas.* Por último para FONT GALÁN/MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ/VELA TORRES, «Viabilidad *antitrust* de las soluciones concursales de conservación de la empresa, socialización concursal del Derecho de la Competencia», *RDM*, núm. 250, 2003, p. 475. *Aunque la Ley no lo diga de modo expreso, el concurso no está reñido con la finalidad conservativa o continuadora de la empresa.*

³⁷ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., «Efectos jurídicos de la enajenación de la empresa del concursado» en *RcP*, núm., 2004, pp. 259 a 274.; y del mismo autor «la enajenación de la Empresa en la nueva Ley Concursal» en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2004.; VILATA MENADAS, S., «El tratamiento de la sucesión empresarial en el traspaso de unidades empresariales: una visión jurisprudencial» *RcP*, núm. 8, Sección Comunicaciones, Primer semestre de 2008, p. 491; HERRERA CUEVAS, E., «La reorganización traslativa en concurso y sucesión de empresa», *RcP*, núm. 9, Sección Varia, Segundo semestre de 2008, p. 147. ZABALETA DIAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*, Madrid, 2006; HUALDE LÓPEZ, I., *La Fase de liquidación en el proceso concursal*, Cizur Menor, 2008. pp. 19 y ss.

³⁸ El Profesor OLIVENCIA, M., en su intervención ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados (en su comparecencia en el Congreso de los Diputados, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 29 de octubre de 2002, núm. 604.) señaló como manifestación del principio de conservación de la empresa el supuesto en la fase de liquidación de la enajenación de la empresa como un todo, con el objeto de no destruir esa unidad de producción de bienes y servicios. Incluso, como han señalado FONT GALÁN/MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ/VELA TORRES («Viabilidad *antitrust* de las soluciones concursales...», cit., p. 475) «por no decir –abiertamente– que la Ley no disimula su predilección porque, cualquiera que sea la solución del concurso no se ve afectada, en la medida de lo razonable, la unidad, existencia y continuidad de la empresa» de este modo, en la fase de liquidación, ordena que el plan de liquidación «siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos». Esto mismo queda reflejado en las reglas supletorias para el caso de no aprobación del Plan o de remisión de este a las citadas reglas. Para MUÑOZ CADENAS, M., («Reflexiones en torno a las cesiones de bienes en los convenios concursales mercantiles», en *La Ley*, núm. 6070, 27 de julio de 2004, p. 5) en referencia a los citados artículos señala que aun en el supuesto más extremo cual es la liquidación, se ordena como principio general la enajenación de las unidades productivas como un todo, añadiendo que esta regla que se establece como supletoria, a buen seguro regirá como norma de observancia general, a menos que el plan apruebe otra forma de liquidación de las unidades productivas porque así lo aconsejen las circunstancias del concurso, y todo ello, claro está, bajo supervisión judicial.

so es lograr un pago ordenado a los acreedores— sino un fin ligado a lo que es el objeto del proceso concursal y solo es válido si sirve para ello y, en caso de vinculación al convenio, si no desnaturaliza su carácter solutorio, como ya analizamos en trabajos previos.

El convenio es, por tanto, y, ante todo, un medio de cumplimiento de las obligaciones del deudor, quedando vigente, en lo no modificado por la Ley concursal, lo dispuesto en los artículos 1156 y siguientes del Código civil y, en concreto lo relativo a la identidad de la prestación. De este modo, y siguiendo el Auto JM-7 Madrid 23.07.2008 (Concurso Forum Filatélico, S. A., 209/2006), el artículo 1166 del citado texto legal establece que el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra equivalente o diferente, aunque fuera de igual o mayor valor que la debida. Es decir, si el deudor debe entregar una suma de dinero el acreedor no puede ser compelido por mor de la eficacia del convenio a percibir una cosa distinta si no lo desea, STS de 2 de noviembre de 1994 y 17 de diciembre de 2003, entre otras.

Al respecto, las modificaciones llevadas a cabo por la reforma de la LC en octubre de 2011 —mediante el RD 38/2011 de 10 de octubre—, no introdujo sustanciales cambios sobre el contenido del convenio, por lo que seguían manteniendo su vigencia las consideraciones realizadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Dicha reforma realizó pequeñas mejoras técnicas a la redacción del artículo 100.2 junto con la del 102.1 y cuando ambos preceptos se referían a las propuestas alternativas dicen *propuestas alternativas para todos o algunos de los acreedores*, dejando claro que no tienen que dirigirse necesariamente sólo a *clases* de acreedores, sino a todos o algunos de ellos.

Se mejoró al dar cabida a las propuestas de convenios anticipados en este sentido como indica la Prof. Jacquet Yeste. T³⁹, por un lado, la propues-

³⁹ En realidad, «Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio», JACQUET YESTE, T., en *RcP*, núm. 18, Sección Estudios, Primer semestre de 2013, p. 107, *el proceso de formación del convenio mediante la propuesta anticipada se inicia con una fase de negociación entre el deudor y todos o algunos de sus acreedores previa a la declaración judicial de concurso, aunque también puede ser posterior a la misma, pero en cualquier caso de carácter extrajudicial. En este sentido, es claro que el régimen jurídico de la propuesta anticipada de convenio y en especial la norma del art. 106 LC, al aceptar las adhesiones emitidas antes del concurso, no sólo permite sino que incentiva al deudor a entablar negociaciones extrajudiciales con sus acreedores e incluso a concluir convenios extrajudiciales que eviten el concurso. En este sentido, el deudor puede decidir entablar negociaciones con sus acreedores, con todos o únicamente con algunos, los más relevantes, e intentar llegar a un acuerdo con éstos. Como resultado de estas negociaciones las partes pueden llegar a concluir un convenio extrajudicial que resuelva sus problemas financieros sin necesidad de recurrir al concurso o bien, en caso de no lograrlo, el deudor puede recabar las adhesiones a favor de un acuerdo por parte de acreedores que representen la décima parte del pasivo que le permitan convertir el acuerdo en una propuesta anticipada, que puede presentar junto con la solicitud de declaración de concurso, y a la que posteriormente se*

ta anticipada es una solución menos costosa que una propuesta ordinaria de convenio al ser negociada, parcialmente fuera del concurso, circunstancia que reduce los costes de negociación sobre la conclusión del acuerdo. Y por el otro, permite reducir las asimetrías informativas que surgen en sede extrajudicial provocando el rechazo del acuerdo extrajudicial por parte de algunos acreedores, y facilita la aceptación de la propuesta de convenio, al no exigir la unanimidad de todos los acreedores del deudor como sí exigen los acuerdos extrajudiciales.

También fueron mejoradas las propuestas condicionadas de concursos conexos del art. 101.2⁴⁰. Ahora bien, se seguían manteniendo la prohibición de pacto de cesión de bienes o derechos a los acreedores a salvo, el supuesto recogido en el artículo 155.4 de la LC –acreedor con privilegio especial– como vimos. Así, pues, el artículo 100.1 de la Ley concursal indicaba que toda propuesta de convenio deberá incluir propuesta de quita o espera o combinar ambas, pues estos son los únicos modos de reorganización del pasivo del deudor a los que puede compelerse al acreedor por la eficacia del convenio en los términos del artículo 136 de la Ley concursal, cualquier otra modalidad alternativa de cumplimiento debe ser aceptada expresa o tácitamente por el acreedor en los términos de la Ley concursal.

Precisamente el uso de la formula condicional podrá contener, junto al adverbio además en el apartado 2 del artículo 100 de la Ley concursal anterior a la reforma de octubre de 2011 –*la propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, o en créditos participativos*–, evidenciaba que el contenido de las proposiciones alternativas no podían ser el único contenido del convenio,

podrán adherir otros acreedores, con los que el deudor no llegó a negociar, y alcanzar así la conclusión de un convenio concursal.

⁴⁰ Muy útiles a los efectos de este capítulo, pues como observo el Prof. Olivencia, M., *Diario de Sesiones del Congreso de los diputados, Comisiones*, núm. 606, de 29 de octubre 2002: *La propuesta anticipada de convenio permite judicializar convenios extrajudiciales*. La modernización de la legislación concursal era necesaria y la Ley 22/2003, L. C. la ha acometido con acierto, en un solo texto legislativo pero, el panorama de las insolvencias en España, se ha tratado sólo dese el punto de vista judicial, no regulando los convenios amistosos extrajudiciales que en los países de nuestro entorno (Francia e Italia) son objeto de especial atención. Sólo en un aspecto ha influido esta tendencia a la admisión de convenios extrajudiciales: la posibilidad de admitir una propuesta anticipada de convenio formulada por el deudor, con la adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art. 106.1 L. C.). Si dicha propuesta anticipada es admitida por el juez y alcanza posteriormente adhesiones suficientes para alcanzar la mayoría legalmente exigida (art. 109.1 L. C.), el convenio podrá quedar aprobado sin que llegue a celebrarse junta de acreedores, con el consiguiente importante ahorro económico y de tiempo.

que deberá respetar como propuesta general la identidad de la prestación pactada⁴¹.

Como acertadamente señaló y clarificó Bercovitz Álvarez. R., en su comentario al art. 100.2 LC⁴², en realidad, *la propuesta de conversión de créditos en acciones o participaciones debe ser una alternativa a las proposiciones que debe contener obligatoriamente todo convenio: la quita o la espera (o ambas)*. El hecho de ser una propuesta alternativa supone que el importe de crédito que se convierte en capital debe ser el 100%, esto es, el importe total del crédito, pues la quita es una opción distinta a ésta y no deben mezclarse ambas alternativas en una misma propuesta. Así pues, el acreedor que opta por la conversión lo que persigue es evitar la mutilación –que comportaría la quita– de su crédito a costa de capitalizarlo por su importe íntegro, aunque ello suponga convertir su derecho de crédito en una inversión probablemente minoritaria y difícilmente liquidable a corto plazo.

Y seguía añadiendo Bercovitz Álvarez. R. que teniendo en cuenta que la conversión del crédito en capital es siempre objetivamente beneficiosa para la concursada⁴³, la aceptación de este tipo de propuestas por cada uno de los

⁴¹ Auto JM-7 Madrid 23.07.2008 (Concurso Fórum Filatélico, S. A., 209/2006), la segunda opción, para los ordinarios, mediante capitalización del crédito, adquiriendo acciones de Fórum Filatélico; SL. De este modo, los acreedores, además de ver reducido su crédito en un 50% y aplazado hasta cinco años, no perciben su importe en metálico, sino que se ven obligados, en todo caso, a recibir participaciones o acciones lo que infringe los artículos 100, 125 de la Ley concursal y 1166 del Código civil. Esta operación, que es una dación en pago, solo sería válida si consiente expresamente el acreedor, pero en el convenio no se prevé tal circunstancia imponiéndose, en todo caso, como consecuencia de su aprobación. Sin embargo, como se vio el fundamento jurídico primero, la eficacia del convenio solo puede extenderse de modo obligatorio a las quitas y esperas pactadas, pero no a la modificación del objeto de la prestación, que si bien puede contemplarse como alternativa, debe ser expresamente aceptada por el acreedor afectado. Vid el comentario, en GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «el consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales (Consideraciones en torno al auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 23 de julio de 2008, de inadmisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por Fórum Filatélico S. A.)» *RcP*, núm. 10, *Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia*, Primer semestre de 2009, p. 279.

⁴² Sobre el mismo en BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., «La conversión de créditos en acciones o participaciones de la sociedad concursada (art. 100.2 LC)», AA. VV. *Gobierno Corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Madrid-Barcelona, 2006, p. 380. *El fundamento de este principio –que la conversión debe siempre realizarse por el importe íntegro del crédito– es que la quita está justificada por la falta de bienes del deudor suficientes para hacer frente al pago íntegro de todas sus deudas. Ahora bien, si un acreedor renuncia a su derecho de crédito para convertirse en socio o accionista de la sociedad deudora, ese acreedor está renunciando a participar en el reparto de esos bienes, por lo que la reducción del importe de su crédito – la quita– carece en este caso de justificación. Es más, se trata de que la conversión funcione como una alternativa a la quita propuesta en el convenio y, en consecuencia, como un incentivo para que el acreedor renuncie a hacer líquido su crédito y se pueda así reducir el pasivo exigible de la sociedad declarada en concurso.*

⁴³ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., «La conversión de créditos en acciones o participaciones de la sociedad concursada (art. 100.2 LC)», cit., *La conversión de créditos en acciones o participaciones mediante la realización de un aumento de capital a la par (por el valor real de las acciones o participaciones) sería beneficiosa en cualquier caso para la sociedad declarada en concurso. A los efectos de valorar el efecto*

acreedores no tendría por qué estar vinculada a la aprobación de la totalidad del convenio. Habría sido perfectamente factible que las aceptaciones de una propuesta de conversión tuvieran eficacia inmediata para cada uno de los acreedores que hubieran elegido esa alternativa, de manera separada. Ello no obstante, con el fin de simplificar el procedimiento y favorecer la aprobación del convenio, la Ley sometía todas las propuestas a una única votación, la del convenio en su totalidad.

Ante esta situación, cabía plantearse si el hecho de que la opción de conversión de créditos se ofreciera como alternativa a la opción tradicional de quita y espera justificaría que la propuesta de quita y espera fuera la única que se sometiera a la aprobación del convenio, con las mayorías necesarias (art. 124). Habría sido posible establecer una regulación más práctica, según la cual, cuando existiesen varios acreedores que optan por la conversión de sus créditos en acciones o participaciones, tal elección no debería estar sujeta a la aprobación del convenio en su totalidad. La Ley optó, sin embargo, por una votación única para todas las alternativas, sin tener en cuenta que la conversión de créditos es beneficiosa para todas las partes intervinientes en el convenio, a diferencia de las propuestas de quita o espera, que obviamente deben ser valoradas por los acreedores a quienes afecta.

Como se observaba, la votación única favorece la aprobación del convenio, pues el ofrecimiento de alternativas a las propuestas de quita y espera tiene por finalidad sumar votos afirmativos, de entre los que, de no existir la propuesta alternativa, serían negativos. Si se hiciesen votaciones separadas o aceptaciones con eficacia individual de conversión créditos, este efecto incentivador de los votos afirmativos se perdería. Téngase en cuenta que, si se hubiese seguido un modelo de aceptaciones individuales y con eficacia separada del convenio, el acreedor que optase por la conversión debería ver descontado su crédito y su voto de la masa pasiva a los efectos del cómputo de quórum y mayorías necesarias para la aprobación del convenio⁴⁴. Debemos destacar en esta línea la Senten-

beneficioso de la conversión del crédito en capital, da igual las condiciones de conversión. Cualesquiera condiciones son buenas, pues sea cual sea la «quita» o la «espera» que como alternativas se propongan a los acreedores, la conversión de su crédito en capital social aceptada por un acreedor es un pacto inmejorable para la sociedad concursada que debe necesariamente ser aprobado: tendría un efecto equivalente a una quita del 100% (el crédito desaparece de la masa pasiva, pura y simplemente, sin disminuir la masa activa), y la «espera» en este caso es indefinida (el acreedor pasa a ser un socio con sólo el derecho a la cuota de liquidación, que ya no es exigible en ningún plazo determinado).

⁴⁴ Habida cuenta que el artículo 94.2, en la redacción dada por este real decreto-ley, incorpora una nueva definición del término «clase» aplicable, conforme al artículo 134, a los supuestos en que el convenio llegara a arrastrar a acreedores privilegiados y no exclusivamente a los ordinarios, es imprescindible aclarar, para evitar mayores dudas, que la mención que se efectúa en el artículo 167 debe entenderse también referida a esta definición, que afecta a una pluralidad de acreedores beneficiados por la solución

cia dictada por Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de 28 de diciembre de 2012, que ya fue objeto de nuestro comentario⁴⁵, en la que textualmente se señala en su Fundamento de Derecho segundo *Como también lo es que el art. 1166 enuncia que [e]l deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Sin embargo, el tenor literal de dichos preceptos no debe interpretarse como excluyente de la posibilidad de aceptar la falta de ejercicio de la facultad de optar como expresión de un consentimiento tácito del acreedor concursal a la novación objetiva*. Por lo que la conversión de deuda en capital se configuro como una novación objetiva, pues

Así las cosas, no debe darse a la fórmula codificada –y a la jurisprudencia que, sin fisuras, la interpreta– un valor absoluto, máxime cuando responde a una concepción ius privatista bien alejada de los parámetros del concurso de acreedores, en que confluyen intereses públicos y privados que deben conjugarse adecuadamente, so pena de tutelar el derecho de crédito del acreedor más allá incluso de lo que su voluntad e interés alcanza. No parece arrojado, al modo de las presunciones del Derecho romano postclásico, atribuir el valor de un consentimiento tácito al silencio de un acreedor que, conociendo o pudiendo conocer que la propuesta aplicable en defecto de elección es la conversión de su crédito en acciones, no manifiesta su voluntad positiva contraria ejerciendo la facultad de elección que la ley le reconoce incluso después de aprobado el convenio (art. 102.2).

En el trasfondo de esta interpretación, que ya fue expuesta por la doctrina⁴⁶, se encontraba el hecho de que mediante la conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales (también denominada capitalización

concursal lo suficientemente amplia como para hacer equivalente el tratamiento a efectos de la sección de calificación. Se aborda, por tanto, una modificación del artículo 167 que clarifica las dudas interpretativas existentes en torno al término «clase». Este término puede implicar en una interpretación estricta, una referencia a la «clasificación legal» de los respectivos créditos, en los términos establecidos en los artículos 89 a 92 de la Ley Concursal, de suerte que solamente cuando todos y cada uno de los acreedores clasificados en el proceso concursal de la misma manera queden afectados por las quitas y esperas inferiores a lo que dispone el precepto, no procederá la formación de la sección de calificación. Sin embargo, la práctica judicial ha venido a darle un sentido más genérico, incluyendo en tal «clase» a un grupo de acreedores que reúnan características comunes aunque tal grupo no comprenda a todos los de la misma clasificación concursal, a los efectos del tratamiento otorgable en la sección de calificación respecto a propuestas de convenio no gravosas.

⁴⁵ http://commenda.es/detalle_trabajo/117/sjm-de-oviedo-28-de-diciembre-de-2012.-convenio-anticipado.-contenido-del-convenio-propuestas-alternativas-acceptacin-tcita-de-propuestas-alternativas-capitalizacin-de-deuda.html

⁴⁶ FLORES DOÑA, M.^a S., «Comentario al artículo 100», en *Comentarios a la legislación Concursal*, Vol. I, dir. Pulgar Ezquerro, J./Alonso Ledesma, C./Alonso Ureba, A./Alcover Garau, G., Madrid, 2004, p. 1012.

de deuda), se articulaba un cambio de objeto de la prestación debida, con lo que desde la perspectiva del Derecho de obligaciones estaríamos frente una *dación en pago*⁴⁷, *calificarla de este modo implicaba un consentimiento expreso a la operación*. Cuestión esta que no es reproducible en referencia al *crédito participativo*⁴⁸, utilizados en otro tiempo en los procesos de reconversión industrial, como vimos.

En realidad, la dación en pago entraba en contradicción también con el artículo 100.3 de la LC –convenios liquidativos–, como examinamos a continuación, aspecto este que últimamente ha sido modificado en Alemania, entre sus cambios más significativos, a través del *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* (ESUG – Ley para facilitar el saneamiento de las empresas)⁴⁹.

⁴⁷ De este modo la Audiencia Provincial de Oviedo, entiende la extinción de la garantía al haber aceptado la conversión del crédito en acciones «*Sentado lo anterior, cumple determinar si con el convenio al que voluntariamente se adhirió el ahora recurrente quedó extinguida la deuda que mantenía con la entidad concursada y la respuesta no puede sino ser positiva. Efectivamente, de la lectura del documento de adhesión resulta que la ahora recurrente se adhiere pura y simplemente a la propuesta de convenio concursal aprobada por el Consejo de administración de Club Deportivo Ourense, SAD, [...] eligiendo como fórmula aplicable a la totalidad del crédito o créditos que correspondan a su representada la opción señalada en la letra c) de la estipulación tercera, es decir; la conversión en capital social –folio 56 que representa parte de la escritura de adhesión al convenio de fecha 2 de mayo de 2007–. La lectura del convenio en lo que ahora interesa muestra cómo la fórmula utilizada por la recurrente para fundamentar su adhesión al mismo es la conversión en capital social de la deuda que sostiene con la concursada, sin quita o espera alguna –folio 128–. Esta situación entraña necesariamente la consideración de una verdadera dación en pago o datio pro soluto, figura que el Tribunal Supremo viene a considerar que opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor accepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (Sentencias de 19-10-1992 (RJ 1992, 8082), 26-6-1993, 2-12-1994 (RJ 1994, 9393), 8-2-1996 (RJ 1996, 952), entre otras). Nos encontramos, pues, ante un verdadero pago de la obligación garantizada por los avalistas articulada a través de la adhesión al convenio del concurso lo que determina la extinción de la obligación de éstos sin que afecten a tal efecto las alusiones plasmadas por el acreedor referente al mantenimiento de las garantías que ostenta frente a terceros por resultar inocuas frente al derecho de éstos a dar por extinguida su obligación por extinción de la deuda garantizada. De ahí que el artículo 135 citado remita a las reglas generales de la obligación de los avalistas el efecto que pudiera tener el convenio al que se adhirió el acreedor por lo que, en este caso, extinguida la obligación por dación en pago queda extinguida la obligación ahora reclamada desde la aplicación del artículo 1847 del Código Civil (LEG 1889, 27). De seguirse la tesis de la demandante se estaría habilitando al acreedor para percibir doblemente el importe de su crédito, de un lado mediante la percepción de las propias acciones sociales del deudor principal y, de otro lado, mediante el recibo del nominal del crédito frente a los avalistas» SAP Orense 14.01.2011 (AC 2011/287; Sentencia 6/2011; Rollo 195/2010).*

⁴⁸ Como vimos, sus particularidades han determinado que la doctrina, en su mayoría, destaque que nos encontramos ante un préstamo no enteramente típico, sino que las especialidades solo pueden ser explicadas si se califique a este contrato como mixto, donde sobre la base del préstamo, al que se le añade un pacto parciario, y cuya validez y posibilidad vienen respaldadas por el principio de autonomía de la voluntad del art. 1. 255 del Código civil.

⁴⁹ La solución despertó muchos recelos y opiniones encontradas sobre la imposición contra su voluntad en forma de acreedores se convirtieran en los «nuevos socios»; Véase las opiniones de los Expertos del Comité Jurídico en http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/12_Sanierung_von_Unternehmen/04_Stellungnahmen/index.html.

Ciertamente, nada en la dicción de la Ley concursal ayudaba a sacar adelante convenios de continuación, pues finalmente todo dependía de la voluntad expresa del acreedor.

Por otro lado, solo de forma excepcional podría transgredirse los límites que encorsetaban el convenio. Necesariamente ha de consistir en una quita o una espera que podrán proponerse por separado o cumulativamente, aunque en todo caso con los límites señalados respecto de los créditos ordinarios –límites de espera de 5 años y quita del 50%, establecidos en el artículo 100.1 LC–.

El primer requisito, de carácter previo, necesario para que una propuesta de convenio desborda los límites de espera de 5 años y quita del 50%, establecidos en el artículo 100 LC, y pese a ello no infrinja los requisitos de contenido del Convenio establecidos por la Ley, es la de que el Juez autorice la superación de tales límites. Por tanto, solicitada la superación de los mismos, expresamente dado el contenido de la propuesta acompañada, sin olvidar que esta autorización no es automática, sino que debe concederse excepcionalmente por el Juez, cuando, tras realizar un juicio valorativo de la propuesta de convenio, una vez concurren determinados presupuestos, estima oportuno autorizar sobrepasar tales límites, motivadamente.

El requisito subjetivo es el de que el concursado sea titular de *empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía*. Aunque la Ley se refiere al concurso de empresas, es claro que está utilizando este término con un significado subjetivo, esto es, como equivalente a empresario individual o societario. Pero la Ley no definía qué entiende por tener especial trascendencia para la economía, ni enumeraba, siquiera fuera a título de ejemplo, los casos en los que esa característica concurrían, ya que, necesariamente debe ser considerada en función del ámbito, tanto sectorial como geográfico dónde se circunscribe la concursada. Cuestión que no fue resuelta por la reforma de marzo de 2009 –que por el contrario si eliminó el requisito de previo de autorización de la autoridad administrativa económica competente– ni por la de octubre de 2011.

El requisito objetivo consistía en que el plan de viabilidad que acompañaba a la solicitud contemplara expresamente, como condición objetiva para esa viabilidad, la superación de uno o de ambos límites legales máximos. Para que el juez admitiera a trámite la propuesta de convenio es condición necesaria la objetiva viabilidad, esto es, que el plan de viabilidad contemplara la necesidad de una quita superior a la mitad del importe de cada crédito ordinario o de una espera superior a cinco años, o la necesidad de ambas, para poder cumplir el convenio con los recursos que generara la continuación total o parcial de la

actividad profesional o empresarial del deudor. Significaba ello que sólo era posible superar esos límites cuando, para atender al cumplimiento del convenio, se preveía contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, de la actividad profesional o empresarial, ya que sólo en este caso procede presentar el denominado plan de viabilidad (art. 100.5).

Era indiferente que la continuación de la actividad corriera a cargo del propio concursado o que sea un tercero –el asuntor– quien continúe, total o parcialmente, dicha actividad (art. 100.2-II, inciso segundo)–. La única diferencia radicaba en que, si la continuación de la actividad corría a cargo, total o parcialmente, de un tercero se exigía que, el juez, antes de admitir a trámite la solicitud, debía oír a los representantes legales de los trabajadores (art. 10.2-II, inciso tercero).

No obstante, además de las proposiciones de quita o espera, o combinación de ambas, la propuesta de convenio puede prever la transmisión de la empresa a un tercero, que asumiera las deudas y sustituya al concursado en su actividad empresarial⁵⁰. Es lo que ha venido denominándose los «convenios de continuación»⁵¹.

Estos convenios de continuación ya conocidos en la normativa anterior, debían detallar (aunque la ley no lo decía) el plazo y condiciones en que se producirá la enajenación. En el caso de transmisión de partes deberá determinarse en la propuesta las deudas afectas a la unidad productiva en cuestión cuyo compromiso de pago asume según lo previsto en el convenio⁵². Además

⁵⁰ Art. 100.2: *También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.*

⁵¹ Vid. *in extenso*, GARNACHO CABANILLAS. L., *El convenio de Asunción*, Colección Estudios de Derecho Concursal, Madrid 2014.

⁵² En orden a exigir una cierta seriedad a la propuesta de Convenio, ésta deberá presentarse acompañada de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado art. 100.4. Con el objeto de evitar la presentación de propuestas irrealizables, el plan de pagos se deberá determinar los medios con los que cuenta para cumplir con las obligaciones asumidas en el convenio, con lo que la propuesta presentada deberá acomodarse a los recursos disponibles para realizar los pagos a los acreedores. Estos recursos pueden ser propios del deudor o consistir en los que éste o los acreedores proponentes se comprometan a obtener de terceros. El artículo 100.4 de la Ley Concursal indica que el plan de pagos, que necesariamente ha de acompañar a toda propuesta de convenio, debe especificar «con detalle» los recursos previstos para el cumplimiento del convenio, incluidos los generados por la enajenación de determinados bienes o derechos del deudor. Se comprende por ello, que las propuestas de convenio presentadas en la fase común por los acreedores que, como veremos, pueden presentarse desde que transcurra el plazo de comunicación de créditos– difícilmente pueden ir acompañadas de un plan de pagos realmente fiable. En

del plan de pagos si contempla contar con los recursos que genere la continuación total o parcial de la actividad empresarial o profesional se deberá acompañar por un plan de viabilidad. A efectos de obligación de aportar el citado documento resulta indiferente que la continuidad quede en manos del concursado o de un tercero, a través de un convenio de continuación.

Efectivamente, el plan de viabilidad, al igual que ocurre con el plan de pagos, debía especificar los recursos necesarios para la continuidad de la empresa, así como de donde hayan de obtenerse aquellos recursos, aunque tratándose del plan de viabilidad, se refiere también a los rendimientos que se espera generar con la continuación total o parcial de la empresa. También habrán de incluirse en el plan de viabilidad los recursos que se comprometan a aportar terceros, cuyos créditos podrán ser objeto de un trato privilegiado en el convenio, anticipándose su pago al de los créditos concursales.

En realidad, el plan de viabilidad, no estaba concebido como una pieza de reorganización industrial, sino que más bien parecía responder a la necesidad de una mayor seriedad a la propuesta de pago formulada cuando los recursos previstos pretendan obtenerse con la continuación de la actividad empresarial. Incluso, el incumplimiento de las medidas del plan de viabilidad no era causa de resolución del convenio, salvo que implicara el incumplimiento del Convenio mismo. Es más la falta de concreción respecto su contenido lo convirtió en un mero formalismo⁵³.

Lo señalado ya fue objeto de nuestras críticas, pues, el convenio suponía un difícil corsé para la conservación de la empresa, que no cedía ante la finalidad exclusivamente solutoria –en dinero en efectivo como única solu-

consecuencia, se ha de precisar de dónde va a salir concretamente el dinero para pagar a los acreedores, indicando las fuentes de recursos que pueden consistir, según se especifica en el propio precepto, en ingresos de la propia actividad empresarial o profesional del concursado, en productos de la venta de bienes o en financiación supletoria obtenida de tercero o de acreedores (art 100.5), aunque pudiera consistir en cualquier otro tipo de recursos no especificados en el precepto. Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente (art. 99).

⁵³ Sentencia JM-1 Murcia 30.01.2007 (Incidente Concursal 388/2006), en el plan de viabilidad (condición SEGUNDA del convenio propuesto) se concreta que los recursos que se pretenden obtener para posibilitar la continuación de la empresa procederán de las enajenaciones de los bienes que resulten precisos para tal finalidad, fiscalizadas tales ventas, por la administración concursal. Por tanto, si bien es cierto que el plan de viabilidad, como ocurre con el plan de pagos, no tiene una redacción tan detallada como sería de desear, al especificarse que los recursos precisos para atender uno y otro han de obtenerse en todo caso con la fiscalización, por parte de la administración concursal, de las enajenaciones que sean precisas para ello, se entiende que sendos documentos (plan de pagos y de viabilidad) cumplen con las mínimas exigencias de contenido de los apartados 4 y 5 del art. 100 de la Ley Concursal, pues los administradores en tal caso y pese al cese de su cargo a que alude el segundo inciso del apartado 2 del artículo 133 de la ley Concursal, mantendrían aquella función encomendada en el convenio según les faculta el mismo precepto.

ción satisfactiva—. En lógica coherencia, la inserción del convenio de continuación en el sistema, obligaba a continuar pero no a la restructuración y recuperación de la empresa concursada. El compromiso –del asunto– no alcanza esto último, aunque naturalmente necesitará arreglar el pasivo, el restablecimiento del equilibrio y saneamiento financiero-patrimonial de la empresa. Ahora bien, la jurisprudencia interpretó la continuidad como sinónimo de actividad. De este modo, si el convenio trata de transmitir una empresa en marcha para que siguiera funcionando, así Auto JM-1 Málaga 09.07.2008 (Concurso 3031/2006):

Por último la situación del convenio propuesto no tiene viabilidad alguna en relación a la actividad de la sociedad en tanto nada se dice de esta y deja de ser operativo el convenio al respecto de la misma, permitiendo subsistir en el mercado sin actividad, tal y como obra en autos, y sin posibilidad de reactivación, sólo y exclusivamente porque un tercero se compromete al pago de las deudas al 80% lo que supone defraudar el sistema perseguido por la ley concursal de liquidación ordenada o reordenación de la sociedad según el resultado y convirtiéndose en un medio en el que el administrador de la sociedad se compromete al pago de las deudas societarias, novando subjetiva y objetivamente las mismas, pero reduciendo a través de dicha institución la cuantía de las mismas.

Lo señalado no evitaba que quedara en evidencia la defectuosa regulación, ya que nuestra LC no determinaba cuánto tiempo alcanzaba el compromiso de asunción y continuación con la actividad. La ley guardaba, además, silencio sobre dos importantes cuestiones: 1) si las acciones de reintegración de la masa que pudieran subsistir deben considerarse cedidas junto a la empresa. 2) en referencia a la asunción del pasivo, no se precisa si el adquirente responde o no de los créditos no reconocidos⁵⁴.

A pesar de ello, como ya pusimos de manifiesto en trabajos previos, un hecho destacable, que permitía un atisbo de la finalidad conservativa en el convenio era que el texto de la LC, no excluía que el adquirente fuera un acreedor (también debía firmar la propuesta (art. 99)⁵⁵. Para la doctrina, este hecho

⁵⁴ PULGAR EZQUERRA, J., interpreta el silencio que solo se producirá una cesión automática respecto de los créditos insinuados y, respecto de los no insinuados, solo y exclusivamente si el adquirente así los acepta. Con respecto de las acciones de reintegración, en términos generales, entiende la citada autora que deben considerarse cedidas. «Comentario al artículo 100», en *Comentarios a la legislación Concursal*, Vol. I, Dir. Pulgar Ezquerro, J./Alonso Ledesma, C./Alonso Ureba, A./Alcover Garau, G., Madrid, 2004, pp. 1020 y 1021.

⁵⁵ Art. 99 se formulará por escrito y firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente. De las propuestas presentadas se dará traslado a las partes personadas. Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de

debía ser interpretado conjuntamente con el artículo 103 de la LC dónde se prohíbe la cesión de bienes en pago o para pago de los acreedores, o cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado, pero no así la venta de la empresa o de determinadas unidades productivas⁵⁶. Tampoco existía cesión liquidatoria en la transmisión patrimonial en el marco de las operaciones societarias de fusión o escisión⁵⁷, en la medida en que salvaguardan tanta la continuidad de la sociedad fusionada, escindida⁵⁸ y, tras la reforma de octubre de 2011 del artículo 100.3⁵⁹, mediante cesión global de activo y pasivo⁶⁰.

Dejando ahora de lado que el art. 100.3 LC ha prohibido los convenios liquidativos, que eran las formas más habituales de dar por arregladas las suspensiones de pagos en España⁶¹, conforme al precepto mencionado, quedaba

terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente. 3. *Por lo que respecta a la necesidad de que el proponente –o su representante con poder suficiente– suscriba la propuesta acreditando la legitimación de la firma (artículo 99 LC), debe entenderse por cumplido tal requisito al haber sido plasmada la propuesta en instrumento público:* Auto JM-1 Madrid 16.11.2005 (AC 2005\2067).

⁵⁶ Vid. HUALDE LÓPEZ, I., *La Fase de liquidación en el proceso concursal*, Cizur Menor, 2008, pp. 306 y ss.

⁵⁷ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en AA. VV. *Derecho de Sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*, Dir. Embid Irujo, J. M./ León Sanz, F. J., pp. 597-609, Granada, 2011; LARGO GIL, R., «el convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, Sección Estudios, Segundo semestre de 2008.

⁵⁸ Vid. *in extenso*, LARGO GIL, R., «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, Sección Estudios, Segundo semestre de 2008, p. 87.

⁵⁹ Tras la reforma vid. *in extenso*, ARANGUREN URRIZA, F. J., «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011», en AA. VV., *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*, Coord. Garrido de Palma, V., Valencia, 2011.

⁶⁰ Nótese, como el legislador adoptó una posición bastante más clara cuando reformó el régimen jurídico de las denominadas Modificaciones Estructurales de las sociedades de capital a través de la Ley 3/2009 de 3 de abril. En ella la exigencia de unidad económica como eje vertebrador de estas operaciones, deja fuera cualquier duda sobre la apreciación del interés general en la conservación de las empresas (Vid. Sobre el mismo ALONSO UREBA, A., «La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización y régimen», *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 33, año 2009-2, especialmente, pág. 26; ALONSO UREBA, A./RONCERO SÁNCHEZ, A. «La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de Modificaciones Estructurales», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 34, 2010, especialmente pp. 274 y 275).

⁶¹ Vid. las observaciones críticas realizadas por la doctrina en CARRASCO PERERA, A./ MORATIEL PELLETERO, E., «Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria» *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 614 (Comentario), 2004; igualmente crítica LARGO GIL, R., «el convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, *op. cit.*, *La LC prohíbe expresamente los convenios de liquidación, frecuentes con el régimen anterior, en aras de mantener su carácter de solución conservativa y de evitar manipulaciones en perjuicio de algún acreedor. Se ha optado por la limitación del contenido del convenio, por su moralización para evitar daño*

clara la voluntad del legislador de rechazar todas aquellas propuestas que lleven aparejadas cualquier forma de liquidación global del activo de la concursada, de la transmisión en conjunto de los bienes y derechos que integran la masa activa, es decir, la liquidación como un todo del patrimonio concursal, de los bienes y derechos que conforman el haber destinado a satisfacer al conjunto de los acreedores.

Por tanto, en palabras de la Profesora Pulgar Ezquerra, *J la taxativa prohibición de cláusulas de cesión de bienes en pago o para pago contenida en el art. 103 debe matizarse, pudiendo sostenerse que lo que resultan prohibidas en la Ley son aquellas cesiones de bienes a los acreedores que puedan convertirse en instrumentos de liquidación abordada al margen de la liquidación global, esto es, las que pueden conllevar una despatrimonialización en bloque del deudor, pero no aquellas otras que permiten la subsistencia de la empresa, lo que acontece en todo caso en que la cesión cumple las condiciones exigidas en el art. 100.2, apartado 2 LC, esto es, hay cesión global del activo y del pasivo y compromiso firme y justificado de continuidad empresarial, desapareciendo así todo el riesgo de que la cesión sea liquidativa*⁶².

A este respecto acertadamente se matizó⁶³ que a pesar de la aparente similitud que puede existir entre ambas figuras cuando son los acreedores los que en el convenio de asunción asumen los bienes y derechos del concursado lo que la LC prohíbe es una *datio pro soluto* mediante la cual se produzca una transmisión directa a los acreedores de los bienes del concursado para que éstos apliquen los bienes recibidos a la extinción de sus créditos.

En el convenio de asunción, aunque existe una transmisión global de los bienes y derechos del concursado al asumente esto no supone una liquidación de la empresa, ya que esa transmisión se hace a cambio de que el acreedor asuma la obligación de pago de los créditos y continúe desarrollando la actividad propia de la empresa que se le ha transmitido.

Además, la Ley concursal, tal y como se señaló⁶⁴, tampoco tutelaba y admitía aquellos convenios de continuación, en los que, en caso de incum-

a los acreedores –de unos en beneficio de otros–. El legislador se ha excedido en la limitación de la autonomía privada de las partes. Es uno de los factores impeditivos para la adopción de la solución solutoria negociada y conservativa que es el convenio. Ya hay vías en la LC para evitar los riesgos que se trata de atajar.

⁶² PULGAR EZQUERRA, J., «Comentario al artículo 100», AA. VV., en *Comentarios a la legislación Concursal*, Vol. I, Dir. Pulgar Ezquerra, J./Alonso Ledesma, C./Alonso Ureba, A./Alcover Garau, G., Madrid, 2004, pp. 1028 y 1032.

⁶³ ALONSO LEDESMA, C., «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal». *eprints UCM*, Julio 2011.

⁶⁴ ROJO, A., «Comentario del art. 100», en AA. VV., *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por ROJO, A./BELTRÁN, E., Vol. II, Madrid, 2004, p. 1.895, *tampoco se encuentra prohibido aquel convenio en*

plimiento, se atribuya la facultad de enajenar del conjunto de la masa activa para pagar a los acreedores con el producto obtenido de esa liquidación. Si ello se permitiese, estaríamos dando lugar a un fraude de ley, al tratar de justificar una liquidación mediante el abuso de la dicción literal de la normativa. Distinto es el supuesto en que, partiendo de un convenio de continuación, se establezca la dación de determinados y concretos bienes del activo concursal, que no afecten de forma global a éste. Aunque en este supuesto deberá hacerse un análisis de la cantidad y entidad de los bienes objeto de dación, para apreciar si existe esa liquidación encubierta o no⁶⁵.

En realidad como ya se ha apuntado, las daciones en pago no siempre son liquidatorias para la empresa, sino que pueden utilizarse para continuar la actividad empresarial y mantener el empleo, cuando la continuidad no cabe con el deudor –su titular–. Además, las daciones para pago y las cesiones pro soluto liquidatorias, no son lo injusto en sí, puesto que el interés de la masa pasiva y el concursado puede satisfacerse de modo más rápido y ahorrativo a través del mecanismo pacticio, que a través del plan de liquidación de la administración concursal (en cualquier caso, al excepcionarse el supuesto de fusión o escisión de personas jurídicas no es difícil camuflar una cesión a los acreedores mediante tales vías)⁶⁶.

Sobre ello pesaba la misma problemática que sobre el pacto comisorio, como vimos. De hecho como señaló por la doctrina el legislador dudó en la propuesta de anteproyecto de mayo de 2010 en la que simplemente se añadía un nuevo párrafo al art. 100.1 LC para decir que la propuesta de convenio podía consistir en la cesión en pago o para pago de bienes o derechos a favor de acreedores con privilegio especial que se adhieran al mismo, pero no se modificaba el art. 100.3 LC.

No obstante, el anteproyecto de diciembre de 2010 cambia el planteamiento y opta por modificar sólo el art. 155.4 LC en términos parecidos a los de la redacción definitiva en este punto, salvo una interesante disyuntiva entre la solicitud del acreedor y el contenido el convenio, donde se presentaban

el que se prevé la cesión de elementos aislados, no afectos a un establecimiento, a una explotación o a cualquier otra unidad productiva, a uno o varios acreedores... Lo que la Ley prohíbe son las cesiones globales de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de los créditos concursales; y no las cesiones singulares de bienes y derechos integrados en la masa activa.

⁶⁵ TAPIA LÓPEZ, J. M.³, «El convenio», en AA. VV., *Tratado judicial de la insolvencia*, dirigido por PRENDES CARRIL, P./MUÑOZ PAREDES, A., Vol. II, Cizur Menor, 2012, p. 425, *el art. 100 prohíbe las cesiones totales de bienes, así como las parciales que impidan la continuación de la actividad empresarial por afectar a bienes necesarios para ello, caben, sin embargo, las singulares que tienen por objeto bienes que no son necesarios para la conservación de la empresa.*

⁶⁶ ETXARANDIO HERRERA, E. J., «El convenio concursal», AA. VV., *Manual de Derecho Concursal*, Madrid, 2009.

como situaciones distintas. El informe sobre este texto del CGPJ revela claramente la finalidad de la medida: *este régimen puede resultar beneficioso para el acreedor privilegiado en cuestión pero quizás no tanto para los acreedores ordinarios y el propio concursado, ya que eliminará la posibilidad de aportar a la masa activa numerario sobrante en caso de realización del bien por un valor superior al del crédito de que se trate*. Este mismo informe destaca que se trata de una importante excepción a la regla del art. 100.3 LC... de ahí que se recomiende introducir alguna salvedad al respecto en ese precepto. Suponiendo que en el pasado hubiera sido posible acordar con el acreedor una dación en pago de la deuda, o la venta a un tercero para su cobro, ninguna de estas modalidades constituiría realmente una realización de la garantía, con sus consecuencias en orden a la cancelación de cargas posteriores.

En cambio, ahora, como pasamos a ver, el acreedor tiene la opción de asegurarse una mayor flexibilidad en el cobro, con todas las consecuencias de una realización forzosa, especialmente las cancelatorias, pero sin acudir a ella, con tal que la dación o venta directa venga prevista en el convenio, incluso, en este último caso, como efecto del propio convenio, aunque parece difícil que sólo su eficacia ya produzca el efecto traslativo, para lo que será necesaria la intervención posterior del concursado⁶⁷.

⁶⁷ CABANAS TREJO, R., «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso de acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, Sección Estudios, Segundo semestre de 2013, p. 12, sigue añadiendo en la p. 15 *Pero el nuevo texto del art. 155.4 LC hace dudar del alcance de la cesión en pago o para pago al acreedor o persona que él designe, en cuanto a su posibilidad fuera del convenio. Como quiera que el párrafo segundo se refiere a la realización concursal fuera del convenio, es decir la que tiene lugar en dicha fase de liquidación, de aceptar que la previsión normativa agota el supuesto de hecho, como alternativa a la subasta en la liquidación sólo sería posible la venta directa, pues el precepto inequívocamente se refiere a una transmisión inmediata a cambio de un precio. Para encajar la cesión del bien en las reglas supletorias de la liquidación habríamos de entender que el primer párrafo incorpora dos supuestos distintos, uno referido a la liquidación y dependiente de la solicitud de la administración concursal, y el otro para el acreedor que esté dentro del convenio, pero en ambos casos con toda la panoplia de negocios traslativos que a continuación indica la norma. Pero la gestación de la reforma de 2011 apunta en la dirección de que el consentimiento del acreedor privilegiado, necesario para llevar a cabo la cesión en/o para pago a favor de él mismo o de otra persona que designe, sólo se ha previsto como tal en el ámbito del convenio, pues la opción recogida en el anteproyecto de diciembre de 2010 entre la solicitud del acreedor o por hacerlo dentro del convenio, se ha sustituido en el texto final por la referencia exclusiva a la solicitud del acreedor dentro del convenio. Una interpretación diferente podría llevar a que el juez impusiera al acreedor la cesión por la mera solicitud de la administración concursal, ni siquiera con su audiencia, lo que parece inadmisibles, pues estaría obligando al acreedor a recibir un bien concreto —con gastos de adquisición— en lugar del pago contractualmente previsto, también contra su voluntad expresa. Esto no excluye un resultado equivalente a la cesión en pago mediante una oferta o postura del mismo acreedor por el importe de la deuda, siempre que no haya otra mejor, pero sí que resultaría muy poco compatible con la liquidación concursal que se hiciera mediante una cesión para pago...*

2.2 «Convenio conservativo» como solución preferente del concurso tras las reformas

En definitiva, tras lo expuesto, y a pesar de las rigideces del diseño del convenio en nuestra LC, quedaba abierta la posibilidad de un convenio de continuación incluso, como ya pusimos de manifiesto en trabajos previos, para facilitar la continuidad de la empresa concursada en manos de sus trabajadores, directivos y demás colectivos interesados en la marcha de la empresa (a los que se les podría dar cabida a través de las distintas figuras que contemplan nuestras leyes como socios de capital).

Naturalmente, constituidos previamente en sociedad cooperativa o laboral las cuales asumirán el papel de asuntoras y en dicho marco la capitalización de sus créditos y una refinanciación de la deuda que incluso podría venir del propio sector o de algún organismo público⁶⁸. Lo señalado gozaba de un cierto incentivo tras las reformas, al considerar, expresamente, el que los créditos nacidos tras la aprobación del convenio se consideraban contra la masa en caso de apertura posterior de la fase de liquidación.

Pese a ello, eran más las trabas legales lo que pesaba y como ya indicamos en trabajos previos, y a lo largo de este trabajo el legislador se vio desbordado por una realidad que superaba los límites del contenido del convenio y que lo empujaba a una redefinición ineludible de su misión en el tablero concursal. Ello se evidenció en la complejidad de las soluciones, –las más de las veces instrumentadas en daciones en pago– a la que se vieron obligados nuestros operadores jurídicos para intentar superar la contradicción que suponía contar con un instrumento como la liquidación concursal, o la vía del artículo 43 de la Ley Concursal (LC), como más óptimos que el convenio para conservar empresas, lo cual hizo temblar los fundamentos de nuestro sistema concursal diseñado en 2003⁶⁹.

⁶⁸ PASTOR SEMPERE, C., «Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la “responsabilidad social concursal”» *Revista Deusto Estudios Cooperativos*, núm. 2, 2013.

⁶⁹ La dación en pago neutralizaba las negativas consecuencias que podrían derivarse de una ejecución separada, puesto que el banco podría llegar a adjudicarse el inmueble por el 50% de su valor de tasación, quedando parte de la deuda insatisfecha en la subasta. Sin embargo, el consentimiento de los bancos a la hora de llevar a cabo una dación en pago resulta un elemento no exento de polémica jurisprudencial, ya que ¿era posible imponer la dación ante la inactividad de la entidad de crédito? El Juzgado de lo Mercantil núm7 de Madrid consideraba que en caso de no oponerse a la aprobación del plan, ni haber planteado recurso de apelación, debe entenderse que la entidad de crédito ha consentido la misma. Se entendió que la pasividad de las entidades de crédito ante la aprobación de un plan de liquidación debe considerarse como una autorización tácita a las operaciones en el contenidas, ya que de lo contrario, se restaría efectividad a la resolución judicial que autoriza dicho plan. Por tanto, siendo firme el Auto que aprueba la dación en pago, en el marco de una propuesta de liquidación, la voluntad expresa del acreedor hipotecario

Lamentablemente no solo fue una cuestión de técnica legislativa. Tampoco resultaron de ayuda algunas interpretaciones del Derecho Concursal que podríamos calificar como poco favorables a la conservación de empresas y su instrumento la dación en pago, y en este sentido es destacable DGRN en sus resoluciones RDGRN de 27 de febrero de 2012 y 18 de abril. La primera señala expresamente *la Ley mira con recelo la admisión de una dación en pago de deudas concursales a un acreedor en fase de convenio, sin distinguir si se trata de una dación en pago de un bien concreto o de una liquidación global, por lo que el precepto comprende ambos supuestos.*

En esta idea insiste de nuevo la DGRN en la segunda resolución de 18 de abril, dejando muy claro que no entra a fondo en el tema, sólo porque ambos registradores habían asumido en sus calificaciones que la dación era inscribible, pero la DGRN no disimula su desagrado por dicho negocio en esta fase del concurso. Como se ha señalado acertadamente⁷⁰ *sorprende tanto la enfática declaración de la resolución impugnada de que tampoco es posible la dación en pago de un bien concreto, declaración por lo demás inútil y claramente impertinente. Si el juez del concurso ha aprobado un convenio que contempla la realización de este tipo de cesiones, la opinión de la DGRN nunca podría ser tomada en cuenta por un registrador para no inscribir la cesión, precisamente porque el convenio ha sido aprobado judicialmente, quedando su escrutinio fuera del ámbito que a la calificación registral reconoce el art. 100 RH*⁷¹.

debe ceder ante la aprobación judicial de la liquidación efectuada en atención a todas las observaciones y alegaciones vertidas en el procedimiento concursal por todas las partes interesadas.

⁷⁰ CABANAS TREJO, R., «Convenio concursal y Registro de la propiedad (RDGRN de 27 de febrero de 2012)», *Diario La Ley*, núm. 7883, *Sección Doctrina*, 19 Jun. 2012, Año XXXIII, Ref. D-249.

⁷¹ Con respecto a las daciones singulares de bienes en pago a los acreedores nos indica CABANAS TREJO, R., «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso de acreedores», *RcP*, núm. 19, *Sección Estudios*, Segundo semestre de 2013, p. 11. *Es algo que venía admitiendo la doctrina y la práctica sin mayores problemas, siempre que tuviera por objeto bienes aislados no necesarios para la conservación de la empresa, o no afectos a un establecimiento, a una explotación o a cualquier otra unidad productiva. La segunda es que el deudor en la fase de cumplimiento del convenio, hallándose en una situación de falta de liquidez, y precisamente para cumplir con los pagos establecidos en el convenio, haya acordado con alguno de los acreedores la entrega de un determinado bien no afecto a su actividad como forma de saldar la deuda, pero en el importe rebajado que resulta del convenio. Es una decisión gestora del concursado, para la cual está plenamente habilitado una vez ha recuperado el manejo de su empresa por mor del convenio, lógicamente bajo su exclusiva responsabilidad, pues el juez del concurso no puede autorizar con carácter general actos de disposición por razones de oportunidad (art. 192.3 LC), y mucho menos cuando ya ha cesado la administración concursal, aunque sea de forma provisional y expectante. Esta dación no ha de suponer una ventaja para el acreedor adjudicatario, de ahí que deba hacerse por un valor del bien ajustado al que figure en el inventario del concurso, pero el control de mérito no es preventivo con ocasión del otorgamiento de la escritura y su consiguiente inscripción, sino posterior en caso de incumplimiento del convenio y apertura de la fase de liquidación. Su falta de previsión en el plan de pagos tampoco es obstáculo insalvable, siempre que no suponga una liquidación global. No obstante, la Resolución de 27 de febrero de 2012 mira con recelo la admisión de una dación en pago de deudas concursales a un acreedor en fase de convenio, pues entiende que la LC no distingue si se trata de una dación en*

Por ello fue necesaria una nueva reforma a poco menos de un año de las otras reformas del precurso de acometidas en la Ley de emprendedores 2013 y en el RD-L de 8 de marzo de 2014, siguió esta gran reforma de nuevo vía RD-L. *En definitiva se trató en la práctica progresista de algunos operadores, y se trata ahora por nuestro legislador, de una reorientación y reestructuración del concurso hacia la nueva finalidad del concurso, ya de una forma más nítida y sin ambages, la conservación de empresas*⁷².

Finalmente, otra gran reforma por Ley 9/2015, de 25 de mayo, *de medidas urgentes en materia concursal* (BOE núm. 125, martes 26 de mayo de 2015, Sec. I. Pág. 4387) en la que se aborda la extensión de las premisas anteriores recogidas en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, que flexibilizó el régimen de los convenios concursales, al propio convenio concursal.

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 9/2015, *Desde esta perspectiva, las modificaciones que se introducen en esta materia tienen en última instancia la misma finalidad que las relativas al convenio concursal: facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general*. Además de lo anterior, la Ley 9/2015 aprovecha para adoptar una serie de medidas para

pago de un bien concreto o de una liquidación global, por lo que el precepto comprendería ambos supuestos. Esta postura puede verse reforzada por la incorporación reciente al art. 100.3 LC de la que aparenta ser la única excepción a la prohibición de cesión, en concreto cuando se trate de bienes afectos a créditos con privilegio especial, medida claramente pensada para las entidades de crédito en el concurso de empresas promotoras, pero que arriesga en su formulación literal con poner en peligro la tímida flexibilidad lograda en la interpretación de la norma anterior. Interesa por eso su estudio, no sólo en relación con la transmisión del bien afecto, también por su incidencia en el supuesto general.

⁷² De este modo el legislador en la propia exposición de motivos indica VII. *En las medidas que se adoptan en el presente real decreto-ley concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución como presupuesto habilitante para recurrir a esta figura normativa. La urgencia viene determinada por la necesidad de garantizar la plena coherencia del conjunto de la normativa concursal después de las novedades introducidas en el régimen de los acuerdos de refinanciación por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo.*

Al igual que en la fase preconcursal, la viabilidad futura de parte del tejido empresarial que está o que estará de forma inminente en concurso depende, en gran medida, de la flexibilización del convenio concursal tanto por lo que se refiere a su contenido como por la extensión de sus efectos. Con las modificaciones introducidas, las empresas y sus acreedores contarán con más instrumentos de reestructuración y refinanciación de la deuda. Además, la extensión de efectos a todos los acreedores privilegiados, si concurren las mayorías previstas por clases, garantizará un sacrificio proporcional de todos ellos facilitando el saneamiento financiero de las empresas que podrán de este modo continuar con su actividad empresarial. De no abordarse esta modificación, se mantendrá el concurso como lo que es en la actualidad en la mayoría de los casos, es decir, un proceso de liquidación ordenada del patrimonio del deudor y no una alternativa real para reestructurar la deuda y asegurar la viabilidad de las empresas.

flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad, ya que en la actualidad existen algunas trabas, que, bien durante la tramitación del proceso concursal, bien cuando la liquidación del concursado sea inevitable, están dificultando su venta.

Pues bien para ello, se trata de subsanar algunos de los defectos que pusimos de manifiesto en el anterior epígrafe en materia de convenios concursales. Se introducen previsiones adicionales respecto a los efectos del convenio en el artículo 100, en lo referente a posibilitar los convenios de continuación, no obstante, el contenido del convenio sigue siendo el mismo; la quita y espera, sin que la capitalización de la deuda deje de ser un contenido alternativo⁷³.

Y ello porque, al igual que se hace en la disposición adicional cuarta, se señala que los acuerdos de aumento de capital requeridos cuando se trate de capitalización se adoptarán con las mismas mayorías previstas en dicha disposición adicional. También se efectúa una remisión al régimen general de transmisión de unidades productivas a lo dispuesto en el artículo 146 bis, lo que implica, con determinadas excepciones, su adquisición libre de obligaciones preexistentes impagadas. Además se facilita la dación en pago de bienes con determinadas cautelas destinadas a evitar comportamientos fraudulentos⁷⁴.

⁷³ Se modifican los apartados 1, 2 y 3 del artículo 100, que quedan redactados en los siguientes términos:

1. La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas.

2. La propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones alternativas, se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

En caso de conversión del crédito en acciones o participaciones, el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá suscribirse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos son líquidos, están vencidos y son exigibles.

⁷⁴ Se señala textualmente, También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 146 bis.

Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.

3. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran

La finalidad es favorecer la transmisión del bien, ante la previsible falta de postores en las subastas y maximizar su valor, obviando los costes de ejecución. Para ello ha sido necesaria una rotunda formulación expresa de la excepción, pero no ha de significar que sea la única posible en la regla del art. 100.3 LC, con pérdida de la tímida flexibilidad que antes de la reforma se había logrado en la interpretación de la norma para supuestos distintos, y por completo ajenos al privilegio especial, como vimos.

Efectivamente, las daciones en pago de bienes realizadas en el marco de un convenio concursal se convierten de este modo en una importante excepción, que incluso al afectar a bienes que están sujetos a un procedimiento legal de realización –que ahora se elude–, va más allá de la anterior prohibición de un determinado contenido del convenio–, pues también incide sobre el régimen de la garantía misma, sus consecuencias en orden a la cancelación de cargas posteriores, aproximándola en alguna de sus variantes al pacto comisorio⁷⁵.

Hay que insistir en el hecho de que todas las medidas introducidas en las operaciones de dación en pago, respecto al valor razonable de los bienes, de las garantías y la dación en pago de bienes sujetos a ellas, tienen su efectividad en relación con *el procedimiento concursal pero no implican alteración del valor de los bienes, ni de las garantías registradas ni de las reglas establecidas para su ejecución fuera del concurso*.

De ahí la nueva redacción del artículo 100.3:

En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada. Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme

acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada.

Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4.

En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos.

⁷⁵ CABANAS TREJO, R., «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso de acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, Sección Estudios, Segundo semestre de 2013, p. 12.

*a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4. En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos*⁷⁶.

Entendemos que de este modo, al menos desde la perspectiva del derecho de obligaciones, se ha rescatado de nuestra tradición romanística a la hora de buscar instrumentos para salir de la crisis, pues con la introducción de las mayorías de arrastre, prácticamente se impone una *datio in solutum necessaria* al disidente/arrastrado dentro de del convenio de continuación. La dación en pago, aun con la oposición del acreedor, no es, por tanto, algo ajeno ni puede considerarse como un elemento que distorsiona nuestro sistema de Derecho Privado, como vimos al abordar la *datio justiniana* –que es la que tiene lugar cuando la ley obliga al acreedor a aceptar la prestación sustitutiva ofrecida por el deudor, eso sí, siempre que se den los presupuestos exigidos legalmente y se cumpla el procedimiento–. Ahora bien la otra clave del éxito descansa en el juicio sobre la viabilidad de la empresa que es la que debe convencer a la mayoría para que acepte los términos del convenio y justifique estas daciones.

Y este es el capítulo que nuestro legislador no ha sabido afrontar. Simplemente se recoge una de nuestras viejas propuestas de *lege ferenda* que ya manifestamos en los primeros pasos de la Ley concursal y que requería un nuevo concepto de Administración Concursal, su profesionalización, sobre un aspecto fundamental en cuanto a su función; su valoración de la situación patrimonial

⁷⁶ CABANAS TREJO, R., «Una nueva reforma de la legislación concursal (RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal)», *Diario La Ley*, núm. 8406, Sección Doctrina, 24 de octubre de 2014, Año XXXV. La reforma que ahora se introduce facilita la cesión en pago de bienes con carácter general, pero sujeta a determinadas cautelas destinadas a evitar comportamientos fraudulentos, y deja fuera de su ámbito a los acreedores garantizados que siguen sometidos a la regla especial del art. 155.4 LC. No podrá tratarse de bienes o derechos que resulten necesarios (no meramente afectos) (10) para la continuación de la actividad profesional o empresarial, extremo que podría aclararse en el mismo convenio mediante su identificación, aunque sea genérica, para no depender en cada caso de un pronunciamiento del juez. Por otro lado será necesario determinar su valor razonable en la forma antes indicada para el valor de la garantía, es decir, que no sirva el valor que figure en el inventario del concurso, sino que será necesaria una valoración específica para la cesión, a la cual se podría aplicar el límite genérico de seis meses para asegurar una mínima actualidad. Cuando se trata de experto independiente la solicitud de nombramiento por el juez habrá de hacerse por el mismo concursado, pues ha cesado la administración concursal. Es poco probable que coincidan exactamente el valor y la deuda y lo normal es que haya diferencias en menos o en más. En el primer caso la cesión habría de ser en pago parcial, salvo que el mismo acreedor acepte dar carta de pago por el total, en lo que supondría una renuncia a la diferencia. En el otro caso el acreedor ha de cubrir la diferencia a favor del concurso, en lo que no deja de ser un precio, cuyo importe deberá integrarse en la masa activa. Aplicando las mismas cautelas, tampoco veo inconveniente en la otra posibilidad de cesión en pago antes indicada, aunque no se hubiera contemplado expresamente en el convenio, pero con el consentimiento expreso del acreedor.

nial de la empresa que debería tener un contenido prospectivo dirigido a la conservación de la empresa y su juicio sobre su saneamiento, salvamento o recuperación de la empresa que, naturalmente, pasaría por un replanteamiento del Informe que realiza la administración concursal⁷⁷. Bienvenida sea, pues, la nueva redacción del artículo 75 de la LC que incluye un número 5.º al apartado 2 del artículo 75, en los siguientes términos: 5.º *Valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación.*

Pero debe precisarse; el legislador no está incluyendo en el concepto de dación en pago del artículo 100.3, los acuerdos de aumento de capital requeridos, cuando se trate de capitalización que se adoptarán con las mismas mayorías previstas en la disposición adicional cuarta. Es importante destacar que estamos ante una *datio in solutum*, que más bien parece reproducir los caracteres de la llamada *datio in solutum necessaria* –al que ya nos referimos al tratar los acuerdos de refinanciación–, y decimos no necesaria, porque siempre se ha de respetar la opción por la quita alternativa⁷⁸.

Es evidente que con carácter general, la singularidad del convenio está en que su eficacia novatoria se impone a todos los acreedores afectados, en particular los ordinarios y los subordinados, y eso no pasa por la adhesión individual de cada uno, sino por la obtención de la mayoría necesaria con arreglo al procedimiento establecido y la posterior aprobación judicial. En los términos del convenio esos créditos quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio (art. 136 LC).

Como indica la doctrina las dudas surgen cuando se pretende cambiar la naturaleza de la prestación debida al acreedor, por ejemplo con una dación en pago, y muy especialmente para convertirlo en socio de la sociedad deudora⁷⁹.

⁷⁷ Ya apuntábamos que a modo del *Insolvenzplan* alemán. PASTOR SEMPERE, C., «Las cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal (art. 75 de la Ley Concursal)», en AA. VV. *Gobierno Corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Madrid/Barcelona, 2006.

⁷⁸ Otra cosa bien distinta es la alteración sufrida desde el lado societario, lo cual sí que podemos considerar como una verdadera introducción de la *datio in solutum* necesaria, desde el lado del deudor. Sobre ello nos remitimos a nuestras observaciones al hilo de los acuerdos de refinanciación y la conversión de los créditos en acciones.

⁷⁹ CABANAS TREJO, R., «Una nueva reforma de la legislación concursal...», cit. *En el caso de los acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes (rectius, importe del crédito reconocido con privilegio especial) sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase. En el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase. Tratándose de acreedores garantizados, la conversión del crédito en otro activo implicará la pérdida de la garantía. En relación con la anterior paradoja, la duda está en*

Aquí ya no hay vuelta atrás, porque se ha producido no solo la extinción del crédito, produce eficacia el efecto traslativo de la propiedad del bien objeto de la dación. Y ello, no solo se deriva de la naturaleza jurídica de la dación ya examinada en capítulos precedentes. En realidad, solo de este modo puede articularse la finalidad que persigue el legislador en esta profunda reforma para dar seguridad jurídica y liquidez al mercado y la posibilidad de que los acreedores se puedan desvincular de la suerte que corra la empresa concursada viable y obtener una liquidez inmediata. Simplemente, con la venta de sus créditos convertidos en acciones, o de los bienes objeto de dación. Operación que como se ha dicho, no tendría vuelta a tras, incluso ante un eventual incumplimiento del convenio.

Determinante ha sido también, la determinación del valor de una garantía real al margen y con independencia de su efectiva realización, que no sólo ha de servir para que el acreedor privilegiado se vea arrastrado en determinados casos por el convenio, también puede suponer una limitación efectiva del privilegio en otros escenarios concursales, y esto aparentemente es lo que hace el nuevo art. 90.3 LC cuando dispone que *el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores*, de tal modo que el importe del crédito que supere el reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza.

Como se ha señalado *no es sólo que un hipotético convenio ahora le pueda afectar, es que ya no tiene asegurada la consideración de privilegiado por todo su importe –o hasta la cifra de responsabilidad– a lo largo del concurso y en todas las situaciones posibles*⁸⁰. La determinación del valor de la garantía no es, por tanto, un recorte del crédito garantizado. Es simplemente una valoración diferenciada del derecho principal y del derecho accesorio, que permite

cómo interpretar el inciso sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior. En concreto, si sólo ha de significar que las mayorías adicionales siempre presuponen un acuerdo básico adoptado por el pasivo ordinario con el contenido que se quiera extender, o si debe imponerse también aquí la excepción de los acreedores públicos y laborales. Me inclino por la primera interpretación, ya que si la vinculación estuviera limitada a dos de las cuatro clases, el precepto se habría tenido que expresar de otro modo, y al hablar sin más de clases, según la definición del art. 94.2, se han incluir las cuatro. El precio a pagar es el de la paradoja denunciada. Por último, cuando se trate específicamente de la cesión en pago de bienes afectos a una garantía, se ha de estar a la regla especial del art. 155.4 LC. En este caso el convenio podrá prever la sustitución de la ejecución separada en cualquiera de sus modalidades por la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor o la persona que él designe. El aspecto que ahora interesa destacar es que así se hará a solicitud del propio acreedor, es decir, no es posible imponer a estos acreedores la cesión en pago, que habrá de contar siempre con su consentimiento. No deja de ser otra paradoja, pues este mismo acreedor puede verse obligado a convertir su crédito en otro tipo de activo, sin garantía.

⁸⁰ CABANAS TREJO, R., «Una nueva reforma de la legislación concursal (RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal)», *Diario La Ley*, núm. 8406, Sección Doctrina, 24 de octubre de 2014, Año XXXV.

aclarar qué parte del mismo se beneficiará del derecho accesorio y cuál no, debiendo en la segunda recibir el mismo trato que corresponda al crédito según su naturaleza. A estos efectos debe considerarse que, en caso de liquidación o incluso de ejecución singular del bien hipotecado, el acreedor recibirá como mucho el valor de la garantía. Del resto de crédito no cubierto por la garantía, no cobrará más que aquella parte que hubiera quedado indemne en el convenio, aunque muy probablemente menos en un contexto de liquidación y no de empresa en funcionamiento⁸¹.

Como vimos, en el capítulo tercero, se sigue manteniendo un principio que parece no solo el más razonable desde el punto de vista económico sino que también es una síntesis de las reglas vigentes en nuestro Derecho acerca de la purga de las garantías posteriores, del mantenimiento de las preferentes y de la atribución del eventual sobrante en caso de ejecución por parte de alguno de los titulares de garantías reales. Parece, en efecto, difícil cuestionar que para obtener el verdadero valor de una garantía es necesario deducir del valor razonable del bien sobre el que ésta recae el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien. También parece una regla de prudencia reducir dicho valor razonable en un diez por ciento por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje.

Consecuencia de lo señalado es la inevitable ampliación del quórum de la junta de acreedores. Pero si la novedad principal residió, como solución importada de otros ordenamientos concursales, en lo que se refiere a las votaciones y mayorías en el convenio y la ampliación de la capacidad de arrastre de los acreedores disidentes en determinadas circunstancias. Ahora, se intenta favorecer la liquidez de los créditos concursales, descargando estas operaciones de su presunción de fraude.

En definitiva, será el propio acreedor cedente el que valore si el sacrificio o descuento exigido para ello es aceptable y será el acreedor cedido, habitual-

⁸¹ Así el legislador nos vuelve a recordar en la Exposición de motivos de la Ley 9/2015 que: *Piénsese que de no adoptarse una medida como la presente resulta que los créditos privilegiados pueden multiplicarse ad infinitum cuando su garantía recae sobre un mismo bien, sin que el valor de dicho bien se vea en absoluto incrementado. Por poner un ejemplo práctico, hoy por hoy es posible tener cinco hipotecas de 100 sobre un bien que vale 100, llegándose así al absurdo de tener un pasivo privilegiado a efectos concursales por 500 garantizados por un bien que vale 100. No debe olvidarse, por otro lado, que uno de los principios que debe necesariamente regir el concurso es el de pars conditio creditorum y que la extensión indefinida de los privilegios es una contradicción palmaria de dicho principio. Además, el resultado práctico es que los acreedores que se benefician de dichas garantías únicamente tendrán un derecho de abstención que en nada beneficiará al convenio y a la continuidad de la empresa, y que en ningún caso garantizará el cobro efectivo de su deuda, menos aún si el concursado debe ir a liquidación.*

mente especializado en este tipo de adquisiciones, el que sufra el riesgo que la adquisición y subsiguiente tramitación del concurso conlleven. Se centra, pues, la Ley 9/2015 a la ampliación de dicho quórum al reconocer el derecho de voto en general a los acreedores que hubiesen adquirido sus derechos de crédito con posterioridad a la declaración de concurso, exceptuando siempre a los que tengan una vinculación especial con el deudor.

La prevención que existía anteriormente respecto a estos acreedores es que dicha adquisición podía esconder algún tipo de fraude que se quería desincentivar mediante la privación del derecho de voto. La Ley 9/2015 acota el verdadero problema que estriba en que el adquirente se haya concertado con el deudor para defraudar al resto de acreedores. Por ello se reforma no solamente el artículo 122 sino también el 93 para hacer un listado más amplio de personas especialmente vinculadas con el deudor que, por esta razón, tendrán la condición de acreedores subordinados y carecerán en consecuencia de voto en la junta de acreedores.

Se levanta la limitación general que con anterioridad existía para los efectos del convenio (quitas del 50 por ciento y esperas de cinco años) pero para superar dichos límites se exige una mayoría reforzada del 65 por ciento. Se introduce igualmente la regla ya aprobada respecto a los convenios preconcursales en lo referente a las mayorías máximas exigibles para los pactos de sindicación, que será del 75 por ciento (artículo 121.4).

Y finalmente se introduce una previsión novedosa (nuevo artículo 134.3), que también tiene precedente en el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, sobre la posibilidad de arrastre de determinados créditos con privilegio general o especial, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía. Aunque para ello se exige un doble requisito: además de unas mayorías aún más reforzadas, el que el acuerdo sea adoptado por acreedores de la misma clase, introduciéndose por primera vez en nuestro ámbito concursal esta consideración que ya tiene precedentes en derecho comparado, y en los acuerdos preconcursales de la disposición adicional cuarta que afectan a los acreedores de pasivos financieros.

En definitiva la mayor novedad reside en posibilitar la adopción de acuerdos y dar entrada a un posible sacrificio del acreedor. Para ello se distinguen cuatro clases de acreedores, cada uno de los cuales reúne características propias que justifican un tratamiento específico en el seno del concurso. En primer lugar, los acreedores de derecho laboral; en segundo lugar, los acreedores públicos; en tercer lugar, los acreedores financieros; y finalmente, el resto (entre los cuales deberán incluirse de forma principal a los acreedores comerciales).

Al respecto clarifica la exposición de motivos, que la decisión adoptada por las mayorías cualificadas exigidas puede verse como un sacrificio del acreedor que se ve arrastrado, lo cual es cierto, pero también desde un punto de vista positivo como un menor sacrificio del resto de acreedores que acuerdan el arrastre. Lo amplio de las mayorías cualificadas exigidas implica necesariamente que se trate de acuerdos fundamentados y acordes con la realidad del concursado y de sus acreedores. Piénsese además que si el 60 o 75 por ciento de los acreedores (según los casos) acuerdan para sus créditos privilegiados determinados sacrificios que parezcan imprescindibles para la viabilidad de la empresa y para recobrar la mayor parte posible del crédito pendiente, dichas medidas habrán de ser tanto más duras si el 40 o 25 por ciento restante de los acreedores, respectivamente, no resultan vinculados por el acuerdo mayoritario.

Parece que lo cualificado de las mayorías y el hecho de que cada uno acordará para sí mismo el menor de los sacrificios posibles es garantía suficiente de que los acuerdos no se adoptarán con la finalidad de lesionar los intereses de estos acreedores. Esta imposibilidad de lesión se ve reforzada por el establecimiento de las cuatro clases de acreedores antes citadas de manera que en ningún caso podrán imaginarse concertaciones de unos acreedores para perjudicar los de otra clase, especialmente los laborales o los públicos que, por su naturaleza, merecen una especial tutela⁸².

Se introducen determinadas previsiones adicionales respecto a los efectos del convenio en el artículo 100. Al igual que se hace en la disposición adicional cuarta, se señala que los acuerdos de aumento de capital requeridos cuando se trate de capitalización se adoptarán con las mismas mayorías previstas en dicha disposición adicional. También se efectúa una remisión al régimen general de transmisión de unidades productivas a lo dispuesto en los artículos 146 bis y 149, lo que implica, con determinadas excepciones, su adquisición libre de obligaciones preexistentes impagadas. Además se facilita la dación en pago de bienes con determinadas cautelas destinadas a evitar comportamientos fraudulentos.

Por lo que se refiere a las votaciones y mayorías en el convenio y a la ampliación de la capacidad de arrastre de los acreedores disidentes en determinadas circunstancias. Se levanta la limitación general que con anterioridad existía para los efectos del convenio (quitas del 50 por ciento y esperas de cinco años) pero para superar dichos límites se exige una mayoría reforzada del 65 por ciento. Se introduce igualmente la regla ya aprobada respecto a los

⁸² Exposición de Motivos de la Ley 9/2015 que reproduce la del RD-L.

convenios preconcursales en lo referente a las mayorías máximas exigibles para los pactos de sindicación, que será del 75 por ciento (artículo 121.4).

De este modo, incluso Hacienda y la Seguridad Social podrán asumir quitas de más del 50% en sus deudas pendientes de cobro en empresas en proceso concursal si ello contribuye a mantener su viabilidad. La posibilidad de que acreedores públicos asuman quitas como cualquier otro acreedor sujeto a un convenio general de un proceso concursal era una demanda reiteradamente planteada a España por el FMI, la OCDE y la Comisión Europea. A estos efectos es importante no olvidar el periodo transitorio que establece el propio RD-L en su Disposición transitoria tercera⁸³.

No obstante lo señalado, cada acreedor privilegiado mantiene la posibilidad de adherirse de forma voluntaria al convenio general, que puede establecer quitas superiores al 50% y aplazamientos de las deudas de 5 a 10 años. La novedad del decreto y ahora de la Ley 9/2015 es que permite imponer el convenio a los acreedores privilegiados disidentes (no voluntarios) si así lo deci-

⁸³ Disposición transitoria tercera. Régimen de los convenios concursales.

1. *Los convenios concursales aprobados en aplicación de la normativa que deroga este real decreto-ley deberán cumplirse íntegramente.*

2. *En caso de incumplimiento en los dos años siguientes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, el deudor o los acreedores que representen al menos el 30 por ciento del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento podrán solicitar la modificación del convenio con aplicación de las medidas introducidas por este real decreto-ley. La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de modificación.*

3. *De la solicitud se dará traslado, según los casos, al deudor y a los acreedores que no la hubieran formulado para que en el plazo de diez días manifiesten si aceptan o se oponen a la modificación propuesta. Para entenderse aceptada la modificación, deberán adherirse los acreedores que representen las siguientes mayorías de pasivo:*

a) *En el caso de acreedores ordinarios:*

1.º *El 60 por ciento para adoptar las medidas previstas en el artículo 124.1.a).*

2.º *El 75 por ciento para adoptar las medidas previstas en el artículo 124.1.b).*

b) *En el caso de acreedores privilegiados:*

1.º *El 65 por ciento del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2 para la modificación de las medidas previstas en el apartado a) 1.º anterior.*

2.º *El 80 por ciento del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2, para la modificación de las medidas previstas en el apartado a) 2.º anterior.*

El cómputo de las anteriores mayorías se calculará de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 134.

4. *El juez dictará sentencia aprobando o denegando la modificación del convenio en el plazo de 10 días. Solo podrá aprobar la modificación cuando las medidas propuestas garanticen la viabilidad del concursado.*

Si se aprobase la modificación, sus efectos se extenderán a los acreedores con créditos privilegiados u ordinarios que no se hubiesen manifestado a favor de la misma y a los acreedores subordinados.

5. *Lo previsto en esta disposición no será aplicable a los acreedores públicos, que quedarán excluidos del cómputo y de las mayorías previstas en este precepto.*

den otros acreedores que representen el 60% o el 75% del pasivo de ese mismo grupo (laborales, públicos, financieros y resto), dependiendo de las medidas a aplicar. Es decir, si Hacienda se resiste a aceptar una quita superior al 50% de la deuda, pero el 75% de los demás acreedores públicos (Seguridad Social, ayuntamientos y comunidades autónomas) deciden lo contrario, el fisco deberá asumirlo⁸⁴.

Al igual que en el apartado 11 de la disposición adicional cuarta del RD-L y con el fin de respetar en la mayor medida posible el verdadero valor de la garantía, se establece en el artículo 140 que si, llegado el caso, el acreedor con privilegio (que hubiera votado a favor de un convenio o se hubiera visto arrasado por él) tiene que ejecutar la garantía, se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario.

3. FASE LIQUIDACIÓN COMO CONTENIDO DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN

3.1 Consideraciones introductorias. La problemática anterior a la reforma

Liquidación, en el concurso de acreedores, es la venta o enajenación por cualquier medio, incluso dación en pago, de los bienes que componen la masa activa para pagar a los acreedores en los términos y condiciones previstos en la propuesta o plan de liquidación aprobados y por el orden establecido en la ley concursal⁸⁵. De este modo se finalizaba el concurso, en el supuesto de que la concursada no fuera viable y se compensaba en nuestro sistema concursal la prohibición de los convenios de liquidación global, en el sentido examinado en este trabajo⁸⁶. Lo señalado implicaba, una inevitable demora, por lo que uno

⁸⁴ Hasta ahora, los acreedores públicos podían suscribir convenios singulares para aligerar el peso de la deuda sobre las empresas en procesos concursales. Así, según datos del Ministerio de Hacienda, desde el 2006 se han asumido quitas por 74 millones de euros (32 de ellos, desde el 2012). Además, se señala en su Web que cada año la Agencia Tributaria aplaza y fracciona el pago de entre 5.000 y 6.000 millones de euros de deuda con el fisco.

⁸⁵ DE LA MORENA SANZ, G., «La liquidación anticipada», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, Sección *Cuestiones prácticas*, Segundo semestre de 2009, p. 413.

⁸⁶ No faltan autores que en términos generales, tras una interpretación literal de la Ley Concursal, opinan que solo se contempla expresamente «realización» y «enajenación» no debe entenderse comprendido el término cesión en pago o para pago ya que tienen un significado diferente. Sin embargo, opinamos junto con otros autores como HUALDE LÓPEZ, I., que matizan que a pesar de que *la entrega directa al acreedor de cualquier bien que no sea líquido choca contra los principios que rigen el proceso concursal* (...). Ello salvo que previos los cálculos oportunos, se determine un porcentaje, en términos absolutos, que de sus créditos van a terminar recibiendo los acreedores concursales tras la liquidación de la masa activa

de los primeros objetivos de la reforma concursal, fue, como a continuación examinaremos, la introducción de la liquidación anticipada y la eliminación de la ineludible equivalencia entre fase de liquidación y liquidación de la empresa, pues como vimos no excluyó la continuidad de la empresa en esta fase.

De hecho supuso un abandono de los convenios de continuación, sobre todo, en razón de las excepciones a los efectos normales de la sucesión de empresa, en las reglas legales supletorias del art. 149.2. Ello hizo emerger el carácter fundamentalmente *pacticio* del plan de liquidación⁸⁷ con lo que se compensó uno de los factores impeditivos para la adopción de la solución solventaria negocial y conservativa que es el convenio⁸⁸.

La anticipación de la liquidación en sentido estricto, era como decíamos una reclamación muy extendida⁸⁹. Las reformas legales operadas desde la de marzo de 2009, fueron permitiendo anticipar en el tiempo la fase de liquidación⁹⁰, es decir, tanto la realización de los bienes de la masa activa como el

del concurso; además de que el avalúo del bien objeto de la entrega coincida con el resultante de aplicar el valor nominal del crédito concursal oportuno. Y excepción hecha también del caso de entrega directa al titular de un crédito con privilegio especial, del bien sobre el que recae la garantía correspondiente, siempre que el valor de mercado del bien sea igual o inferior al valor nominal del crédito garantizado y que el acreedor consienta en la entrega, como es obvio». Vid. HUALDE LÓPEZ, I, *La Fase de liquidación en el proceso concursal*, Cizur Menor, 2008, pp. 369 y ss.

⁸⁷ La administración concursal gozaba de libertad para elegir las alternativas de liquidación que considere más apropiadas, como así reconocen los Juzgados de lo Mercantil (entre otros, AJM núm. 2 de Madrid de 23 de mayo de 2005 –AC 2005/907– y AJM núm. 1 de Cantabria de 10 de diciembre de 2007 –JUR 2008/38594–). La judicialización directa del plan debe alinearse, pues, según el juez «*estime conveniente a los intereses del concurso*», con una síntesis de las posturas de las partes interesadas que se manifiesten, de modo que si introduce alguna modificación en el plan habrá de ser reclamada por una parte, o edificarse con base en alguna de sus observaciones, y sólo cuando no exista nada utilizable, acordar la liquidación conforme a las reglas legales. En defecto de plan de liquidación, porque así se haya acordado judicialmente ante el plan presentado, o inexistentes o inutilizables determinadas reglas del mismo, establece el art. 149 LC unas «reglas legales supletorias» para la liquidación.

⁸⁸ HERRERA CUEVAS, E., «La reorganización traslativa en concurso y sucesión de empresas», *RcP*, núm. 9, Sección Varia, Segundo semestre de 2008, p. 147.

⁸⁹ Incluso, se realizó un intento interpretativo en la doctrina para encauzar este formidable defecto de la Ley Concursal. Vid. *in extenso*, LLEBOT MAJO, J., «enajenación real de la empresa (o de alguna de las unidades productivas que la integran o de activos esenciales de la misma) antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación», *RcP*, núm. 7, Sección Estudios, Segundo semestre de 2007, p. 39, *pues, tanto el deber de conservación y administración de la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso (ex art. 43.1 LC), como la finalidad esencial del concurso, que ha de tenerse presente al interpretar las normas que lo rigen, comportan maximizar el valor de los bienes y derechos que integran la masa activa para la satisfacción de los acreedores.*

⁹⁰ En efecto, iniciada la fase de liquidación, la ley concede a los administradores concursales un plazo de 15 días para elaborar el llamado plan de liquidación, a contar desde la notificación del auto que declare la apertura de esta fase. Los interesados pueden realizar alegaciones al respecto; en particular, pueden formular observaciones o propuestas de modificación, es decir, medios de realización alternativos. Si no se plantean alegaciones, el juez dicta de inmediato auto aprobando el Plan, al que deben atenerse las operaciones de realización de la masa activa. Si se plantean alegaciones, el juez da traslado de las mismas a la administración concursal, para que informe en el plazo de 10 días (el art. 148.2, contempla el informe sobre las observaciones y propuestas al Plan de Liquidación.). A continuación, el juez resuelve por auto lo

pago a los acreedores. Carecía de sentido que la apertura de la fase de liquidación hubiera de retrasarse en todo caso y, en particular, cuando el deudor solicitaba la liquidación con la propia solicitud de concurso voluntario, o cuando era imposible cumplir los límites legalmente fijados para el convenio, que ha acabado por convertirse en ineludible por los retrasos en la tramitación de los concursos.

Ahora bien, no por esperada y solicitada, la reforma cumplió realmente con el *nomen propuesta de liquidación anticipada* debía tramitarse necesariamente una vez presentado el informe de la administración concursal, de modo que el ahorro de tiempo se reducida al período de resolución de las impugnaciones de la lista de acreedores o del inventario⁹¹. No se entendía por qué no se otorgó valor de propuesta anticipada de liquidación a la propuesta de plan de liquidación que el deudor ha de presentar con la propia solicitud de concur-

que resulte más conveniente para los intereses del concurso, según su criterio. Además la administración concursal tiene la obligación de presentar un informe trimestral sobre la liquidación, durante todo el tiempo que dure la fase de liquidación, que se ha de poner de manifiesto a todas las partes (art. 152). Sobre su tramitación antes de la reforma, vid., *in extenso*, HUALDE LÓPEZ, I., *La Fase de liquidación en el proceso concursal*, Cizur Menor, 2008, pp. 316 y ss.

⁹¹ Artículo 142 bis. *Liquidación anticipada*.

1. *El deudor podrá presentar una propuesta anticipada de liquidación para la realización de la masa activa hasta los quince días siguientes a la presentación del informe previsto en el artículo 75.*

El juez dará traslado de la propuesta anticipada de liquidación a la Administración concursal para que proceda a su evaluación o formule propuestas de modificación. El escrito de evaluación o modificación emitidos antes de la presentación del informe de la administración concursal se unirán a éste, conforme al apartado 2 del artículo 75.

Si la propuesta anticipada de liquidación se presentara después de emitido el informe, el juez dará traslado de ella a la administración concursal para que en plazo no superior a diez días proceda a su evaluación o propuesta de modificación. Este escrito y la propuesta anticipada de liquidación se notificará en la forma prevista en el apartado segundo del artículo 95.

Las partes personadas y demás interesados podrán formular observaciones a la propuesta anticipada de liquidación en el plazo y condiciones establecidas en el apartado primero del artículo 96.

2. *El Juez, a la vista de las observaciones o propuestas formuladas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 149 y los intereses del concurso, resolverá mediante auto rechazar o aprobar la liquidación anticipada, bien en los términos propuestos bien introduciendo modificaciones en la misma. El auto que apruebe el plan de liquidación acordará la apertura de la fase de liquidación, a la que se dará la publicidad prevista en el artículo 144, se producirán los efectos propios de la misma, y se dejarán sin efecto las propuestas de convenio que hubieran sido admitidas. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación con los efectos previstos en el artículo 98.*

El pago a los acreedores se efectuará en los términos de lo establecido en la sección 4.ª del capítulo II del título V de esta Ley. El juez podrá autorizar el pago de los créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación.

Dos. *Se modifica la redacción del número 3 del apartado segundo del artículo 75 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que tendrá la siguiente redacción:*

3.º *En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio o anticipada de liquidación que se hubiere presentado.*

so en la que se incline por la liquidación (arts. 142.1-1.º y 6.2-4.ª) y por qué no se permitió que la fase de liquidación pudiera abrirse con anterioridad y coexistir con la fase común de tramitación⁹².

En definitiva, la liquidación se contemplaba esencialmente como la posibilidad de adelantar el pago a los acreedores en la fase común, adoptando las medidas cautelares que el juez estimará oportunas para no perjudicar el eventual derecho de los acreedores con impugnaciones en curso, ni el de los créditos contra la masa que previsiblemente se generaran. Es decir, medidas cautelares similares a las ya previstas en el artículo 87.4 LC para los supuestos de créditos contingentes o sometidos a condición resolutoria, como por ejemplo la constitución de provisiones con cargo a la masa o la prestación de fianzas por las partes.

Con razón señaló la doctrina que si la liquidación podía abrirse antes de terminar la fase común, no tenía mucho sentido esperar hasta el informe que la cierra para que la administración concursal preparara el correspondiente plan para que siga el trámite procedimental previsto en la LC. Como se sabe, en el régimen actual ese plan de liquidación se incorpora al informe del art. 75 LC si se presenta con anterioridad a su elaboración, lo que lastra la anticipación del proceso liquidatorio, salvo el posible empleo del excepcional art. 43 LC.

Como vimos ello evidencio la necesidad de una reforma integral de los procesos de liquidación que, haciéndose eco de las distintas voces jurisprudenciales recaídas en la materia, facilitara la transmisión y continuidad de la actividad empresarial del concursado, acotando mejor, o incluso eliminando completamente, los casos de subrogación del adquirente en las deudas integradas en la masa pasiva, para facilitar la enajenación de los activos concursales y el respeto a la par *conditio creditorum*⁹³.

⁹² HERRERA CUEVAS, E., «La reorganización traslativa en concurso y sucesión de empresas», *RcP*, núm. 9, *Sección Varia, Segundo semestre* de 2008, p. 147.

⁹³ Esta situaciones se intentaron paliar de alguna forma con la reforma 30/2011, pero incidieron en su mayoría sobre la regla general de la enajenación es decir sobre, si el bien estuviere hipotecado, la venta en subasta, salvo autorización judicial expresa para la venta directa por precio superior al de tasación para subasta –salvo excepciones tasadas–, en ambos casos por precio al contado y con publicidad por sí en diez días aparece un mejor postor y, expresamente se permite que el juez del concurso autorice la venta directa de la finca con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, a lo que debe asimilarse la retención del saldo pendiente del préstamo hipotecario. Partiendo de este criterio, siempre que el juez del concurso expresamente lo autorice, para la retención que se pacta en el presente caso con pago al acreedor hipotecario de lo que se le deba, pero, en principio, sólo hasta donde alcance la responsabilidad hipotecaria (crédito con privilegio especial). Respecto del resto de la cantidad que se imputa a cada finca del préstamo que no se encuentra garantizado con la responsabilidad hipotecaria respectiva, al tener la consideración de crédito ordinario debería pagarse en metálico e incorporarse éste a la masa activa y el crédito no cobrado al resto de los que forman la masa pasiva y, por tanto, el juez no debería autorizar la retención sino el pago en cuanto a dichas cantidades. No obstante, si en un mandamiento aclaratorio el juez expresamente señala que la autorización concedida incluye la retención de todo el

Esta nueva funcionalidad de la liquidación se vio reforzada por la modificación del régimen aplicable al plan de liquidación afectado por la reforma de 2011. Es posible que la mayor novedad se encontrara, fuera de las cuestiones de legitimación y procedimiento, en el mayor abanico de alternativas que se ofrecerán a la venta en pública subasta. Como ya analizamos no sólo será posible la venta directa, sino también la dación en pago al acreedor privilegiado o la persona designada por éste directamente heredadas de la realidad de muchas de las crisis empresariales asociadas al sector inmobiliario y al de personas físicas.

A estos efectos, resulta interesante destacar el Auto de la AP de Barcelona de 9 de febrero de 2012, donde se recoge una dación en pago necesaria como modo de realización más conveniente para los intereses del concurso⁹⁴.

préstamo, es complicado denegar la venta y oponerse a una decisión de fondo judicial, siendo los otros acreedores ordinarios lo que dentro del concurso deberían oponerse a dicha retención y reclamar el pago y su incorporación a la masa activa del concurso. La cuestión es si decidimos que debemos tratar la operación como una compraventa o si entendemos que se trata de auténtica dación en pago, habrá que estar al artículo 155.4. Y el artículo 155.4, tras la reforma de 2011, dispone que la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.

⁹⁴ 3. *El plan de liquidación propuso, en un proyecto de enajenación que comprende las diversas fincas que pertenecen a la concursada (todas hipotecadas excepto una), que en una primera fase se puede negociar» con las entidades bancarias acreedoras la «posibilidad de una dación en pago a cambio de la cancelación de la deuda pendiente, negociando simultáneamente la venta directa por el mejor precio, y en una segunda fase la venta mediante subasta al mejor postor.*

La concursada objetó que, en relación con dicha finca, no procede la dación en pago ya que esta opción no aportaría un valor añadido a la masa del concurso al no haber sobrante tras la eventual dación y al estar la operación de préstamo hipotecario avalada por terceros que están pagando las cuotas de amortización del préstamo. De aceptar la dación en pago, concluye, tendría que asumir un alquiler de la vivienda (para poder residir en ella), pero ya sin la garantía de los actuales avalistas.

El auto que aprobó el plan introdujo una serie de modificaciones en cuanto a la realización de los inmuebles, entre ellas, en lo que aquí interesa, que se debe proceder en primer lugar a la venta directa durante un período de cuatro meses, transcurrido el cual se procedería en su caso a la dación en pago en un plazo de dos meses, y superados estos seis meses tendría lugar la venta mediante subasta judicial.

4. *En su recurso de apelación la concursada argumenta que la eventual dación en pago de esta finca no aportará margen financiero sobre el que los acreedores podrían cobrar sus créditos, ya que la deuda hipotecaria que pesa sobre ella es superior a su valor actual; el préstamo hipotecario está al día de pago gracias a los avalistas; la dación en pago provocaría un perjuicio a la masa pasiva y a la propia concursada pues los acreedores no se verían beneficiados por la dación al no generar remanente para el*

De hecho, los problemas asociados a las daciones en pago en el entorno de las situaciones concursales no son nuevos, si bien se han venido planteando en otras sedes (rescindibilidad de las daciones en pago en la fase inmediatamente anterior a la declaración de concurso), como vimos⁹⁵.

Se incluyó para la fase de liquidación y como regla supletoria, el artículo 149 apartado 3 dispone: 3.^a *Los bienes a que se refiere la regla 1.^a, así como los*

pago de sus créditos, se extinguiría la garantía de los avalistas, y la concursada persona física debería asumir con recursos propios el alquiler de la vivienda. Señala finalmente que la sucesiva amortización de la deuda hipotecaria beneficiaría a la masa de acreedores con el transcurso del tiempo, ya que entonces habría un remanente en la venta de la finca.

5. *No cabe duda de que el plan de liquidación ha de perseguir la forma o modo de realización más conveniente para los intereses del concurso, es decir, para la masa de acreedores, prescindiendo, llegados a este extremo (en el que se impone la liquidación como solución más favorable a los acreedores), del interés personal o mera conveniencia práctica del concursado/a, aunque sea una persona física.*

Se trata en este caso de que, en un contexto de crisis económica que afecta de manera incisiva al sector inmobiliario, inmerso en una situación de mercado de pérdida constante en el valor de los inmuebles por la creciente falta de interés y de capacidad financiera de posibles compradores (como pone de manifiesto la administración concursal en el plan de liquidación), se consideren medios para evitar que el valor a obtener por los activos a realizar no sea inferior a su valor real y sobre todo al valor por el que responden si están hipotecados, pues en otro caso la concursada persona física seguirá respondiendo del resto de la deuda no cubierta por la enajenación.

6. *Debe asumirse que la liquidación ha de comprender todo el patrimonio de la concursada, por lo que necesariamente debe incluir la mencionada finca, aunque esté al corriente en los pagos de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario (según se afirma, aunque de ello no tenemos prueba). Y debe tenerse presente que la apertura de la fase de liquidación produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (art. 146 LC), de modo que, aunque no exista deuda por cuotas vencidas, se ha producido el vencimiento y exigibilidad de la totalidad de las aplazadas. En todo caso, la entidad acreedora figura en la lista de acreedores como titular de un crédito, generado por el préstamo hipotecario, por la suma total de 507.715,47 €, con privilegio especial, y la propia concursada admite que el valor de la finca es inferior a la deuda hipotecaria que pesa sobre ella.*

Si es así, resulta probable que el precio que se obtenga por su enajenación no alcance a cubrir la integridad de la deuda hipotecaria, por lo que en tal contexto cobraría sentido la dación en pago al acreedor, con extinción del privilegio especial o bien de la totalidad del crédito, que es una solución expresamente prevista en el vigente art. 155.4 LC.

En cualquier caso, en la medida en que las objeciones de la concursada se dirijan a la propuesta de dación en pago, pierde relevancia su impugnación, ya que el auto que aprueba el plan impone como primera solución la venta directa, y sólo subsidiariamente la dación en pago.

En todo caso también, no es aceptable una propuesta de modificación del plan que excluya la referida finca de la liquidación, o que tienda a dilatar su enajenación por la mera conveniencia de la concursada. No es admisible por ello la sugerencia final de preservar la finca de la liquidación para que la deuda hipotecaria vaya minorándose merced al pago de los avalistas, quienes, de otro lado, de pagar las cuotas, pasarán a ser acreedores de la concursada por los importes abonados, sin que, por tanto, descienda el pasivo.

Y debe tenerse presente que la Ley procura que la liquidación no se prolongue más de un año (art. 153 LC) y se lleve a efecto sin dilaciones no justificadas.

Comprendemos las razones que impulsan a la concursada a plantear las objeciones y sugerencias que se han expuesto, y lamentamos su situación personal, pero, llegado el concurso a la solución liquidatoria, no hay más opciones admisibles que las que propone el plan, en los términos en que ha sido aprobado»: AAP Barcelona (Sección 15) 09.02.2012 (Auto 32/2012; Rollo 560/2011).

⁹⁵ ARIAS VARONA, F. J., «La reforma de la Ley Concursal en materia de liquidación y procedimiento abreviado», *RcP*, núm. 15, Sección Ponencias, Segundo semestre de 2011.

demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155. Por tanto, entendemos que se trata de auténtica dación en pago, pues el artículo 155.4, tras la reforma de 2011, dispone que la a realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la dación en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.

También la reforma de 2011, incluyó alteraciones menores al art. 148 LC. En su mayoría, adaptaciones (por ejemplo, la prevista en el párrafo 4 para ajustarlo al contenido previsto para el art. 64 LC), pero la propuesta de reforma del párrafo primero reviste mucho interés.

Como conclusión podemos señalar que según las últimas reformas, se mantiene la obligación por la administración concursal de presentar un plan de liquidación al Juez, que ha de acompañarse al informe previsto en el art. 75 o, y aquí está la principal novedad, *en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de apertura de la fase de liquidación*, consecuencia lógica de cómo se ha reordenado la articulación procedimental de esta fase.

Como regla, se extrajo que la liquidación anticipada puede presentarse desde la solicitud del concurso y hasta quince días después de la presentación del informe definitivo de la administración concursal. La administración concursal debe evaluar y puede proponer modificar la propuesta inicial presentada

por el deudor. El resto de interesados pueden formular observaciones al respecto. El Juez puede aprobar, rechazar e incluso modificar la propuesta⁹⁶.

Si bien, dadas las especiales características de este tipo de liquidación, cabía pensar que el deudor podía condicionar la liquidación anticipada a que la misma se apruebe con determinados requisitos de los que dependa que dicha liquidación sea más interesante que un escenario de continuidad y convenio de acreedores, aunque, como hemos señalado en el epígrafe anterior, paradójicamente la liquidación fue escogida de forma preferente para esta función con respecto al convenio, fundamentalmente, con la venta o dación en pago del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas, siempre que se garantice su continuidad.

3.2 «Liquidación conservativa» como solución preferente del concurso tras las reformas

De nuevo el legislador acomete una nueva reforma sobre la fase de liquidación, pero esta vez, no para reordenar las piezas del tablero concursal, es decir destinar la fase de convenio orientada a la conservación de la empresa y la liquidación a la ejecución del patrimonio y pago. Al contrario, afianza y da sostén legal a las complejas soluciones a las que se vieron obligados nuestros operadores jurídicos para intentar superar la contradicción que suponía contar con un instrumento como la liquidación concursal como más óptimo que el convenio para conservar empresas, y que como decíamos hizo temblar los fundamentos de nuestro sistema concursal diseñado en 2003. Con lo que casi podemos señalar que esta nueva propiciación de la concursalidad conservativa, invade todas las fases concursales y preconcursales⁹⁷.

El paso decisivo en este ámbito, como en otros, lo dieron nuestros jueces de lo mercantil. Con fecha 3 de julio de 2014, fue publicada una nueva hoja de

⁹⁶ En efecto el art. 142 bis sólo reconocía legitimación para solicitarla al concursado, aunque, en opinión de De la Morena Sanz, G., opinión que compartimos, en régimen de suspensión de facultades, además, se debería haber concedido legitimación a la administración concursal para evitar el deterioro de la masa activa cuando el concursado haya solicitado la liquidación ordinaria, no haya presentado ninguna propuesta de convenio ni exista posibilidad de que se cumpla el propuesto por resultar inviable (art. 128). Este criterio, de evitar el perjuicio de la masa activa, tiene su fundamento en la posibilidad que a la administración concursal, en régimen de suspensión, le reconoce el art. 43.2 de pedir autorización para disponer de un bien concreto o unidad de negocio. (DE LA MORENA SANZ, G., «La liquidación anticipada» *RcP*, núm. 11, Sección *Cuestiones prácticas*, Segundo semestre de 2009, p. 413).

⁹⁷ PULGAR EZQUERRA, J., «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», *Diario La Ley*, núm. 8391, Sección *Doctrina*, 3 de Octubre de 2014, Año XXXV.

crITERIOS aprobada por los jueces mercantiles y secretarios judiciales de Cataluña. El documento intentaba arrojar luz sobre algunos de los aspectos conflictivos en la normativa concursal, que como vimos, y como era deseable fueran abordados, por el legislador en la reforma, en su mayoría, por el RD-L. 11/2014 de 6 de septiembre, convalidado por la Ley 9/2015 de 26 de mayo de 2015.

En efecto, nos remitimos en cuanto a su principal novedad al régimen común de transmisión de la Unidad Productiva, trasladable a todas las fases del concurso, incluida la fase común y el sistema del artículo 43, de los que hemos ido dando cuenta de su valoración a lo largo de esta monografía. Por lo señalado solo resta, reseñar que se modifican determinados preceptos del capítulo II del título V de la Ley concursal con el objeto de facilitar el desarrollo de esta fase de procedimiento concursal. Se trata, de garantizar, en lo posible, la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas. Pues bien, El RD-L 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial flexibilizó el régimen de los convenios preconcursales de acuerdo con algunas premisas básicas:

La primera de ellas es considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo.

La segunda de las premisas era acomodar el privilegio jurídico a la realidad económica subyacente, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento venía a ser el obstáculo principal de los acuerdos preconcursales.

La tercera premisa es respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales, pero siempre, tomando su verdadero valor económico, pues no puede considerarse que la determinación del valor de la garantía sea un recorte del crédito garantizado. Es simplemente una valoración diferenciada del derecho principal y del derecho accesorio. No se pone en cuestión el derecho principal, sino que se permite aclarar qué parte del mismo se beneficiará del derecho accesorio y cuál no, debiendo en la segunda recibir el mismo trato que corresponda al crédito según su naturaleza.

Ahora el RD-L 11/2014, aborda la extensión de las premisas anteriores al propio convenio concursal y el artículo 43.3 de la LC su remisión *En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por el artículo 146 bis*. Por lo que puede concluirse que se establece un régimen común de forma nítida. Es importante

esclarecer desde el primer momento su importancia, pues se introducen determinadas previsiones adicionales respecto a los efectos del convenio en el artículo 100 que al margen de que igual que se hace en la disposición adicional cuarta⁹⁸.

Además se ha aprovechado la Ley 9/2015 de 26 de mayo de 2015 para introducir mejoras de todo tipo. Unas con la finalidad de facilitar su publicidad y crear un mercado, como recoge la disposición adicional segunda con la creación de un portal de acceso telemático para facilitar la enajenación de empresas que se encuentren en liquidación o de sus unidades productivas⁹⁹. O la disposición adicional cuarta que resuelve las dudas interpretativas sobre la negociación de los valores emitidos por un fondo de titulización de activos dirigidos exclusivamente a inversores institucionales, que sólo podrán ser objeto de negociación en un sistema multilateral de negociación en el que la suscripción y negociación de valores esté restringida a inversores cualificados.

Otras mejoras son estrictamente de técnica jurídica. Así, se introduce la subrogación *ipso iure* del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente (artículo 146 bis) y se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores¹⁰⁰.

⁹⁸ Al igual que en el apartado 11 de la disposición adicional cuarta y con el fin de respetar en la mayor medida posible el verdadero valor de la garantía, se establece en el artículo 140 que si, llegado el caso, el acreedor con privilegio (que hubiera votado a favor de un convenio o se hubiera visto arrastrado por él) tiene que ejecutar la garantía, se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario. Hay que insistir en el hecho de que todas las medidas introducidas en este real decreto-ley y en el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, respecto al valor de las garantías tienen su efectividad en relación con el procedimiento concursal pero no implican alteración de las garantías registradas ni de las reglas establecidas para su ejecución fuera del concurso.

⁹⁹ Se añade el apartado 7 al artículo 148 con el siguiente contenido:

7. *En el caso de personas jurídicas, el administrador concursal, una vez aprobado el plan de liquidación, deberá remitir, para su publicación en el portal de liquidaciones concursales del Registro Público Concursal, cuanta información resulte necesaria para facilitar su enajenación.*

En particular, se remitirá información sobre la forma jurídica de la empresa, sector al que pertenece, ámbito de actuación, tiempo durante el que ha estado en funcionamiento, volumen de negocio, tamaño de balance, número de empleados, inventario de los activos más relevantes de la empresa, contratos vigentes con terceros, licencias y autorizaciones administrativas vigentes, pasivos de la empresa, procesos judiciales, administrativos, arbitrales o de mediación en los que estuviera incurso y aspectos laborales relevantes.

¹⁰⁰ Se añade un artículo 146 bis con la siguiente redacción:

Artículo 146 bis. Especialidades de la transmisión de unidades productivas.

1. *En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se produci-*

También, como vimos, se introducen en el artículo 148 previsiones adicionales respecto a la dación en pago o para pago y una previsión novedosa consistente en que el juez pueda acordar la retención de un quince por ciento de la masa activa destinado a satisfacer futuras impugnaciones. Esta previsión debería conducir a una agilización de la fase de liquidación¹⁰¹. De este modo, el número 5 cambia de redacción y pasas a tener la siguiente: *Salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155.*

Ello supone una importante excepción al carácter universal que supone la liquidación concursal, pero obliga a realizar operaciones de venta de activos para poder pagar a estos acreedores públicos.

Además, una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del art. 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se ini-

rá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. *También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones.*

3. *Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa.*

4. *La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2.*

La exclusión descrita en el párrafo anterior no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado.

¹⁰¹ Se añaden los apartados 5 y 6 al artículo 148 con el siguiente contenido:

5. *Salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155.*

6. *El juez, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la retención de hasta un 10 por ciento de la masa activa del concurso en una cuenta del juzgado. Este montante, que se utilizará para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, según los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación. Dicha cantidad se liberará cuando los recursos de apelación hayan sido resueltos o cuando el plazo para su interposición haya expirado. La parte del remanente que haya quedado libre tras la resolución o expiración del plazo de interposición de los recursos, será asignada de acuerdo con el orden de prelación legalmente establecido, teniendo en cuenta la parte de créditos que ya hubieren sido satisfechos.*

ciaron antes de la apertura de la fase de liquidación ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del art. 154 LC, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS.

Debe observarse que para la satisfacción de un crédito contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso, no podía embargar bienes o derechos de la deudora concursada incluidos en la masa activa. Esos embargos deben entenderse sin efecto y si con su realización la TGSS ha cobrado algo, debe retornarlo a la masa, sin perjuicio de exigir después de la administración concursal el pago de sus créditos contra la masa, de acuerdo con el orden previsto en la Ley Concursal¹⁰².

El artículo 149 también resulta modificado, con el fin de introducir determinadas reglas supletorias relativas a la enajenación de unidades productivas, especialmente en lo referente a las reglas de purga o subsistencia de las posibles garantías reales a las que pudiesen estar sujetos todos o algunos de los bienes incluidos en dicha unidad.

Tras la promulgación de la Ley 9/2015, podría haber quedado resuelta, confirmando la necesidad de consentimiento. Si bien, como suele ocurrir, todo queda abierto a diferentes líneas interpretativas.

La duda se suscitó con el RD Ley 11/2014, que establecía en la regla 3.^a del artículo 149.1 LC la conformidad de los acreedores privilegiados si el precio de los bienes no alcanzase el valor de la garantía (art. 94.2 LC) en caso de transmisión de bienes de la unidad productiva afectos a créditos privilegiados especiales, de forma unitaria, y sin subsistencia del gravamen. Ahora bien, precisaba que la conformidad se refiere a, acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase. A pesar de que la nueva redacción recoge la conformidad de un porcentaje de estos acreedores, los jueces de lo mercantil en sus acuerdos ya aludidos manifestaron que, al tratarse de una regla del art. 149 LC, si el plan de liquidación establecía que no era necesaria conformidad y el mismo se aprobaba con esta mención, era totalmente válido.

Pero tras la nueva Ley 9/2015, la cuestión parece complicarse. Por un lado el nuevo artículo 149 determina en su apartado primero el carácter supletorio de dichas reglas. Sin embargo, a continuación el apartado segundo recoge

¹⁰² Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil) Sentencia de 12 de diciembre de 2014, Id Cendoj: 28079110012014100684.

la misma redacción que el 149.1 regla tercera introducido por el RD Ley 11/2014. Si bien precisa que las reglas para la transmisión de bienes que estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto se aplicarán, en todo caso.

Por lo tanto, a priori la cuestión parece zanjarse, siendo necesaria la conformidad de los acreedores privilegiados en caso de que el precio no alcance el valor de la garantía, siempre en el caso de transmisiones unitarias.

Sin embargo, nos planteamos si la posibilidad de que el plan de liquidación establezca lo contrario sigue siendo posible. Así, el mismo tiene que ser aprobado, previo traslado al deudor y los acreedores para que formulen alegaciones al mismo. Por ello, si se plantea un plan que señale la realización de los bienes afectos sin necesidad de consentimiento, y el mismo es aprobado por el Juzgado, sin modificación alguna, entendemos que sí sería válido. Más aún cuando los propios acreedores privilegiados podrían haber formulado alegaciones al plan de liquidación.

No obstante, como se ha señalado son muchas y muy variadas las cuestiones que pueden plantearse y se plantearán en la práctica. La doctrina ya ha señalado como especialmente problemática la regulación en torno a esta cesión obligatoria de contratos, en particular en aquellos supuestos en que se prevean societariamente cláusulas de cambio de control o en que las características del contratista hayan constituido un elemento esencial del contrato, lo que se resuelve en el art. 226 de la Ley de Contratos del Sector Público, al que expresamente remite el art. 146 bis.1, en relación a la cesión de contratos administrativos, estableciéndose que no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando ésta suponga una alteración sustancial de las características del contratista, si éstas constituyen un elemento esencial del contrato. Sin embargo, el tema no se aborda en el nuevo art. 146 bis LC con carácter general en relación a contratos que tengan otra naturaleza no administrativa, debiendo no obstante aplicarse analógicamente esta solución también en otros ámbitos¹⁰³.

Deberemos esperar a la reforma que anuncia la ley 9/2015, pues según se indica en su disposición final octava se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, en un plazo de doce meses, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

¹⁰³ PULGAR EZQUERRA, J., «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», *Diario La Ley*, núm. 8391, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2014, Año XXXV.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBADESSA, «I Prestiti dei soci nelle cooperative e nelle Casse Rurali», en AA. VV *Mutualità e formazione del patrimonio nelle Casse Rurali*, Dir. Abbadessa/Fusconi. Milán 1985.
- AHRENS, M., «El nuevo derecho concursal de la persona física en Alemania», *RcP*, núm. 21, 2014.
- ALBADALEJO GARCÍA, M., «La dación en pago y la determinación de la deuda que se paga (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 8 de febrero de 1996)», *RDP*, t. LXXXI, diciembre 1997.
- «Derecho Civil, II», *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 2002.
- ALCOVER GARAU, G., «Comentario al art. 71», en AA.VV., *Comentarios a la Legislación concursal*, I, Dir. Pulgar Ezquerro, J./Alonso Ureba, A./Alonso Ledesma, C./Alcover Garau, G., Madrid, 2004.
- ALONSO LEDESMA, C., «Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital como técnica de protección de los acreedores», en AA.VV., *Libro homenaje al prof. García Villaverde R.*, t. I, Madrid 2007.
- «Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar: Propuestas de regulación en el procedimiento concursal», en AA.VV., *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Coord. Cuenca Casas, M./Colino Mediavilla, J. L., Cizur Menor, 2009.
- «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal», *eprints UCM*, julio 2011.
- ALONSO UREBA, A., «La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización y régimen», en *RdS*, núm. 33, año 2009-2.
- ALONSO UREBA, A./RÓNCERO SÁNCHEZ, A., «La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de Modificaciones Estructurales» en *RdS*, núm. 34, 2010.
- ÁLVAREZ RUBIO, J., «Algunas reflexiones en torno a la reforma del *fresh start* del consumidor en USA», en *ADCo*, núm. 14, 2008.

- ANDREU, J. M., «Las definiciones del dinero y los límites del monetarismo», *Situación*, *Revista de economía* editada por el *Servicio de Estudios del Banco de Bilbao*, núm. 3, 1986.
- ANGULO RODRÍGUEZ, L., *La financiación de empresas mediante tipos especiales de obligaciones*. Bolonia, 1968.
- ARIAS VARONA, F. J., «La apertura anticipada de la fase de liquidación», en AA.VV., *La liquidación de la masa activa. VI, Congreso español de Derecho de la insolvencia, In memoriam a Emilio Beltrán*, Pamplona, 2014.
- «La reforma de la Ley Concursal en materia de liquidación y procedimiento abreviado», en *RcP*, núm. 15, Sección Ponencias, Segundo semestre de 2011.
- ASCARELLI, T., *Obbligazioni (Arts. 1.277-1.284)*, Bologna-Roma, 1959.
- *La moneta. Considerazioni di Diritto*, Padova, 1928.
- AYUSO, J., «Un análisis de la situación del crédito en España», *Boletín Económico del Banco de España*, núm. 81, 23 de octubre 2013.
- AZOFRA VEGAS, F., «Reestructuración de deuda: la transmisión de activos», en *CDC*, núm. 50, diciembre de 2008.
- «La agilización de la reestructuración del activo: pre-pack y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley Concursal», en *RcP*, 2012, núm. 17.
- AZOFRA VEGAS, F./PÉREZ RIVARÉS, J. A., «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», *Diario La Ley*, núm. 7161, Sección Tribuna, 24 abril 2009, Año XXX.
- BALLESTEROS, D., «Cláusula de adjudicación de la cosa entregada en prenda: validez del Pacto Marciano», en *RdS*, 2009-1, núm. 32.
- BARROSO, C., «NIIF 9: Instrumentos financieros – La nueva era de los instrumentos financieros» en *Revista Contable*, núm. 26, Sección Artículos/Normas internacionales, octubre 2014.
- BAS Y RIVAS, F., «La dación, adjudicación y cesión de bienes, en función de pago de deudas», *RCDI*, 1945.
- BELINCHÓN ROMO, M.^a R., *La dación en pago en derecho español y derecho comparado*, Madrid 2012.
- «Nociones generales sobre la dación en pago», revista on-line del CES Felipe II de Aranjuez Universidad Complutense de Madrid, 2007, p. 1. http://www.cesfelipesecondo.com/revista/articulos2007b/Belinch_n_Romo_corregido.pdf.
- «La dación en pago: presunta equiparación entre el crédito que se trata de extinguir y el *aliud pro alio* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 367, de 22 de octubre de 2008)», revista on-line del CES Felipe II de Aranjuez Universidad Complutense de Madrid, 2009. <http://www.cesfelipesecondo.com/revista/articulos2009b/Raquel%20Belinch%C3%B3n.pdf>.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1991.
- «Art. 148», en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, Rojo, A./Beltrán Sánchez, E. (Dirs.), t. II., Madrid, 2004.

- «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en AA.VV., *Derecho de Sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*, Dir. Embid Irujo, J. M./León Sanz, F. J. Granada 2011.
- BELTRÁN, E., Uría/Menéndez (Dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Madrid, 2007.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., «La conversión de créditos en acciones o participaciones de la sociedad concursada (art. 100.2 LC)», en AA.VV., *Gobierno Corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Madrid-Barcelona, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 1.175», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Madrid 2006.
- «Artículo 1.166», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones, forales*, Dir. M. Albaladejo, Vol. XVI-1, Madrid, 1980.
- «Del pago por cesión de bienes», *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «Ley de apoyo a los emprendedores. El concurso de persona física y el acuerdo extrajudicial de pagos», en *CDC*, núm. 61, 2014.
- BICHERON, F., *La datio en paiement*, Paris, 2006.
- BISBAL, J., «La insoponible levedad del Derecho concursal», *RDM*, núm. 214, 1994.
- BLANCH NOUGUÉS, J. M., «Acerca de la datio in solutum necessaria en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos», *RJUAM*, núm. 21, 2010-I.
- «Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la Dación en Pago (*Datio in Solutum*) en Derecho romano», *RGDR*, núm. 13, 2009.
- BLASCO GASCÓ, F., «Art. 148», en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal*, Sagrera Tizón, J. M./Sala Reixachs, A./ Ferrer Barriendos, A. (coords.), t. II, Barcelona, 2004.
- BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español», en *Monografías de la Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 1996.
- BONET CORREA, J., «Artículo, 1.170», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo, M., T. XVI, Vol. 1, Madrid, 1980.
- «La crisis del principio nominalista del dinero y sus consecuencias jurídicas», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, t., II, Madrid, 1988.
- BROSETA, M., «Régimen de los préstamos participativos», en *RDBB*, núm. 14, 1984.
- CABANAS TREJO, R., «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso de acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, Sección Estudios, Segundo semestre de 2013.
- «Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos», en *Diario La Ley*, núm. 8285, Sección Doctrina, 3 abril 2014, Año XXXV.
- «Convenio concursal y Registro de la propiedad (RDGRN de 27 de febrero de 2012)», *Diario La Ley*, núm. 7883, Sección Doctrina, 19 junio 2012, Año XXXIII.

- «Una nueva reforma de la legislación concursal (RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal)», *Diario La Ley*, núm. 8406, Sección Doctrina, 24 de octubre de 2014, Año XXXV.
- «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)», *Diario La Ley*, núm. 8505, Sección Doctrina, 23 de marzo de 2015.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Voz, pago», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Madrid, 1995.
- CAMPOS HERNÁNDEZ, «Notas sobre la dación para pago en los convenios extrajudiciales», *RGD*, 1954.
- CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Madrid, 2004.
- «Los derechos de garantía en la Ley Concursal», Madrid, 2004, Gil Rodríguez, J., Comentario al Capítulo IV: De los efectos de los actos perjudiciales para la masa, en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinados por Bercovitz, I, Madrid, 2004.
- «La corte de los milagros o la suspensión de lanzamientos hipotecarios», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 854, 5 de diciembre de 2012.
- «Nulidad por abusivo del procedimiento de ejecución notarial de hipotecas. Una nueva barrabasa judicial», *Centro de Estudios de Consumo*, 22 de enero de 2014, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/7.pdf>.
- «Comentario a la Reforma Concursal del Real Decreto Ley 11/2014», *Análisis GA&P*, septiembre 2014.
- «El mecanismo de segunda oportunidad para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», disponible en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/mecanismosegundaoportunidad.pdf>.
- CARRASCO, Á./LYCZKOWSKA, K., «Entidades y activos financieros elegibles en el régimen de las garantías financieras», *Diario La Ley* de 11 de octubre de 2013. Año XXXIV.
- CARRASCO PERERA, Á./MORATIEL PELLETERO, E., «Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 614 (Comentario), 2004.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, t. I, vol. II, Reus, Madrid, 1983.
- CASTEDO BARTOLOMÉ, P., «Análisis económico de la dación en pago», en *Docta Ignorancia Digital*, núm. 3, Año III, 2012.
- CELAYA, *El acceso de las cooperativas al mercado de capitales*, Mondragón, 1995.
- CLIFT, J., «Objetivos fundamentales de un régimen de insolvencia eficaz y eficiente: la Guía UNCITRAL sobre Régimen de la Insolvencia (Recomendaciones 1 a 7)», en AA.VV., *Guía legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia*, Coord. Morán Bovio, D., *Colección monografías RcP*, núm. 5, 2006.

- COLINO MEDIAVILLA, J. L., *Comentarios a la legislación Concursal*, en AA.VV., Vol. I, Dir. Pulgar Ezquerro, J./Alonso Ledesma, C./Alonso Ureba, A./Alcover Garau, G., Madrid, 2004.
- «Los préstamos participativos», en AA.VV., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Constitución, Gestión, Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, Vol. V, Barcelona, 2005.
- «Créditos participativos y concurso de acreedores», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Monografía núm. 12, 2010.
- CORDERO LOBATO, E., «Comentario al artículo 1.859», en *Comentarios al Código Civil*, Coor. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid 2006.
- «Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución», *Diario La Ley*, núm. 7953, Sección Tribuna, 29 octubre de 2012.
- «La enajenación en el concurso de bienes afectos a créditos con privilegio especial», en AA.VV., *La liquidación de la masa activa. VI, Congreso español de Derecho de la insolvencia, In memoriam a Emilio Beltrán*, Pamplona, 2014.
- «La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», *Diario La Ley*, núm. 8272, Sección Tribuna, 17 marzo 2014, Año XXXV.
- CORDIER, B., *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*, París, 1989.
- CORTÉS, L. J., «El mercado del crédito», en *Curso de Derecho Mercantil*, II, Dir. Uría, R./Menéndez, A., Madrid, 2001.
- CRESPO ALLUE, F., «Comentario al Capítulo IV: De los efectos de los actos perjudiciales para la masa», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, Dir. Sánchez-Calero/Guilarte, II, Valladolid, 2004.
- CRISTOBAL MONTES, Á., «Los subrogados del pago», *RCDI*, núm. 586, mayo-junio, 1988.
- CUENA CASAS, M., «Ley de Segunda Oportunidad: el Gobierno rectifica, pero poco», en <http://www.ibercampus.es/ley-de-segunda-oportunidad-el-gobierno-rectifica-pero-poco-30735.htm>.
- «Fresh Start y mercado crediticio», *InDret*, WWW.INDRET.COM, núm. 3, julio de 2011.
- «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start», *ADCo*, núm. 31, 2014.
- «Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente», en *RdP*, núm. 2015.
- CUÑAT EDO, V., «El artículo 1.170 del Código civil y su aplicación a la entrega de letras de cambio», en *RDM*, 1973.
- D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor». *RCDI*, núm. 494, 1973.

- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNÁNDEZ MENDIVIL, J., «Comentario a la Disposición adicional cuarta. Acuerdos de refinanciación», en AA.VV., *Tratado Práctico Concursal*, T. IV, Cizur Menor, 2009.
- DE CARVALHO FERNÁNDES, A., «Exoneração do passivo restante na insolvência das pessoas singulares», AA.VV., *Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência, Quid Juris*, Lisboa, 2009.
- DE HEREDIA Y CASTAÑO, B., «El cumplimiento de las obligaciones», *RDP*, 1956.
- DE LA CUESTA RUTE, J. M., *El convenio concursal, comentario a los artículos 98 a 141*, Madrid, 2004.
- DE LA MORENA SANZ, G., «La liquidación anticipada», *RcP*, núm. 11, Sección Cuestiones prácticas, Segundo semestre de 2009.
- DÍAZ MORENO, A., «Días a quo y dies ad quem de la paralización de ejecuciones prevista en el artículo 5 bis.4 de la Ley Concursal», *RcP*, núm. 22, 2015.
- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A., «La ejecución de sentencias dinerarias en las Partidas», *RGDR*, núm. 19, 2012.
- Tesis doctoral presentada en la Universidad de Murcia el día 22 de junio de 2012 bajo el título «El embargo ejecutivo en la extraordinaria cognitio (pignus in causa iudicati captum)». Publicada, bajo licencia creative commons, por la Universidad de Murcia, en formato electrónico (visitado 09/10/2014) <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/27996/1/EL%20EMBARGO%20EJECUTIVO%20EN%20LA%20EXTRAORDINARIA%20COGNITIO>. PDF.
- DÍEZ PICAZO, L./GULLÓN, A., «Sistema de Derecho Civil», Volumen III, *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2001.
- DÍEZ PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», Vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993.
- «Fundamentos del Derecho civil patrimonial», t. I, Madrid, 1993.
- «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», *ADC*, XIV, 1961.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M.^a del P., «La dación en pago y la cesión en pago como mecanismo liberatorio de la deuda hipotecaria», *RDBB*, núm. 126, 2012.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., *La emisión de Obligaciones por Sociedades Anónimas*, Pamplona, 1994.
- DOMÍNGUEZ PLATAS, J., «Voz Adjudicación», en *EJBC*, vol. I, Madrid, 1994.
- DURÁN RIVACOBIA, R., *La Propiedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Cizur Menor, Navarra, 1998.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., «Ley 493», AA.VV., *Comentarios al Fuero Nuevo*. Dir. Rubio Torrano, E, Cizur Menor, Navarra, 2002.
- «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria, en AA.VV., *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Coord. Salas Carceller, Cizur Menor, 2012.
- «Crisis económica, falta de liquidez, y dación en pago necesaria. Un estudio del Párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo», *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2011. núm. 51.

- EMBID IRUJO, J. M., *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, 2013.
- «El presente incierto del Derecho de sociedades», *RDM*, núm. 272, 2009.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio», en *RcP*, Monografía núm. 6, 2007.
- ESPÍN CANOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, Madrid, 1978.
- ESTEBAN VELASCO, G., «La propuesta de Directiva sobre la Societas unius personae (SUP): las cuestiones más polémicas», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 60, – marzo-abril 2015.
- ETXARANDIO HERRERA, E. J., «El convenio concursal», en AA.VV., *Manual de Derecho Concursal*, Madrid, 2009.
- FARRÉS, J./ AGÜERA, S., «Estrategias para la ejecución de prendas sobre derechos de crédito en financiaciones de proyectos», *Diario La Ley*, núm. 8378, Sección Doctrina, 16 de septiembre de 2014, Año XXXV.
- FELIU REY, M. I., *La Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ CARRIÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*. Cizur Menor, 2008.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La Atipicidad en Derecho de sociedades*, Ed. Pórtico. Zaragoza, 1977.
- «Cuentas en participación», en *EJBC*, Madrid 1995.
- *Comentarios a la Ley Concursal*, Dir. Fernández de la Gándara, L., Madrid/Barcelona, 2004.
- «Derecho, Ética y negocios», *Lección Inaugural del año académico 1993-1994*, Universidad de Alicante, Disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-etica-y-negocios--0/>.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./GALLEGO SÁNCHEZ, G., *Fundamentos de Derecho Mercantil, –Introducción y empresa. Derecho de sociedades (Parte general. Sociedades de personas)–*, Valencia, 2000.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El fortalecimiento de los recursos propios*, Madrid, 1992.
- *Las reservas atípicas. Las reservas de capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles*. Madrid, 1999.
- «La efectividad de la limitación de responsabilidad del emprendedor de responsabilidad limitada dentro del concurso», *La Ley mercantil*, núm. 2, *Sección Empresa y empresario*, mayo 2014.
- «El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcursal de créditos bajo el Real Decreto-ley 4/2014», *La Ley Mercantil*, núm. 1, *Sección Sociedades*, abril 2014.
- «El expediente registral de designación del experto independiente que evalúa el plan de viabilidad de los acuerdos de refinanciación (Disposición Adicional Cuarta LC)», publicado *on line* en www.arbo.org.es/?page_id=95.

- FERNÁNDEZ NOVOA, C., «Naturaleza jurídica de la Dación en Pago», *ADC*, julio-septiembre, 1957.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Reflexiones sobre las soluciones preconcursales», en *RcP*, núm. 16, 2012.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a, *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda oportunidad*, Barcelona, 2015.
- «Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal», en AA.VV., *La reintegración en el Concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009.
- «Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7, 2013.
- FERRÉ FALCÓN, «La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de Derecho alemán)», *ADC*, núm. 7, 2006.
- FINEZ RATÓN, J. M., «La dación en pago», *ADC*, núm. 4, 1995.
- FLORES DOÑA, M.^a S., «Comentario al artículo 100», en *Comentarios a la legislación Concursal*, Vol. I, dir. Pulgar Ezquerro, J/Alonso Ledesma. C/Alonso Ureba, A/Alcover Garau. G, Madrid, 2004.
- FONT GALÁN/MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ/VELA TORRES, «Viabilidad *anti-trust* de las soluciones concursales de conservación de la empresa, socialización concursal del Derecho de la Competencia», *RDM*, núm. 250, 2003.
- FOSSEN, F. M., «Personal Bankruptcy Law, Wealth and Entrepreneurship: Theory and Evidence from the Introduction of a Fresh Start», *IZA, Discussion Paper* núm. 5459 January 2011, accessible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751441.
- FRADEJAS RUEDA, «Créditos participativos», en AA.VV., *Derecho del Mercado Financiero*, Tomo II. Vol. I. Madrid 1994.
- FRANCO, D./DE MARCOS, A., «Aumento de capital mixto y condicionado en el contexto de la reestructuración del endeudamiento financiero de Metrovacesa, S. A.», en AA.VV., 2012 *Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, Madrid, mayo 2012.
- GALINDO ARAGONCILLO, A./NAVARRO CODERQUE, F., «El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía», *Diario La Ley*, núm. 8314, Sección Doctrina, 20 de mayo de 2014.
- GARCÍA CRUCES, J. A., «Dación en pago y reintegración concursal», *La ley*, núm. 7492, 20 de octubre de 2010.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (reimpresión de la edición de Madrid, 1852), Zaragoza, 1974.
- GARCÍA MEDINA, J., «Alternativas a la subasta», *Diario La Ley*, núm. 7324, Sección Doctrina, 20 enero de 2010.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., «Créditos participativos», en *RdS*. núm. 9.
- «Tipicidad contractual y contratos de financiación», en AA.VV., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990.

- «Créditos participativos», en AA.VV., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Homenaje a Verdera y Tuells. E*, Madrid, 1994.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., «Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia en el Derecho español», en AA.VV., *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial*, Dir. García-Cruces. J. A, Pamplona, 2014.
- En AA.VV., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa*, Dir. García-Cruces. J. A, Barcelona, 2013.
- GARCÍA-CRUCES, J. A./LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Cizur Menor, 2009.
- GARCÍA-VAQUERO, V./MULINO RÍOS, M., «Evolución reciente del crédito comercial de las empresas no financieras en España», en *Boletín Económico del Banco de España* núm. 32, enero de 2015.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Garantías financieras: las modificaciones introducidas en el Real Decreto-Ley 5/2005», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2011, Estudio.
- GARNACHO CABANILLAS, L., «El convenio de Asunción», Colección Estudios de Derecho Concursal, Madrid 2014.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., «Presentación», en AA.VV., *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, 2011.
- GARRIDO ESPA, L./GIMÉNEZ BAYÓN-COBOS, R., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa», en AA.VV., *Proceso Concursal: Crisis de las empresas promotoras y constructoras*, Coor. González Navarro, B. A, Valladolid 2009.
- GARRIGUES, J., «El dinero como objeto de la actividad bancaria», *RDM*, 1958.
- *Contratos Bancarios*, Madrid, 1975.
- *Dictámenes de derecho mercantil, Dictamen* núm. 108, Tomo. II, Madrid 1976.
- GENINET, M., «Les quasi-apports en société», *Rev. des Sociétés*, núm. 1, 1987.
- GETE-ALONSO, M.^a DEL C., *El pago mediante tarjetas de crédito*, Madrid, 1990.
- GOMÁ LANZÓN, I., *¿Se puede constituir una sociedad con BITCOINS?* <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2014-sociedad-bitcoins.htm>.
- GONDRA, J., «El nuevo rumbo del derecho de balances europeo: las opciones que se abren al legislador español», *RdS*, núm. 23, 2004.
- GONDRA, M., «Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado», en AA.VV., Número extraordinario dedicado al Anteproyecto de Ley Concursal, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1985.
- GONZÁLEZ BILBAO, E., «La entrega de bienes como pago antes del concurso y su incierta reintegración», *RcP*, núm. 7, 2007.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Una carrera hasta el fondo de la degradación jurídica en materia de cláusulas abusivas hipotecarias: Juzgado 7 Collado Villalba*. <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/31/7.pdf>.

- *Una carrera hasta el fondo de la degradación jurídica en Materia de cláusulas abusivas hipotecarias: juzgado 7 Collado-Villalba* (Revista Cesco: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/10/Una-carrera-hasta-el-fondo-de-la-degradaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-enmateria-de-cl%C3%A1usulas-abusivas-hipotecarias-Juzgado-7-Collado-Mediano.pdf>) [consulta: 6/8/2014].
- GONZÁLEZ PALOMINO, J., «La adjudicación para pago de deudas», *AAMN*, 1943.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Refinanciación de deuda y perjuicio patrimonial (apunte crítico de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007)», en *RcP*, núm. 10, 2009.
- «Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal», *ADC*, núm. 10.
- «La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración de concurso», *RcP*, núm. 8, Sección Comunicaciones, primer semestre de 2008.
- GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentarios al art. 1859 Código Civil», en AA.VV., *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, II. Madrid, 1991.
- «Pactos en la hipoteca inmobiliaria», en AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, Vol. 2, Tomo 2, 1996.
- «Comentarios al art. 1859 Código Civil», AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. XXIII., Dir. por M. Albaladejo/ S. Díez Alabart, Madrid, 1990.
- GUILARTE, C., «Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal», *ADC*, núm. 10, 2007.
- GUILARTE, V., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Dir. Albaladejo. M, Tomo XXIII, Madrid, 1990.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «El vencimiento anticipado y la conversión en dinero como efectos de la apertura de la liquidación sobre los créditos concursales», en AA. VV., *La liquidación de la masa activa. VI, Congreso español de Derecho de la insolvencia, In memoriam a Emilio Beltrán*, Pamplona, 2014.
- «La enajenación unitaria de empresa en la liquidación concursal», en AA.VV., *Conservación de empresas en crisis en Estudios jurídicos y económicos*, Madrid, 2013.
- «Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense, 2011/35, marzo 2011, Estudio publicado también *RcP*, núm. 14, 2011.
- «El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales (Consideraciones en torno al auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 23 de julio de 2008, de inadmisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por Fórum Filatélico S. A.)», *RcP*, núm. 10, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, primer semestre de 2009.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «Comentario a la S. T. S. de 19 de octubre de 1992», *C. C. J. C.*, núm. 30, 1992.

- HERNÁNDEZ GIL, A., «Comentario a la S. T. S. de 9 de diciembre de 1943», *R. G. L. J.*, 1945.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., *La revisión legal (legal due diligence)*, Granada 2008.
- *El contrato de compraventa de empresa*. Valencia 2005.
- *La empresa como objeto de negocios jurídicos*, Valencia 2002.
- HERRERA CUEVAS, E., «La reorganización traslativa en concurso y sucesión de empresa», *RcP*, núm. 9, Sección Varía, segundo semestre de 2008.
- HERRERA, M., «La refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial: Una perspectiva supervisora», en la Jornada *Oportunidades y retos de la ley de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial organizada por Asociación para el Progreso de la Dirección (APD)*, celebrado en Madrid 10 de junio de 2014. Disponible en la página web del Banco de España <http://www.bde.es/ffwebbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/supervision/quintana100614.pdf>.
- HICKS, J. R., *Ensayos críticos sobre teoría monetaria*. Segunda Edición 1975.
- HUALDE LÓPEZ, I., «El plan de liquidación y las reglas supletorias», en AA.VV., *La liquidación de la masa activa. VI, Congreso español de Derecho de la insolvencia, In memoriam a Emilio Beltrán*, Pamplona, 2014.
- *La Fase de liquidación en el proceso concursal*, Cizur Menor, 2008.
- IMMENGA, U., «Orden económico y Derecho de sociedades», *RDM*, 2010, núm. 276.
- JACQUET YESTE, T., «Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio», en *RcP*, núm. 18, Sección Estudios, primer semestre de 2013.
- JUNTENT Y BAS, F., «Alrededor de las principales directrices de la reforma al estatuto concursal por la Ley 26.684», *Revista de la Facultad Universidad de Córdoba*, Vol. III, núm. 1, Nueva Serie II, 2012.
- KEYNES, J. M., *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, 1977.
- KNAPP, G. F., *Staatliche Theorie des Geldes*, Leipzig, 1905.
- KUHN, T., *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos* (Introducción, de Beltrán, A, traducción de Romo Feito, J), Barcelona, 1989.
- REGLERO CAMPOS, L. F., «El pacto comisorio», *Revista Aranzadi Civil*. núm. 1, 2007.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I, Madrid, 2000.
- LACRUZ MANTECÓN, M. L., «La moderna dación en pago», en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre, 2014, *Ensayos*.
- LARGO GIL, R., «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)», *RcP*, núm. 9, Sección Estudios, segundo semestre de 2008.
- LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A., «Modificaciones en la Ley de sociedades Anónimas introducida por la ley de Reforma del mercado de Valores», *Partida Doble*, núm. 97, 1999.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Curso de Derecho Civil patrimonial. Introducción al Derecho*; Madrid, 2008.
- LATOUR BROTONS, J., «Notas sobre la dación en pago», en *RDP*, 1953.
- LEÓN SANZ, F., «La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia», *BIB 2013\1716*, *ADCo* núm. 30, 2013.
- LEÓN, F., «Acciones de reintegración», en AA.VV., *Comentarios de la Ley concursal*, Vol. I, Dir. Rojo-Beltrán, Madrid, 2004.
- «El régimen de reintegración concursal de las garantías financieras», *ADCo*, núm. 6.
- LLEBOT MAJO, J., «Enajenación real de la empresa (o de alguna de las unidades productivas que la integran o de activos esenciales de la misma) antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación», *RcP*, núm. 7, Sección Estudios, Segundo semestre de 2007.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L., *La cesión de bienes a los acreedores*, Valencia, 2003.
- LÓPEZ GOBERNADO, J. C., «La crisis económica del siglo III en Roma», *Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España*, *AECE*, núm. 47, 2013.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Voz Dinero (D.º Civil)», *EJBC*, Madrid, 1995.
- LYCZKOWSKA, K., *Garantías financieras. Análisis del capítulo II del título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Madrid, 2013.
- MACHADO PLAZAS, «La distinción entre la dación en pago y la cesión pro solvendo contenidas en un convenio concursal (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997)», en *RGD*, núm. 648, 1998.
- *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Madrid 1997.
- MAGDIGNIER, P., «Nature juridique des prêts participatifs», en AA.VV., *Prêts Participatifs et Prêts Subordonnés: Un Nouveau mode de financement*. Dir. CAUSSAIN/MERCADAL. París 1983.
- MANN, F. A., *The Legal Aspect of money*, 2.º ed. Oxford, 1953.
- *El aspecto legal del dinero*, traducción de Suárez, E, México, 1986.
- *The Legal Aspect of money*, London, 1932.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, Reus, Madrid, 1972.
- MANSO/MURIEL DE LOS REYES/TOLEDANO, «Ventajas e inconvenientes del préstamo participativo», en *Estrategia financiera*, núm. 126, 1997.
- MANZANARES SECADES, A., «Garantías de operaciones financieras, situaciones concursales y acciones de reintegración: a propósito de una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el RDL 5/2005», *Diario La Ley*, núm. 7109, Sección Doctrina, 6 Feb. 2009, Año XXX.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Intereses de los socios e intereses del concurso durante la tramitación del proceso concursal», en AA.VV., *Convergencias y paralelismos entre el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal*, Barcelona, 2007.

- MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Responsabilidad concursal», *ADCo*, núm. 28, 2013.
- MARTÍN DÍZ, F., «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria», *Diario La Ley*, núm. 7126, Sección Doctrina, 3 marzo 2009, Año XXX
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso*. Cizur Menor, 2013.
- MARTÍNEZ MORA, E., «Las adjudicaciones de inmuebles para pago de deudas», *RCDI*, 1925.
- MARTÍNEZ MULERO, V., «Función y racionalidad de los sistemas de reintegración concursal», *RcP*, núm. 11, 2009.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, «Préstamos y créditos participativos y subordinados», *AAMN*, T. XXVIII, 1988.
- MASSAGUER, J., «El capital nominal», *RGD*, núm. 550-551, 1990.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Pérdida del capital social y continuación de la sociedad anónima», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A./BELTRÁN SÁNCHEZ, B., «Las acciones sin voto», *RDM*, núm. 191, 1989.
- MENÉNDEZ/MULINO, «Encuesta del BCE sobre el acceso de las pymes a la financiación. Análisis de resultados y evolución reciente», *Boletín Económico del Banco de España*, abril, 2012.
- MIRANDA SERRANO, L. M., «¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?», *Diario La Ley*, núm. 8276, Sección Doctrina, 21 marzo 2014, Año XXXV.
- MOMMSEN, T., *Historia de Roma*, Madrid 2003.
- MORALEJO, I., «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», en *ADCo*, núm. 17, mayo-agosto 2009.
- MOYA YOLDI, J. M., «Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2009 parte Comentario.
- MUÑOZ CADENAS, M., «Reflexiones en torno a las cesiones de bienes en los convenios concursales mercantiles», en *La Ley*, núm. 6070, 27 de julio de 2004.
- MUÑOZ GARCÍA, A., «El concurso de acreedores del Emprendedor de Responsabilidad Limitada», *La Ley*, 16 enero de 2014.
- NAVARRO LÉRIDA, M.^a S./MANZANEQUE LIZANO, M., «Refinanciaciones y capitalización de deuda: una aproximación económico jurídica», *RcP*, núm. 21, 2014.
- NAVAS NAVARRO, S., «Un mercado financiero floreciente: el dinero virtual no regulado (Especial atención a los BITCOINS)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 13, 2015, p. 90. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> I. Estudios y Consulta.
- NIGRO, A., «La insolvencia de las familias en el Derecho Italiano», en *ADCo*, núm. 12, 2007.

- NUSSBAUM, A., *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, Tübingen, 1925.
- *Money in the Law National and International (Acomparative Study in the Borderline of law and Economics)*, New York, 1950.
- OLIVENCIA, M., «La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso», en AA.VV., *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Coord. Rojo, A./Beltrán, E., Cizur Menor, 2010.
- OTXOA-ERRARTE, R., «Comentario a la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado, de 22 de junio de 1993. La infracapitalización», en *CDC*, núm. 14, 1994.
- «La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad», *RdS*, núm. 34, 2010.
- PACCHI, S., «Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (reformas en el derecho comparado y crisis económica) la solución dictada por el legislador italiano», en AA.VV., *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial*, Dir. García-Cruces J. A., Pamplona, 2014.
- «El sobreendeudamiento. El régimen italiano de iure condito y de iure condendo», *ADCo*, núm. 29, 2013.
- PANZANI, L., «L'esdebitazione. La riforma del fallimento e delle procedure concorsuali: una riforma mancata», en *Le società*, 2007.
- PASCUAL ESTEVILL, L., «La dación en pago», *RCDI*, núm. 575, Año LXII, julio-agosto 1986.
- PASTOR SEMPERE, C., *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, Madrid, 2002.
- *El dinero electrónico*, Madrid, 2003.
- «Comentario al artículo 76 de la Ley Concursal», en AA.VV., *La Ley Concursal, Jurisprudencia y formularios*. Coord. Gallego Sánchez. E, Madrid, 2005.
- «Comentario al artículo 58 de la Ley Concursal, (Comentario al artículo 164)», en AA.VV., *la Ley Concursal, Jurisprudencia y formularios*, Coord. Gallego Sánchez, E., Madrid, 2005.
- «Las cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal (art. 75 de la Ley Concursal)» en AA.VV., *Gobierno Corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Barcelona, 2006, pp. 490-522.
- «Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la responsabilidad social concursal», *Revista Deusto Estudios Cooperativos*, núm. 2, 2013.
- «Garantías específicas de los acreedores en las operaciones de escisión tras ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital», en AA.VV., *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Dir. Embid Irujo. JM, Granada, 2013.

- «Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago», *RcP*, núm. 21, 2014.
 - «El concurso de la cooperativa de viviendas», en AA.VV., *Las cooperativas de viviendas en la Comunidad Valenciana. Constitución y funcionamiento*, Valencia, 2014.
 - «La Sociedad Cooperativa de Crédito y la reestructuración socialmente inteligente del sector financiero europeo», en AA.VV., *Problemas jurídicos actuales de las empresas de economía social*, Granada 2014.
 - «Acuerdos extrajudiciales de pagos: naturaleza, contenido y efectos», en AA.VV., *La Mediación en Asuntos Mercantiles*, Dir. Boldó Roda, C., Valencia, 2015.
 - «El riesgo de insolvencia de la sociedad dependiente en el Anteproyecto de Código, contribución al Libro homenaje del profesor Illescas Ortiz R», AA.VV., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, 2015, disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20763>.
 - «¿Hacia un nuevo paradigma en la limitación de la responsabilidad del empresario individual?», en AA.VV., *homenaje al profesor Fernández de la Gándara. L.*, (en prensa).
- PASTOR SEMPERE, C./HERNANDO CEBRIÁ, L., «La dación de la PYME como unidad productiva en pago de deudas en el acuerdo extrajudicial de pagos», *RcP*, núm. 22, 2015.
- PAZ ARES, C., «La infracapitalización. Una aproximación contractual», en *RdS*, núm. extraordinario, 1994.
- «Sobre la infracapitalización de las sociedades». *ADCo*, núm. 36, 1983
 - «Art. 1.170, en *Comentario del Código Civil*, T. II, *Ministerio de Justicia T. II*, Madrid, 1991.
 - «Sistema de las deudas de dinero (notas para una revisión de la doctrina española)», AA. VV. *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*.
- PEINADO, J. I., «La dación en pago necesaria en la liquidación concursal de créditos no especialmente privilegiados», en AA.VV., *La liquidación de la masa activa. VI, Congreso español de Derecho de la insolvencia, In memoriam a Emilio Beltrán*, Pamplona, 2014.
- PEÑA CERVANTES, Y., «La Crisis del siglo III en la historiografía española», en *Espacio, Tiempo y Forma*, Serie II, Historia Antigua, t. 13, 2000.
- PERCIVAL, S./VILLORIA, I./MUSGRAVE, R., «Scheme of Arrangement: cómo reestructurar la deuda de una sociedad española al amparo del derecho inglés», en AA. VV., *Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, Madrid, mayo 2012.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J., «Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades», *RcP*, núm. 19, 2013.

- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «Sobre las obligaciones facultativas en Derecho español», en AA.VV., *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, 2006.
- PÉREZ SERRABONA, J. L./ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L. M., *La tarjeta de crédito. Hacia un estatuto jurídico*. Granada, 1987.
- PÉROCHON, F., «Las soluciones negociadas del Derecho francés: conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores», en AA.VV., *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial*, Dir. García-Cruces J. A, Pamplona, 2014.
- POTTOW, J. A. E., «El primer estudio de los cambios de la Ley Concursal estadounidense de 2005 (trad. E. Rodríguez Pineau)», en *RcP*, 2005, núm. 3.
- «Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005», en *RcP*, núm. 3, 2005.
- PULGAR EZQUERRA, J., *El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español*, Almería, 2000.
- «El Proyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la nueva legislación comercial», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 604, 2003.
- «Comentario al artículo 100», en AA.VV., *Comentarios a la legislación Concursal*, t. I, Dir Pulgar Ezquerra, J/Alonso Ledesma. C/Alonso Ureba, A/Alcover Garau. G, Madrid, 2004.
- «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de escudos protectores y el fraude del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», *La Ley*, núm. 6963, Sección Doctrina, 9 junio 2008, Año XXIX.
- «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de escudos protectores y el fraude del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», *Diario La Ley*, núm. 6963, día 9 de junio de 2008.
- «La protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009», *RcP*, núm. 11, 2009.
- «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009», en AA.VV., *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Dir. Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Madrid, 2009.
- «En la protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009», *RcP*, núm. 11, 2009.
- «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009» en AA.VV., *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Dir. Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Madrid, 2009.
- «La protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el mar-

- co del RDL 3/2009», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, Segundo semestre de 2009.
- «Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación», en AA.VV., *El Concurso de Acreedores*, Dir. Pulgar Ezquerro, J, Madrid, 2012.
 - «Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad (1)», *Diario La Ley*, núm. 8141, Sección Doctrina, 4 Sep. 2013, Año XXXIV.
 - «A contractual approach to over indebtedness: rebus sic stantibus instead of bankruptcy», en AA.VV., *Life Time Contracts*. Dir. Nogler. L/ Reifner. U, Netherland, 2014.
 - «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», *Diario La Ley*, núm. 8391, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2014, Año XXXV.
 - «Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación», *La Ley* núm. 564, 2015.
 - «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario La Ley*, núm. 8538, Sección Doctrina, 13 de mayo de 2015.
 - «Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar», en *RcP*, núm. 9.
- QUIJANO, J., «La extinción de la sociedad sin declaración judicial de concurso en caso de falta de activo», en AA.VV., *La liquidación de la masa activa. VI, Congreso español de Derecho de la insolvencia, In memoriam a Emilio Beltrán*, Pamplona, 2014.
- RAMOS GASCÓN, *Régimen jurídico de los valores*, Madrid, 1997.
- REDÍN GOÑI, D. M./ARANDA LEÓN, C./ARELLANO GIL, J., «Análisis económico», en AA.VV., *Las soluciones a la situación de insolvencia*, *Coor.* Hualde López, I., Cizur Menor, 2014.
- REDONDO TRIGO, F., «El pacto marciano, el pacto ex intervalo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del Real Decreto ley 5/2005», *RCDI*, núm. 699.
- REGLERO CAMPOS, L., «Ejecución de las garantías reales e interdicción de pacto comisorio», en AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II (Garantías Reales), Vol. 1.º (Garantías Mobiliarias), Madrid, 1996.
- RICO CARRILLO, M., «El pago mediante tarjetas en el comercio electrónico a través de Internet», *RCE*, núm. 3, 2000.
- ROCA SASTRE. R. M./ROCA-SASTRE MUNCUNILL. L, *Derecho Hipotecario*, Vol. III, Barcelona, 1979.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Comentario al auto del JM n.º 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010 que extingue deudas concursales de personas físicas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1.
- «Inexistencia de crédito restitutorio contra la masa tras la rescisión de una dación en pago (A propósito de la STS 9 abril 2104)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2014.

- RODRÍGUEZ RAMOS, A., «Un nuevo ejemplo de dación en pago: el art. 99 del Código Civil», *Actualidad Civil, Sección Doctrina*, 2000, Ref. XIII, tomo 1.
- ROITMAN, H./RIVERA, J. C., «El derecho concursal en la emergencia», en *Revista latinoamericana de Derecho*, núm. 1, 2004.
- ROJO, A., «Comentario del art. 100», en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por Rojo. A/Beltrán, E., Vol. II, Madrid, 2004.
- RUBIO VICENTE, P. J., «Efectos jurídicos de la enajenación de la empresa del concursado», en *RcP*, 2004.
- «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo», *RcP*, núm. 14, 2011.
- «La enajenación de la Empresa en la nueva Ley Concursal», en *RdS*, 2004.
- «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo», *RcP*, 2011, núm. 14.
- «La enajenación de la empresa en la fase de liquidación», en AA.VV., *La liquidación de la masa activa. VI, Congreso español de Derecho de la insolvencia, In memoriam a Emilio Beltrán*, Pamplona, 2014.
- RUIZ MUÑOZ, M., «La calidad, el precio justo y la fijación del precio en función de los clientes», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm.12, *Sección Estudios*, Primer semestre de 2013.
- SÁEZ LACAWE, M.^a I., «Los derivados en el concurso. La racionalidad del régimen especial y las peculiaridades españolas», *InDret*, núm. 4, 2013.
- «Los derivados en el concurso: la racionalidad del régimen especial y las peculiaridades españolas», *RcP*, núm. 21, 2014.
- SAGRERA TIZÓN, J. M.^a, *Comentarios a la Ley de Suspensión de pagos*, Barcelona, 1989.
- SAINT-ALARY HOUIN, C., «La prevención de las crisis económicas en el Derecho Francés», en AA.VV., *El concurso de sociedades en el Derecho Europeo*. Monografías *RcP*, núm. 1, 2004, Madrid.
- SALA REIXACHS, A., *Las causas de impugnación al convenio en la suspensión de pagos*, Barcelona 1988.
- SALGADO, M.^a M./NAVARRO MATAMOROS, L., «La figura del emprendedor de responsabilidad limitada en España y en Francia: ¿acierto o desacierto?», *Diario La Ley*, núm. 8393, Sección Doctrina, 7 de octubre de 2014.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a, «Cláusula de aportación de garantías complementarias en la prenda financiera de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, del RD ley 5/2005», en *RdS*, 2009-1, núm. 32
- SÁNCHEZ CASTRO, J. D., «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?», *ADC*, núm. 63, 2010.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», *RcP*, núm. 22, 2015.

- SANCHO GARGALLO, I., «Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», *RJC*, núm. 4, 2004.
- «La rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación», en II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil, Madrid-Barcelona, 2010.
- «Las acciones de reintegración», en *Tratado Judicial de Insolvencia*, Cizur Menor, 2011.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)», *Diario La Ley*, núm. 8196, Sección Tribuna, 21 Nov. 2013, Año XXXIV.
- SANTO TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologica*, Ed. Dirigida por los Regentes de Estudios de las provincias Dominicanas en España, Madrid, 1990.
- SANTOS BRIZ, J., *Código Civil (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 199.
- SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago, su incidencia en los convenios concursales*, Barcelona 1990.
- SCARSELLI, G., «L'incostituzionalità dell'istituto dell'esdebitazione», en *Foro it.*, 2008, I.
- SCHMALZ, E. W., *Die Stabilität des Geldwertes als Problem des Privatrechts*, München, 1986.
- SCHMIDT, K., «La reforma del Derecho concursal italiano y del Derecho alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)», *ADCo*, núm. 10, 2007.
- SENENT MARTÍNEZ, S., «Discharge y sobreendeudamiento en el ámbito del derecho norteamericano», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense*, núm. 47, marzo de 2012.
- SENES, C., «Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Ley 14/2013, de 27 de septiembre)», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 32, 2014.
- SERRA, C., «La recuperación negociada de empresas bajo la Ley portuguesa. Para una lectura sistemática de los acuerdos de recuperación o restructuración de empresas», en AA.VV., *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial*, Dir. García-Cruces. J. A., Pamplona, 2014.
- SERRA, C., *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, Coimbra, 2010.
- SERRANO ALONSO, E., «Consideraciones sobre la dación en pago», *RDP*, LXII, 1978.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., «La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficiente subasta hipotecaria (judicial o notarial)», *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre 2008 núm. 21.
- SIERRA NOGUERO, E., «La enajenación de unidad productiva en la fase común del concurso (A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013)», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 21, 2014.

- SPADA, P., «Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale», *Giur. Comm.* 1978.
- SPINDLER, G., «Derecho concursal en Alemania. Reformas pendientes», en AA.VV., *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial*, Dir. García-Cruces. J. A, Pamplona, 2014.
- STELLA RICHTER, M., «L'esdebitazione», en AA. VV., *Diritto fallimentare*, Milano, 2008.
- STIGLITZ, J., *Economía*, traducción de Rabasco Espariz, Barcelona, 1993.
- TAPIA HERMIDA, A. J., en AA.VV., *Comentarios a la Legislación Concursal*, Dir. Sánchez-Calero, J./Guilarte Gutiérrez, V., Madrid, 2004
- TAPIA LÓPEZ, J. M.^a, «El convenio», en AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia*, dirigido por Prendes Carril. P/Muñoz Paredes. A, Vol. II, Cizur Menor, 2012.
- TIRADO, I., «La reestructuración empresarial en el marco del Derecho concursal español. Un análisis crítico», en AA.VV., *La liquidación de la masa activa. VI. Congreso español de Derecho de la insolvencia, In memoriam a Emilio Beltrán*, Pamplona, 2014.
- TÓMAS DE MERCADO, «Suma de tratos y contratos de mercaderes, IV, Sevilla, 1570 (citado por Torrent A, Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del derecho en el siglo XVI: un capítulo de los fundamentos del derecho europeo. I. Francisco de Vitoria, Domingo de Soto)», *Revista on-line, Teoria e Storia del Diritto Privato*, núm. 6).
- TORRES DE CRUELLS, J., *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957.
- VALENZUELA GARACH, F. J., «Valores negociables, títulos-valores y atipicidad», en AA.VV., *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I. Madrid, 1996.
- VALERO, «Las empresas temen un oligopolio en la banca *Estrategia Financiera*», núm. 303, *Sección Artículos/Mercados Financieros*, marzo 2013.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., «Pago por cesión de bienes», en AA.VV., *Introducción al Derecho patrimonial privado*, Valencia, 2001.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Guía legislativas de la Ley Concursal, Texto comparado y comentado, según la reforma de la Ley 38/2011*, Barcelona, 2011.
- VAN HEMMEN, E., «Estadística Concursal», *Anuario 2011*, realizado y editado por Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2012.
- VAQUER MARTÍN, J., «La homologación judicial de acuerdos de refinanciación tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre», *RcP*, núm. 22, 2015.
- VEIGA COPO, A., «Prendas y fiducias financieras o como sustraerse a la vis concursal», *Diario La Ley*, núm. 6893, Sección Doctrina, 28 febrero 2008, Año XXIX.
- VIDAL MARTINEZ, J., *La venta en garantía*, Madrid, 1990.
- VILATA MENADAS, S., «El tratamiento de la sucesión empresarial en el traspaso de unidades empresariales: una visión jurisprudencial», *RcP*, núm. 8, Sección Comunicaciones, Primer semestre de 2008.

- VILLORIA RIVERA, I., «El mito de la par conditio creditorum», *RcP*, núm. 9, Sección Cuestiones prácticas, segundo semestre de 2008.
- VIVES MARTÍNEZ, G., «Ejecuciones hipotecarias y dación en pago. Revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago», *Diario La Ley*, núm. 7908, Sección Doctrina, 24 julio 2012, Año XXXIII.
- WOLFHARD KOHTE, H., «Las proyectadas modificaciones de la normativa concursal alemana sobre consumidores», *RcP*, núm. 19, 2013.
- YÁÑEZ EVANGELISTA, J./NIETO DELGADO, C., «Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos», *ADCo*, núm. 32, 2014.
- ZABALETA DÍAZ, M., «La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. T. I. Madrid, 2005.
- *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*, Madrid, 2006.
- «El Derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales, BIB 2013\1720», *ADCo*, núm. 30, 2013.
- ZAMORA MANZANO, J. L., «La lex commissoria y su prohibición en el pignus», *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, vol. LIV, 2007, p. 348, (disponible en: <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2007/ZamoraR.pdf>).
- ZUNZUNEGUI, F., «Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005)», *Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper 2/2006*, diciembre de 2006.

La dación en pago, a cuyo estudio se dedica esta monografía, necesitaba de una adecuada contextualización, tratamiento, y reinterpretación en las actuales insolvencias empresariales. Principalmente, porque todas ellas se encuentran inmersas en el que parece ser el «nuevo paradigma de la insolvencia», y su reflejo en medidas concretas de conservación de la empresa en nuestro Derecho concursal, como es la paulatina aceptación de la dación en pago en su seno, sustituyendo hasta la que escasas fechas fue exclusivamente la solutoria, con pago en efectivo, como única vía satisfactoria de los acreedores.

Si bien la dación en pago nunca dejó de ser utilizada, su carácter excepcional y las circunstancias de bonanza económica que vivió nuestra Sociedad propiciaron el olvido de la institución. A ello tampoco fue ajena la dificultad de aplicar una institución que se desterró por la codificación francesa y, por ende, del Código civil español. Se hacía necesario su estudio, abordando, al mismo tiempo, los puntos más destacables que este cuadro normativo ha experimentado como consecuencia del «vertiginoso» proceso de reforma de la legislación concursal, en el que la dación en pago ha ganado terreno poco a poco, pues su función, va unida irremediablemente a la «conservación de la empresa viable». En definitiva, el diseño de las operaciones de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos a los que se extendió, -completada con su protección frente a las «acciones de reintegración»- la hacía ineludible, por coherencia de nuestro sistema concursal, en el convenio y la liquidación concursales.