

Seminario del Consejo General del Notariado en los Cursos de Verano de El Escorial

## La catedrática Juana Pulgar considera “un paso importante” la regulación de los acuerdos de refinanciación de la reforma concursal de 2011

- La académica, especialista en Derecho Mercantil, ensalza la regulación de la preconcursalidad y los acuerdos de refinanciación como fórmulas para evitar concursos de acreedores y su intención de potenciar la autonomía de la voluntad de las partes.
- Pulgar también valora los controles judiciales sobre la homologación de este tipo de pactos contractuales y la equitativa intervención sobre los mismos de notarios y registradores.
- Palmira Delgado, miembro de la Comisión Permanente del Notariado, destaca en la inauguración del seminario “la tutela de los acreedores y de los intereses empresariales” que se ejerce con el control de legalidad notarial en estos procesos.

---

**Madrid, 16 de julio de 2012.-** El seminario organizado por el Consejo General del Notariado en el marco de los Cursos de Verano de El Escorial, titulado *Los acuerdos preconcursales de refinanciación*, inaugurado esta mañana, ha dejado un nítido diagnóstico de los aciertos y obstáculos que plantea la reciente reforma de la Ley Concursal de 2003. En particular, a partir de la Ley 38/2011 – el cuerpo normativo que engloba la mayor parte de estos cambios- aunque también del Real Decreto Ley 3/2009, denominado de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, que ya reguló, de manera parcial, los acuerdos de refinanciación, dirigidos a sortear la proclamación de concursos de acreedores.

Juana Pulgar, catedrática de Derecho Mercantil de la Complutense, institución universitaria que instauró los Cursos de Verano de El Escorial, defendió el “diseño institucional de la preconcursalidad” que contiene la reforma legal del pasado ejercicio; sobre todo, porque con este tipo de acuerdos se deja constancia de que “el concurso de acreedores ni es la única, ni siquiera la mejor de las soluciones que tienen las empresas para salir de la crisis”. De hecho -incidió- “ofrece sendas alternativas a la resolución de sus obstáculos, que generalmente son de origen financiero”. Entre otras razones, porque se

eluden con ellos “los largos y costosos procesos judiciales” de todo concurso de acreedores, se reduce la elevada litigiosidad que se ha registrado en los últimos años, desde el estallido de la crisis financiera de 2008, se evitan otros costes asociados a estos procedimientos y, por el contrario, propician la agilización de la fase de transición financiera necesaria para sortear este periodo de inestabilidad.

### **Visión de las recientes reformas**

Para Pulgar, la Ley Concursal de 2003, “nacida con un alto grado de consenso y tras una alta intensidad negociadora, no fue precisamente defectuosa”. Su inconveniente es que “fue confeccionada en época de bonanza”. Pero deja como legado “la construcción de un procedimiento concursal único” que ha sido especialmente útil para acomodar su articulado a los tiempos de crisis actuales con las reformas de 2009 y 2011. Precisamente con la primera, el RDL 3/2009 es donde “entra en juego los acuerdos de refinanciación” y cuando se concreta que la autonomía de la voluntad sea el principio rector del ámbito negocial, “sin encorsetar este proceso con supervisiones judicial o administrativa”, como acontece en el ordenamiento jurídico francés. Mientras la segunda reformas, la de 2011 engarza “esta pieza preventiva”, el acuerdo preconcursal, con el Derecho Italiano, a la hora de tratar de evitar costes como la reputación del deudor o los gastos excesivos en los que incurre el acreedor cuando el proceso acaba en concurso.

Aun así –precisa Pulgar- “continúa sin regularse, a día de hoy, el grave problema del sobreendeudamiento” -pese a que el legislador se autoconcedió entonces “seis meses de mandato legal para hacerlo”, dejando entrever que a través de alguna reforma legal especial o vinculada a la protección del consumidor- figura de especial trascendencia en tiempos de turbulencias financieras como el actual, y que completaría este edificio, aunque “se corra el riesgo de que, con ella “se pudiera romper la mencionada unidad regulatoria”.

La catedrática de Mercantil se declaró partidaria de “cualquier intento legal que trate de potenciar la autonomía de la voluntad de las partes”. En este sentido, elogió la inclusión de preceptos procedentes de la legislación concursal italiana en la reforma española de 2011. Por ejemplo, al “permitir que entren en juego otras opciones preconcursales, como las modificaciones estructurales que pueden acabar en fusiones o escisiones de empresas o la dación en pago, muy usada en el sector inmobiliario. Pero también al ofrecer posibilidades de acciones rescisorias, a las que se pueden acoger ciertos acreedores que se pueden sentir perjudicados por decisiones colectivas. O la regulación, también preventiva -es decir, para eludir el procedimiento judicial- sobre la figura de los nuevos financieros o (*fresh money*), que se eludió en la norma de 2009 y que ha propiciado que empresas como SOS o Panrico “salieran adelante” a través de acuerdos de refinanciación. A todos estos mecanismos les denominó “escudos protectores” de la nueva legislación concursal española.

### **Fugas de acuerdos a Reino Unido**

Pulgar hizo hincapié, además, en el intento que la Ley 38/2011 hace para evitar que proliferen “las fugas de acuerdos de refinanciación” hacia otras latitudes, especialmente a Reino Unido, con el consiguiente perjuicio para terceros

operadores, como los despachos de abogados o las notarías (*schemes of agreements*). A este cometido responde, en gran medida, el objetivo de la ley de “potenciar la preconcursabilidad a través de los acuerdos de refinanciación”, con su tipología de pactos típicos y atípicos; en este último caso, generales o particulares. A pesar de que los primeros, que exigen “cierta pérdida de autonomía de la voluntad”, muestran carencias como la ausencia de regulación sobre las paralizaciones de ejecuciones o la escasa técnica del escudo rescisorio. Y que, los segundos no contengan una regulación más precisa sobre las garantías reales de los acreedores o la exigencia de que el 75% de las personas jurídicas que suscriban estos tipos de acuerdos sean entidades financieras”.

Tras este repaso por su evolución normativa, la catedrática de Mercantil señaló que “la reforma de 2011 ha sido un paso importante en la adecuada regulación de la preconcursabilidad y los acuerdos de refinanciación” y por su declarada inclinación hacia “la autonomía de la voluntad” como fórmula de elusión del ámbito judicial, pese a que, “para apreciar su operativa real, haga falta esperar unos años hasta comprobar en la práctica cómo concluyen los vencimientos que, por valor de 120.000 millones de euros, están este año encima de la mesa negociadora de las empresas españolas”. A su juicio, la norma también alcanza un “equilibrio armonizador” entre la intervención que ejercen, sobre este tipo de acuerdos, tanto notarios como registradores, así como sobre las causas que requieren de la homologación de jueces de lo mercantil.

### **Necesidad de cambios por la crisis**

Palmira Delgado, decana del Colegio Notarial de Castilla-La Mancha y miembro de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, aseguró que la “prolongada gestación de la Ley Concursal de 2003”, cuyo primer anteproyecto databa de 1983, no impidió que, para muchos expertos, naciera como una norma imperfecta”, dada la sucesión de reformas posteriores. Aunque para Delgado, la ausencia de un número considerable de concursos de acreedores durante la etapa de bonanza desde su entrada en vigor -es decir, de 2003 a 2007- “justifica por sí misma su eficiencia”. Si bien, con la llegada de la crisis, el cierre del grifo crediticio, la “dramática escalada de procedimientos” y la consiguiente saturación de los juzgados de lo mercantil acabara convenciendo a los operadores jurídicos y económicos de su “inoperancia” y de la necesidad de modificar su articulado.

Con las reformas de 2009 y 2011 y la “virulencia de la crisis” –aseguró la decana de Castilla-La Mancha durante su intervención, con la que se inauguró el seminario del Notariado- “se cae en la cuenta de que el único remedio para la insolvencia no es sólo el concurso de acreedores” y se acepta, en consecuencia, “que este tipo de situaciones se realice de forma gradual, dejando el orden judicial como último recurso de su tramitación”. A este objetivo “y a la superación de los obstáculos de solvencia y liquidez que deja las crisis” responden la inclusión de los acuerdos de refinanciación, en 2009, y las medidas de prevención de la insolvencia, de la norma de 2011, que se ponen en marcha a través de un “eficaz sistema de cumplimientos que descansa en la intervención notarial” cuyo control de legalidad busca “tutelar tanto el derecho de los consumidores como los intereses empresariales”.