

LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES INDIVIDUALES EN SITUACIONES PRECONCURSALES

EVA GARCÍA MORALES Y FERNANDO CALBACHO
Abogados (*)

La paralización de ejecuciones individuales en situaciones preconcursales

La última reforma de la Ley Concursal ha avanzado en la regulación de las instituciones preconcursales con el objetivo de desarrollar alternativas al concurso al margen del procedimiento judicial. Sin embargo, la ley omite uno de los presupuestos que consideramos esenciales para una mejor consecución de este objetivo, como es la paralización temporal de las ejecuciones individuales en la fase preconcursal que se inicia con la comunicación del artículo 5bis de la Ley Concursal. Este trabajo analiza las consecuencias de esta omisión en la nueva normativa concursal y apunta las razones que justificarían su inclusión en una eventual futura modificación de la Ley Concursal.

Temporary suspension of individual executions during the pre-bankruptcy stage

The latest reform of the Spanish Insolvency Act develops the regulations on pre-bankruptcy situations with the goal of developing extrajudicial alternatives to insolvency proceedings. Nevertheless, the reform fails to include one proposal that we consider essential for better achieving that objective: the temporary suspension of individual executions in the pre-bankruptcy stage, which starts with the communication of article 5bis of the Spanish Insolvency Act. This paper analyses the consequences of that omission and explains the justification for its inclusion in any future amendment of the Spanish Insolvency Act.

1 · INTRODUCCIÓN

La Ley Concursal ha experimentado en los últimos años diversas modificaciones con el fin de dar respuesta a uno de los aspectos que no fueron inicialmente regulados cuando se aprobó en 2003, como es la tendencia natural de una entidad deudora insolvente de intentar en primer lugar llegar a un acuerdo con sus acreedores sin tener que acogerse al proceso concursal.

Para ello, la ley ha ido dando entrada en sucesivas fases a la regulación de las situaciones preconcursales, y en particular a la eficacia de los acuerdos de refinanciación como mecanismo para superar la situación de insolvencia sin tener que acudir al concurso.

Esta materia, que fue introducida por primera vez en la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, se limitó inicialmente a regular la protección de los acuerdos de refinanciación alcanzados por deudores en estado de insolvencia frente a acciones rescisorias, siempre y cuando dichos acuerdos cumplieran determinados requisitos formales.

En seguida se vio que esta regulación era insuficiente puesto que se limitaba a proteger estos

acuerdos frente a las acciones rescisorias, pero no a dotarlos de fuerza vinculante, con lo que su eficacia se limitaba a aquellos acreedores que los hubieran firmado.

Con la última reforma de la Ley Concursal realizada mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se ha dado un paso más en el reconocimiento de este tipo de acuerdos preconcursales mediante la inclusión de la figura de la homologación judicial. Esta nueva fórmula permite que los efectos de las esperas previstos en los acuerdos de refinanciación que en su caso formalicen los deudores con la mayoría de sus acreedores puedan, tras la homologación judicial, extenderse a los acreedores financieros disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real.

Sin embargo, y a pesar del evidente avance en la regulación de los acuerdos preconcursales, consideramos que la normativa actual sigue siendo insuficiente para proporcionar tanto a los deudores como a los acreedores de instrumentos que constituyan auténticas alternativas al concurso.

Existe la sensación generalizada de que esta última reforma se ha quedado a medio camino en algunos aspectos, entre los que se pueden destacar el tratamiento del dinero nuevo, el alcance de la efectividad de los acuerdos de refinanciación y la posibilidad de la paralización temporal de las acciones de ejecución individual durante la fase de precurso.

* Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

2 · INCONVENIENTES DE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS ACUERDOS PRECONCURSALES

Como hemos señalado, la experiencia práctica demuestra que una gran parte de los deudores incurso en situaciones de insolvencia y sus acreedores pretenden formalizar acuerdos que eviten que el deudor se vea obligado a solicitar el concurso.

Sin embargo, la normativa que regula este tipo de acuerdos y la posibilidad de dotarlos de cierta fuerza vinculante que los aproximen al convenio que se alcanza en el seno de un procedimiento concursal se encuentra limitada por un excesivo número de requisitos y restricciones que dificultan el objetivo de alcanzar dicho carácter vinculante.

En un trabajo reciente¹, nos hemos ocupado de exponer algunos de estos defectos, entre los que cabe mencionar los siguientes:

(i) El sistema de la doble mayoría previsto para poder solicitar la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, es decir, la necesidad de contar con la firma del acuerdo por acreedores que representen al menos el 75% del pasivo titularidad de las entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo, y por acreedores cuyos créditos representen al menos el 60% del pasivo total del deudor en la fecha del acuerdo.

(ii) La exclusión de los acreedores financieros que cuenten con garantía real de los efectos de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación.

(iii) La posibilidad de alegar «desproporción del sacrificio exigido» por parte de aquellos acreedores disidentes afectados por la homologación con el objeto de quedar al margen de sus efectos.

(iv) La falta de previsión de una prórroga en el plazo de negociación de los acuerdos de refinanciación previsto en el artículo 5bis, que debido a la complejidad de las negociaciones y del elevado número de entidades financieras involucradas puede resultar en muchas ocasiones insuficiente.

En este trabajo queremos detenernos en otro de los obstáculos que a nuestro juicio dificulta que el deudor pueda alcanzar un acuerdo preconcursal con sus acreedores, y que consiste en la deliberada omisión de la previsión legal de paralizar temporalmente las ejecuciones individuales de los acreedores frente a aquellos deudores que hayan comunicado el inicio de negociaciones con cualquiera de los objetivos previstos en el artículo 5bis de la Ley Concursal.

La Ley Concursal solo prevé la paralización de acciones individuales de ejecución fuera del concurso con motivo de la homologación de los acuerdos de refinanciación en dos momentos diferentes:

(i) En un primer momento, con la admisión a trámite la solicitud de homologación, para lo que la ley exige que el deudor lo solicite expresamente. Además, la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal limita la paralización de las ejecuciones singulares en este primer momento «hasta la homologación y en todo caso por plazo máximo de un mes».

Este plazo de un mes, aunque en principio es de suponer que debiera ser superior o al menos coincidir con la resolución del juez sobre la homologación del acuerdo de refinanciación, no tiene por qué ser necesariamente así, y no es descartable que expire sin que el juez se haya pronunciado todavía sobre la homologación, con lo cual puede llegar a producirse una situación anómala en la que, habiéndose solicitado la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación, pero sin que el juez haya resuelto sobre ella, los acreedores disidentes puedan instar la ejecución de sus créditos.

Lo correcto a nuestro juicio habría sido extender la suspensión de las ejecuciones individuales hasta la declaración de la homologación del acuerdo de refinanciación con independencia del tiempo que lleve al juzgado adoptar la resolución.

(ii) Además, la Ley Concursal establece que con la declaración de la homologación del acuerdo de refinanciación de que se trate se podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación, que no podrá superar los tres años desde la declaración de homologación.

Este límite temporal a la paralización de las ejecuciones singulares no tiene en cuenta los plazos de espera que las partes hayan pactado en el contrato de refinanciación homologado, y por

¹ F. Calbacho: «La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez (Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada)*, año 2011, número extraordinario, pp. 180-186.

lo tanto puede ocurrir que sea inferior al plazo que el deudor, los acreedores y el experto independiente han considerado necesario para asegurar la satisfacción de las deudas objeto del acuerdo de refinanciación².

Este no es el tratamiento que reciben los convenios formalizados en un concurso, y no vemos la razón por la que un acuerdo equivalente alcanzado en la fase preconcursal debe recibir un tratamiento más restrictivo y quedar limitado, por lo tanto, a un plazo máximo de 3 años en su capacidad de vinculación a terceros.

La disposición adicional cuarta de la Ley Concursal establece asimismo que la paralización de las ejecuciones no se producirá de forma automática con la verificación del cumplimiento de los requisitos para la homologación, sino que estará además sujeta a la comprobación por el juez de la inexistencia de un «sacrificio desproporcionado» derivado de la extensión de las esperas pactadas en el acuerdo objeto de homologación para las entidades disidentes, y que el juez deberá también ponderar «las circunstancias concurrentes» para decidir a continuación si ordenar o no la paralización de las ejecuciones singulares.

La ley no aclara qué circunstancias son las que debe tener en cuenta el juez para tomar esa decisión. Pero parece como si la opinión cualificada de los acreedores que representan el 60% del pasivo total del deudor y el 75% del pasivo financiero exigido para la aprobación de los contratos de refinanciación homologados, así como la opinión del experto independiente que haya informado favorablemente el acuerdo de refinanciación, no fueran suficientes filtros de garantía de la necesidad de paralizar las ejecuciones.

Por lo tanto, la suspensión temporal de las ejecuciones individuales en los dos supuestos comenta-

dos no se prevé como una consecuencia lógica y automática derivada de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, sino que la ley deja abierta la puerta a que aquellos acreedores minoritarios no firmantes del acuerdo puedan eludir o limitar la vinculación al acuerdo y ejecutar sus créditos individualmente antes de que pueda hacerlo la mayoría cualificada de acreedores firmantes del acuerdo de refinanciación.

Además de las anteriores limitaciones a la paralización de las ejecuciones singulares en el marco de la homologación, en una reciente interpretación de la reforma de la Ley Concursal acordada por los jueces de lo mercantil de Madrid en una reunión celebrada el pasado 13 de diciembre de 2011, se adoptaron unos criterios comunes de interpretación no vinculantes sobre esta materia, que restringen aún más la posibilidad de paralizar las ejecuciones individuales con motivo de la homologación judicial de los acuerdos.

Entre estos criterios comunes, los jueces de lo mercantil consideran que la solicitud de paralización de acciones individuales que presente el deudor junto con la petición de homologación judicial del acuerdo de refinanciación deberá indicar de forma expresa cuáles son las ejecuciones que desea paralizar con expresión de su número de procedimiento y juzgado ante el que se tramiten.

Esta interpretación obedece sin duda a que el apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal permite que el deudor que formule la solicitud de homologación judicial pueda interesar en la misma solicitud «la paralización de ejecuciones singulares»; es decir, se están interpretando las palabras «ejecuciones singulares» como ejecuciones individuales y concretas, ya instadas y de las que el deudor haya sido notificado, lo cual es ciertamente posible pero limita en perjuicio del deudor la consecución del objeto que persigue la homologación judicial.

En efecto, esta interpretación no permitiría al deudor solicitar la paralización temporal de las ejecuciones que ya se hubieran presentado en el juzgado pero no le hubieran sido todavía notificadas, y desde luego también las de todas aquellas que se presentaran después de la solicitud de la homologación judicial del acuerdo de refinanciación alcanzado entre el deudor y sus acreedores con las mayorías referidas anteriormente.

Es de suponer que en este caso se le debería permitir al deudor presentar nuevas solicitudes de para-

² A este respecto, Fernando Olaizola defiende que «establecer un plazo legal máximo para las esperas que se puedan pactar no resulta congruente con el propósito de la figura que se regula: la continuación de la actividad de la empresa, de acuerdo con el plan de viabilidad, puede requerir un plazo superior; y téngase también en cuenta que el posible sacrificio para los acreedores financieros no suscriptores afectados por la espera, que sería lo que podría entenderse que justifica tal limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, ya tiene la garantía de su valoración por el juez y la posible impugnación judicial. [...] se trata de una medida superflua o la norma es contradictoria [...]». Vid. F. Olaizola: «Los acuerdos de refinanciación tras la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal», *El Notario del siglo XXI (Revista del Colegio Notarial de Madrid)*, 40-Noviembre-Diciembre 2011, pp. 22-25.

lización, pero, pudiendo hacerlo de una sola vez, esto se nos antoja innecesario y contrario al principio de economía procesal.

Por ello, nos parecería más acorde con la finalidad que se pretende conseguir con la homologación judicial que en la misma solicitud de homologación el deudor pudiera solicitar del juzgado la paralización de todas aquellas ejecuciones individuales que se produzcan después de dicha solicitud. De esta forma, el secretario judicial podría declarar la paralización de todas ellas hasta la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, y el deudor podría presentar dicha resolución con el fin de paralizar de forma concreta, y ante el juzgado que estuviera conociendo del asunto, todas aquellas ejecuciones singulares que se llegaran a presentar, con independencia de que esto suceda antes o después de la solicitud de homologación judicial del acuerdo.

Al margen de la previsión de la paralización de las ejecuciones individuales en el marco de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación con las restricciones que se han expuesto, la Ley Concursal no contempla en ningún otro momento la referida paralización fuera del concurso.

La normativa destinada a regular las situaciones concursales no ha previsto lo que nos parecía una consecuencia lógica ligada al inicio de las negociaciones para la formalización de un acuerdo de refinanciación: la suspensión temporal de las acciones de ejecución singulares desde el momento en el que deudor comunique formalmente al juzgado el inicio de dichas negociaciones por medio de la notificación prevista en el artículo 5bis de la Ley Concursal.

En la tramitación de la última reforma de la Ley Concursal se generó un debate sobre esta cuestión, que se refleja en el hecho de que hasta la última versión publicada del proyecto de ley de modificación de la Ley Concursal se recogía en su preámbulo que «*la ley se preocupa de señalar que la comunicación formal de que se están iniciando negociaciones con los acreedores para un acuerdo de refinanciación (artículo 5bis) paraliza las ejecuciones de los acreedores (...)*», aunque finalmente ha prevalecido el criterio de no paralizar las ejecuciones individuales con la presentación de la mencionada comunicación.

Como consecuencia de esto, lo que en principio se pretende que sea un margen temporal que opere en favor del deudor para negociar un acuerdo con sus acreedores que pueda evitar o simplificar el concurso, se puede llegar a convertir en todo lo contrario,

es decir, en un periodo de gracia o aviso a aquellos acreedores que no deseen participar ni verse vinculados por el acuerdo preconcursal para que puedan adelantarse a ejecutar sus créditos antes del concurso, aunque sea a costa de la escasa tesorería que tenga el deudor y anteponerse así a otros acreedores que en un proceso concursal estarían en su misma situación, y por tanto en vulneración del principio de la *par conditio creditorum*.

Además, la falta de previsión de la suspensión temporal de acciones individuales en esta fase preconcursal implica que los acreedores que se adelanten a ejecutar sus créditos queden al margen de las consecuencias del acuerdo de refinanciación que en otro caso les sería de aplicación, y todo ello en perjuicio del patrimonio de la sociedad deudora y de que el resto de acreedores vean mermada la masa activa con cargo a la cual recuperar sus derechos de crédito en el marco del convenio preconcursal.

3 · CONVENIENCIA DE LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES INDIVIDUALES CON MOTIVO DE LA COMUNICACIÓN DEL ARTÍCULO 5BIS DE LA LEY CONCURSAL

En la última reforma de la Ley Concursal el legislador reconoce que, en la práctica, la normativa concursal no ha contribuido a lograr uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Por eso, se ha pretendido dar un mayor impulso a la regulación de las instituciones concursales con el fin de que sean auténticas alternativas al concurso y evitar que los estados de insolvencia de los deudores concluyan de forma mayoritaria en las liquidaciones que la ley pretende evitar. Una liquidación supone la desaparición de la empresa y que sus acreedores reciban unos activos con los que en muchos casos no saben muy bien qué hacer.

Sin embargo, a pesar de la preocupación del legislador por dotar de fuerza vinculante a los acuerdos de refinanciación, o en su caso los convenios anticipados alcanzados en fase preconcursal, la ley omite una medida de protección esencial de este tipo de situaciones como es la paralización temporal de las ejecuciones individuales durante esta fase de negociación.

El hecho de que no se haya previsto la suspensión de las ejecuciones individuales con la notificación formal del deudor prevista en el artículo 5bis supone un obstáculo para que el deudor que está pidiendo a sus acreedores financieros un plazo de

espera para el cobro de sus créditos pueda culminar con éxito dichas negociaciones.

En efecto, nos parece contradictorio dotar de un reconocimiento legal a estas negociaciones y dar carácter vinculante al acuerdo que se pueda alcanzar, cuando al mismo tiempo se permite que una parte de los acreedores adopten medidas que pueden agravar la situación de insolvencia en la que se encuentran los deudores que afrontan estos procesos de negociación, bien a través del embargo de su tesorería, o bien de aquellos otros activos que pueden estar destinados a servir de garantía a los acreedores que tengan intención de aceptar el aplazamiento en el cobro de sus créditos.

Para evitar este resultado, se debería haber contemplado en la ley la paralización automática de las ejecuciones individuales en la fase preconcursal del artículo 5bis como fórmula de salvaguarda del proceso de negociación y del patrimonio del deudor en favor de los acreedores que pretenden recobrar sus créditos.

Por lo que se refiere a los acreedores financieros a los que se pretende que vincule el acuerdo de refinanciación, bien de forma voluntaria, o bien a través de la homologación judicial, la suspensión temporal de las ejecuciones durante la fase de negociación del acuerdo no es más que una medida lógica, basada en el principio de la buena fe con la que las partes deben comportarse en esta fase de negociación. No parece aceptable que quien ha sido llamado a participar en la negociación de los términos de una novación de sus derechos de crédito, y cuyo resultado no le es ajeno porque puede acabar vinculándole, pretenda al mismo tiempo solicitar judicialmente su pago inmediato.

Prever la paralización de ejecuciones singulares con motivo de la comunicación por el deudor prevista en el artículo 5bis no sería más que reconocer legislativamente lo que de hecho se viene produciendo en la práctica generalizada de este tipo de operaciones. Ya sea de una forma expresa, mediante los llamados acuerdos de *Stand Still*, o —quizá con más frecuencia— de forma tácita, se espera que los acreedores a quienes se dirige este tipo de acuerdos se abstengan de instar la ejecución de sus créditos durante el plazo de negociación.

Por lo que se refiere a los acreedores no financieros, podría entenderse que esta medida tiene menos justificación si tenemos en cuenta que no son los destinatarios de los efectos de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, y que por lo tanto lo lógico es que el deudor siga atendiendo las obligaciones de pago contraídas con ellos.

Sin embargo, la justificación de la suspensión temporal de las ejecuciones singulares durante la fase de negociación preconcursal podría encontrarse en la aplicación del principio de la *par conditio creditorum* que debe regir desde que el deudor insolvente o en insolvencia inminente presenta la comunicación del artículo 5bis.

Debemos tener en cuenta que el resultado de este proceso puede ser no solo un acuerdo de refinanciación, sino también la aprobación de un convenio anticipado que el deudor podría presentar con la solicitud de concurso.

En este caso, los acreedores no financieros sí se verían afectados por la aprobación mayoritaria del convenio anticipado, y no parecería compatible con el principio de trato igualitario entre acreedores que pudieran cobrar inmediatamente antes su crédito y eludir quedar vinculados por dicho convenio.

La paralización de las ejecuciones individuales que estamos defendiendo sería una medida temporal, aplicable solo durante los cuatro meses que dura esta fase. Si a continuación el deudor solicitara el concurso, la paralización se prorrogaría en virtud del artículo 55 de la Ley Concursal. Pero si no se solicitase el concurso y el deudor pretendiera la homologación judicial del acuerdo de refinanciación firmado, los acreedores que no fueran a quedar afectados por dicho acuerdo podrían ejercitar sus créditos en caso de que el deudor no los atendiera regularmente.

La justificación legal para que se admitiera esta medida sería aceptar que el principio de la *par conditio creditorum* resulta también aplicable en el periodo que regula el artículo 5bis de la Ley Concursal.

El argumento de que ello debe ser así lo podemos encontrar en que si la ley no le hubiera otorgado al deudor el margen temporal de cuatro meses para negociar una alternativa al concurso, este habría tenido que solicitar la declaración de concurso, en cuyo caso los acreedores habrían visto paralizadas automáticamente las ejecuciones de sus créditos.

El presupuesto básico de aplicación del principio de trato igualitario entre acreedores no debe ser la concurrencia de ellos en un procedimiento concursal, sino la existencia de un estado de insolvencia, actual o inminente, del deudor y la apertura de un periodo en el que una pluralidad de acreedores son llamados bajo el reconocimiento legal a una negociación que en su finalidad última no dista de la que se mantiene dentro de un concurso para intentar la aprobación del convenio de acreedores.

Esta insolvencia del deudor ya existe en el caso de optar por negociar un acuerdo de refinanciación, o en su caso un convenio anticipado, donde el deudor reconoce ante el mismo juzgado que es competente para la tramitación del concurso su situación de insolvencia actual o inminente.

Si ponemos en relación las medidas de protección del patrimonio del deudor del artículo 71 de la Ley Concursal, y que alcanzan los dos años anteriores a la declaración de concurso, con la delicada situación en la que se encuentra un deudor que se acoge al periodo del artículo 5bis, no nos parecería impropio que se prohibieran durante esos cuatro meses la adopción de medidas de ejecución individuales que suponen una merma de la masa activa y que pueden implicar que unos acreedores se adelanten a cobrar su crédito mientras otros analizan con el deudor las condiciones del aplazamiento en el cobro de los suyos.

Permitir que unos acreedores puedan adelantarse a cobrar sus créditos cuando el deudor ya ha reconocido su situación de insolvencia actual o inminente supone una discriminación frente aquellos otros que, movidos por el deseo de atender la propuesta del deudor, discuten y negocian un acuerdo de refinanciación o una propuesta anticipada de convenio.

La situación se vuelve especialmente delicada cuando los acreedores que, confiando en la refinanciación del deudor, le hayan facilitado dinero nuevo con el fin de hacer posible la continuidad de su actividad durante la fase de negociación, ven cómo a continuación otro acreedor disidente ejecuta sus derechos de crédito contra ese dinero nuevo por medio del embargo de las cuentas donde se ha ingresado el dinero aportado por los acreedores que confían en la refinanciación.

Desde luego, si algún acreedor pretende no solo quedar al margen de las negociaciones de un acuerdo de refinanciación o de un convenio anticipado, sino evitar además que su aprobación le pueda afectar, debería apresurarse a instar la ejecución de su crédito en el plazo de 4 meses desde que el deudor notifica el inicio de las negociaciones. Con esto conseguirá además evitar que, en caso de fracaso de las negociaciones y el inicio del procedimiento concursal y en caso de que consiga obtener la satisfacción de la deuda durante el periodo de negociación, su crédito sea considerado como un crédito concursal, y que por lo tanto deba concurrir con el del resto de acreedores.

No ignoramos que la paralización de las ejecuciones individuales implica privar al acreedor del ejer-

cicio del principal derecho que deriva de su condición, como es su ejercicio judicial en caso de incumplimiento del deudor. En este punto, en el conflicto de intereses que se produce entre este derecho del acreedor y el objetivo del deudor en la fase preconcursal, parece como si el legislador hubiera pretendido compatibilizar los derechos de ambas partes: el del acreedor respecto de su crédito y el del deudor a alcanzar un acuerdo con sus acreedores. A nuestro juicio, esto no es posible.

Que un acreedor pueda ejecutar su derecho de crédito en mitad de una negociación global de toda su deuda financiera implica permitir la existencia de un obstáculo a dichas negociaciones que las puede hacer inviables. No se trata de privar a un acreedor del ejercicio de su derecho de crédito, sino solo de suspenderlo temporalmente en beneficio de un deudor en situación de insolvencia actual o inminente y de todos aquellos acreedores que tengan la intención de apoyar el acuerdo de refinanciación o la propuesta de convenio anticipado. Sería además coherente con el objetivo de que ambos tipos de acuerdos aprobados con los requisitos especiales que la ley exige lleguen a vincular a todos los acreedores.

A nuestro entender, entre permitir que un número necesariamente minoritario de acreedores pueda cobrar sus créditos frente a un deudor insolvente y paralizar su actividad, agravar su insolvencia y dificultar que alcance un acuerdo con el resto de acreedores mayoritarios, o suspender durante un corto espacio de tiempo el ejercicio de ese derecho con el fin de permitir que la sociedad insolvente pueda cumplir con los objetivos del artículo 5bis de la Ley Concursal, es evidente que debe prevalecer el derecho de esta última, porque los intereses en juego y el perjuicio que se puede ocasionar a las partes en conflicto no resisten la comparación.

En el primer caso, no se trata de impedir definitivamente el ejercicio de un derecho, sino solo de suspenderlo durante un corto espacio de tiempo, a la espera de unas negociaciones que pueden acabar vinculando al acreedor afectado, que podrá ejercitar su derecho una vez levantada la suspensión, o en los términos que se establezcan en el acuerdo de refinanciación, o en el seno del concurso en igualdad de condiciones con el resto de acreedores.

La opción de suspender las ejecuciones individuales de forma temporal durante el plazo de negociación previsto en el artículo 5bis es una medida que no solo beneficia al deudor, sino que protege a todos los acreedores implicados, asegurando que ninguno pueda cobrar su crédito en perjuicio del resto.

En cierto modo, esto es lo que ocurre, por ejemplo, en la normativa preconcursal francesa, cuyo código de comercio establece en su artículo L.622-7 que la apertura del procedimiento de salvaguarda («*sauvegarde*»)³ implica *ope legis* la prohibición de realizar el pago de cualquier deuda que surja antes de la apertura del procedimiento (con la excepción de las solicitudes de pago mediante la compensación de créditos relacionados), así como la prohibición del pago de cualquier deuda que surja después de la apertura del procedimiento de salvaguarda.

Aunque no se trata de una paralización de las ejecuciones individuales, la norma francesa establece una obligación al deudor de no hacer con ocasión del inicio del procedimiento preconcursal de salvaguarda, consistente en la prohibición de realizar pagos de deudas surgidas antes o después del inicio del procedimiento de salvaguarda, de forma que se protege el patrimonio del deudor y el derecho de todos los acreedores a cobrar sus créditos en condiciones de igualdad.

En consecuencia, y dado que la situación preconcursal que se abre mediante la notificación del artículo 5bis de la Ley Concursal se produce en un marco de insolvencia real o inminente del deudor, estaría justificado aplicar una suspensión automática de las ejecuciones individuales durante el plazo de 4 meses previsto en la Ley Concursal.

4 · POSIBILIDAD DE SOLICITAR MEDIDAS CAUTELARES CON LA NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 5BIS DE LA LEY CONCURSAL

Los anteriores argumentos justificarían un cambio en la Ley Concursal de forma que en una futura modificación se termine admitiendo la suspensión temporal de las ejecuciones individuales durante el plazo de negociación previsto en el artículo 5bis.

³ Según el artículo L.620-1 del código de comercio francés, el procedimiento de salvaguarda (*sauvegarde*) es aquel que se abre tras la solicitud realizada por un deudor que, sin encontrarse en situación de suspensión de pagos o insolvencia, se encuentra en dificultades financieras que no es capaz de superar. Es un procedimiento destinado a facilitar la reorganización de la empresa de forma que se consiga la continuación de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y la reducción del pasivo del deudor. Se trata, por lo tanto, de una situación preconcursal comparable a la que se genera por medio de la comunicación hecha por el deudor al amparo del artículo 5bis de la Ley Concursal.

En ausencia de esta previsión legal, no debería descartarse la posibilidad de que el deudor que presente la notificación formal del artículo 5bis pudiera solicitar la paralización temporal de las ejecuciones individuales como una medida cautelar.

En este caso, y a la vista de las circunstancias concurrentes, no nos parecería rechazable a priori que el juez ante el que se presentase la comunicación pudiera declarar como medida cautelar de protección del patrimonio del deudor y del respeto al principio de la *par conditio creditorum* la paralización temporal de las ejecuciones individuales que los acreedores, y especialmente aquellos que pudieran llegar a quedar vinculados por la homologación del acuerdo de refinanciación, ejercitaran durante esa fase de negociación.

Entendemos, no obstante, que la concesión de esta medida no resultará fácil dado que el deudor deberá acreditar, de acuerdo con el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la existencia de peligro por la mora procesal y de apariencia de buen derecho.

En relación con el peligro por la mora procesal, el deudor que solicite la paralización de las ejecuciones individuales como medida cautelar junto con la comunicación del artículo 5bis deberá demostrar que la solicitud tiene por objetivo asegurar que, durante el plazo de 4 meses previsto para negociar una alternativa al concurso, no se produzcan cambios perjudiciales de la situación de hecho del deudor que impidan la posibilidad de negociar.

Para ello, el deudor deberá justificar que el hecho de que acreedores minoritarios puedan seguir ejecutando sus créditos durante la fase de precurso deteriora en tal medida su situación que implica poner en peligro tanto la posibilidad de alcanzar el acuerdo pretendido con sus acreedores previsto por la ley como llegar a vincular a los acreedores minoritarios disidentes por la vía de la homologación judicial.

El deudor deberá también acreditar la apariencia del buen derecho, que consiste en la concurrencia de elementos fácticos que hagan verosímil que la pretensión del solicitante será acogida por la resolución final. A estos efectos, por lo tanto, se exige al solicitante la fundamentación de un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión.

En este caso, al tratarse de una medida cautelar en el marco de una situación de insolvencia en la que la pretensión del deudor que notifica el inicio de las negociaciones del artículo 5bis no es otra que tratar de buscar una alternativa al concurso en forma de

acuerdo de refinanciación, o alternativamente simplificar la tramitación de un concurso mediante la aprobación de un convenio anticipado, y pretendiéndose una orden provisional de suspensión de cierta conducta, entendemos que el principio de prueba requerido debería referirse a las siguientes cuestiones:

- (i) La existencia de una situación de insolvencia real o inminente del deudor.
- (ii) El hecho de que el deudor ha iniciado negociaciones con sus acreedores para la formalización de un acuerdo de refinanciación o un convenio anticipado.
- (iii) El riesgo de que los acreedores minoritarios disidentes por medio de las ejecuciones de sus créditos durante la fase de negociación obstaculicen el derecho a alcanzar el acuerdo pretendido.
- (iv) El riesgo de que, por medio de las ejecuciones individuales que se produzcan durante el plazo de negociación, el patrimonio del deudor se viera afectado de tal manera que no fuera posible ni siquiera en el seno del concurso evitar una liquidación de su actividad.

Por lo tanto, es la propia situación de insolvencia reconocida por el deudor por medio de la comunicación del artículo 5bis, junto con las consecuencias derivadas de las ejecuciones individuales durante la fase de negociación con los acreedores, lo que podría ser justificación suficiente de la apariencia de buen derecho.

En relación con la caución que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé para determinados casos en los que se solicitan medidas cautelares, consideramos que, dado el estado de insolvencia en el que se encuentra el deudor que presenta la notificación

del artículo 5bis y el contexto y naturaleza de la medida cautelar, resultaría improcedente solicitar al deudor caución por el daño que puede suponer para el acreedor la paralización temporal de sus acciones individuales.

En cualquier caso, cuando está en juego la propia supervivencia de la entidad solicitante de las medidas y lo que se pretende es alcanzar un acuerdo ordenado con una mayoría cualificada de acreedores, no se debería ser en nuestra opinión excesivamente riguroso en la exigencia de los requisitos que permiten fundamentar la concesión de esas medidas cautelares.

Frente a la solicitud de una medida cautelar como la que hemos comentado, podría darse el argumento en contra de que otorgar esa medida implicaría en la práctica adelantar los efectos del concurso.

Sin embargo, no nos parece que la adopción de una medida cautelar tendente a suspender las ejecuciones individuales desde la notificación del inicio de las negociaciones previstas en el artículo 5bis de la Ley Concursal suponga adelantar los efectos propios del concurso, sino simplemente entender aplicable el principio de la *par conditio creditorum* cuando la insolvencia del deudor ha sido ya reconocida por este y permitir una medida de salvaguarda del patrimonio del deudor con el objetivo de garantizar el cobro ordenado de los créditos a todos los acreedores en condiciones de igualdad. En definitiva, la referida medida cautelar puede resultar necesaria para garantizar la integridad patrimonial del deudor solicitante, la continuidad de su negocio y, en última instancia, la eficacia de cualquier eventual futuro proceso concursal que pudiera instarse en un plazo inminente en caso de fracaso de las negociaciones en la fase preconcursal.